

Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19

*William Santos Ferreira*¹
Advogado

Sumário: 1. Introdução. 2. O Brasil e a pandemia. 3. Relações entre norma, fato, direito e convencimento motivado. 4. A relação entre os momentos da prova e prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova.

1. Introdução

O mundo vem passando por uma das experiências coletivas de maior alcance e repercussão na história. O primeiro se relaciona ao número de atingidos, com enorme perda de vidas humanas, e aos danos causados, enquanto o segundo se relaciona à divulgação nos meios de comunicação e redes sociais.

Bill Gates em 2015, no TED, fez uma palestra defendendo que o mundo deveria pôr em prática boas ideias de planejamento de cenários a treinamento de profissionais de saúde, porque haverá novas epidemias, inclusive mostrava que o maior risco mundial não era uma guerra,

¹ Doutor e Mestre pela PUC-SP. Professor da PUC-SP na graduação, especialização, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC).

mas um vírus e mostrava imagens da gripe influenza e do ebola, afirmando que o mundo precisaria estar preparado. Disse: “Não há razão para pânico, mas precisamos nos apressar”.²

Em menos de 5 (cinco) anos...

As imagens de ruas e locais conhecidos vazios no mundo e de famílias reunidas e fechadas em suas casas ao mesmo tempo, além da força da imagem, após meses de confinamento, passou a ser denominado de *novo normal*.

O mundo literalmente parou suas atividades usuais, ressalvadas as atividades essenciais. O estado de emergência em relação à Covid-19 foi decretado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 30 de janeiro de 2020, mas o reconhecimento de estado de pandemia somente ocorreu em 11 de março de 2020.

A *emergência internacional de saúde* é definida pela OMS no seu Regulamento Sanitário Internacional como “uma situação extraordinária que constitui um risco de saúde pública para outros Estados através da disseminação internacional de doenças e por potencialmente exigir uma resposta internacional coordenada”. Essa emergência foi decretada desde 1948 – criação da OMS – 4 vezes: Gripe H1N1 (2009), Vírus Zika (2016), Ebola (2019) e Covid-19 (2020).³

Inicialmente houve uma negativa de reconhecimento de Pandemia pela OMS, o que causou, inclusive, questionamentos internacionais, como o do Prof. Jimmy Whitworth, da Universidade de Londres.⁴

Pandemia, segundo a OMS, é “a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa”.⁵

² Palestra no TED2015, *The next outbreak? We're not ready*. Disponível em: <https://bit.ly/3k5BFX6>. Acesso em 10 jul. 2020.

³ GUEDES, Maria Júlia. *Estado de emergência: o que é e qual a relação com a OMS*. Disponível em: <https://bit.ly/2ZGnrEr>. Acesso em: 26 jun. 2020.

⁴ *Ibidem*.

⁵ SCHUELER, Paulo, O que é uma pandemia. *Site da Fundação Oswaldo Cruz*. Disponível em: <https://bit.ly/3bJgOWw>. Acesso em: 26 jun. 2020.

Pandemia não é uma novidade, em 2009 a gripe suína, causada pela H1N1, na metade do ano, quando foi declarada pela OMS, já tinha resultado em 36 mil casos computados em 75 países. No quadro geral atingiu 197 países, com 300 mil mortes, quando reconhecido o seu encerramento em agosto de 2010.⁶

A mais grave pandemia que se tem conhecimento foi entre 1918 e 1920, denominada a “gripe espanhola” que infectou 500 milhões de pessoas, 25% da população mundial à época, e, havendo severa divergência do número de mortos, as descrições oficiais oscilavam entre impressionantes 17 milhões e 100 milhões de pessoas. Foi considerada a epidemia mais mortal da história.

Os números da Covid-19 também são extremamente alarmantes. Ferramenta desenvolvida pela Microsoft de atualização instantânea apontava em 26 de junho de 2020:⁷

- Casos confirmados: 9.628.5658 (global) e 1.233.147 (no Brasil).
- Casos fatais: 489.731 (global) e 55.054 (no Brasil).

No dia 10 de julho de 2020 o “Rastreador de Covid-19” já apontava:⁸

- Casos confirmados: 12.268.630 (global) e 1.759.103 (no Brasil).
- Casos fatais: 554.924 (global) e 69.254 (no Brasil).

O objetivo do presente trabalho não é apresentar números, mas com eles o alcance e a repercussão da Covid-19, para tratar do impacto na sociedade e como isso ecoa nas demandas judiciais brasileiras, mais especificamente, no plano probatório, gerando uma séria confusão entre institutos muito diversos, que são a prova do fato, o fato notório, as presunções, os indícios, as máximas da experiência e o ônus da prova.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Bing Rastreador da Covid-19. Disponível em: <https://binged.it/3hhVdFZ>. Acesso em: 26 jun. 2020.

⁸ Bing Rastreador da Covid-19. Disponível em: <https://binged.it/3hhVdFZ>. Acesso em: 10 jul. 2020.

As regras de direito material não serão analisadas diretamente, mas sim algo muito sério que as envolve de forma indissociável: os riscos, no plano probatório, do tratamento indiscriminado dos efeitos da Covid nas relações jurídicas, como se houvesse um padrão (*standard*) que alcançaria a todos de forma idêntica e que tornasse desnecessária a produção de provas, autorizando decisões desprovidas de efetiva análise fática.

2. O Brasil e a pandemia

Como dito, mundialmente, a OMS declarou emergência em saúde pública de importância internacional em 30 de janeiro de 2020, e em 4 de fevereiro de 2020, o Brasil emitiu a Portaria 188 do Ministério da Saúde declarando emergência em saúde pública de importância nacional.

Em 6 de fevereiro de 2020, a Lei 13.979 dispôs sobre “medidas para enfrentamento da situação de emergência em saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus”, também houve a aprovação, na Câmara dos Deputados, da Mensagem Presidencial nº 93/2020 que “reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil”.

Em 11 de março de 2020, a OMS emitiu uma declaração pública de pandemia em relação ao novo Coronavírus.

Desde então cada estado do Brasil, e, em suas peculiaridades, cada município, vem tratando da pandemia com medidas restritivas específicas, a depender da deliberação dos órgãos competentes, especialmente após o Supremo Tribunal Federal definir a competência destes para assuntos locais e não da União, em medida cautelar na ADI 6343, suspendendo parcialmente a eficácia de dispositivos das Medidas Provisórias 926/2020 e 927/2020.

A situação levou a uma restrição nacional diversa. Capitais, grandes cidades e diversas cidades do interior tiveram um nível de restrições muito intenso desde março/2020, o que provocou impactos econômicos das mais diversas ordens, derivados da paralisação de atividades de praticamente todos os setores considerados não essenciais e a própria redução de consumo geral.

Finalmente, com célere elaboração de um anteprojeto, houve morosidade no andamento legislativo para a edição no Brasil da Lei sobre “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET)” no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”, que foi pontual, não interferindo de maneira rigorosa, salvo pontos específicos eleitos. Regula nas relações de consumo especificamente a suspensão do art. 49 do CDC, na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos e suspende, de forma generalizada, prazos prescricionais e decadenciais.

Outros países optaram por regramentos mais diretos, como redução parcial de valores de aluguéis para pagamento parcelado futuro, com condições rígidas estabelecidas, como Portugal, com proibições específicas de despejo e de incidência de juros de mora, entre tantas outras previsões.

Com esse quadro, há demandas chegando ao Poder Judiciário justamente tratando dos impactos da Covid-19 e com elas há uma tendência de, por ninguém desconhecer a pandemia e a severa restrição que significou, acreditar-se que as relações contratuais foram todas atingidas e de igual forma, isto é, soluciona-se a parte fática a partir de “fatos notórios” em uma “standardização” do contexto probatório, passando a discutir “apenas” a interpretação da lei, do cabimento ou não de uma intervenção no contrato e fórmulas automáticas de equilíbrio.

3. Relações entre norma, fato, direito e convencimento motivado

O processo na fase de conhecimento existe para definição de questões de fato e de direito. No plano abstrato, o direito regula a vida em sociedade (direito material) apresentando descrições para identificação, nos casos concretos, dos elementos que legitimam, conferem a alguém a fruição de um bem da vida.

Na feliz expressão de Francesco Carnelutti,⁹ na relação entre abstrato e concreto, em que há uma balança com dois pratos, em um é

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1942.

colocado o *conceito*, em outro uma *imagem*. É a avaliação jurídica do fato que decorre do confronto entre conceito lançado *na norma* e imagem fornecida pela *realidade*.

A “extração” dessa imagem fornecida pela realidade é um trabalho probatório.

A prova é método, extra ou endoprocessual, voltado à constatação da ocorrência ou inoocorrência de fatos, tão só para esse fim¹⁰ ou para permitir a avaliação jurídica deste e, por conseguinte, viabilizar a busca de soluções autocompositivas, evitar ou justificar uma demanda, ou permitir, mediante fundamentação, a definição sobre fatos relevantes para solução de questões de direito.¹¹

4. A relação entre os momentos da prova e prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova

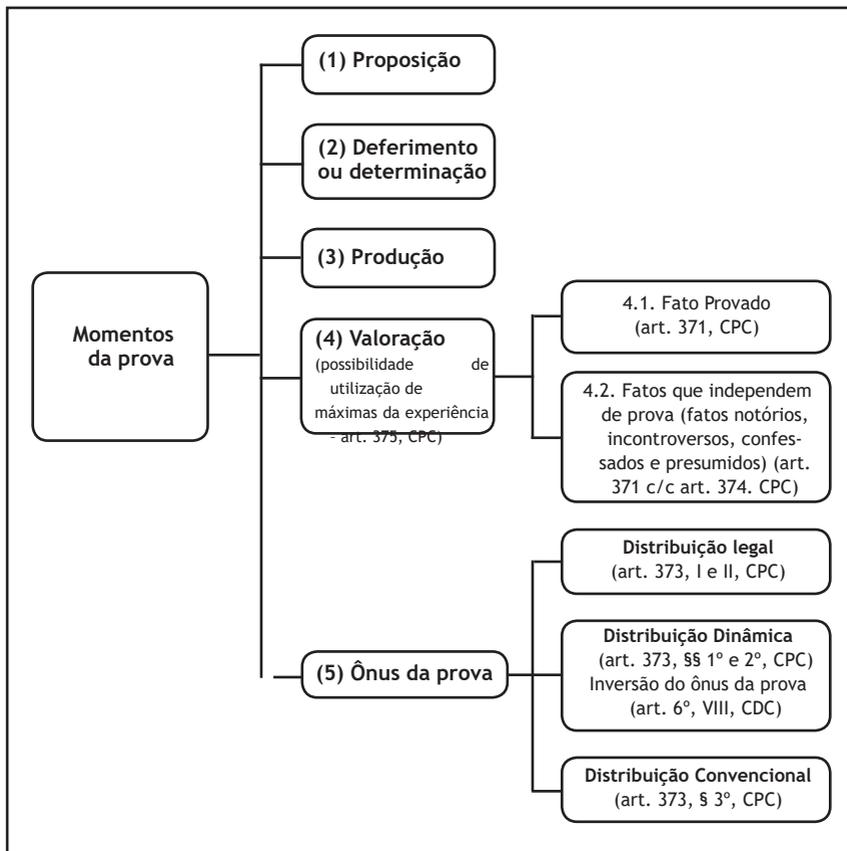
O caminho comum para viabilizar a valoração probatória é a instrução, com o emprego de meios de prova típicos e atípicos, enquanto instrumentos para alcance de informações relevantes junto a pessoas, coisas e fenômenos da natureza (fontes de prova), esperando que, desse trabalho, surjam os elementos necessários (prova enquanto resultado) para o julgamento.

Entender os momentos da prova é extremamente relevante para não confundir as técnicas com os momentos de utilizá-las.

Os momentos da prova não são 3 (três), nem 4 (quatro), como a doutrina normalmente apresenta, mas sim podem ser identificados 5 (cinco) momentos não incidentes obrigatoriamente nesta ordem: proposição, deferimento ou determinação, produção, valoração e ônus da prova, este último, quando não for possível a definição da questão

¹⁰ Como na exibição de documento ou coisa, ou como uma das funções do *habeas data*.

¹¹ No processo, a palavra “prova” é polissêmica, ora significando atividade (*actio probandi*), ora meio (documental, pericial, testemunhal...), ora resultado (demonstração da ocorrência ou inoocorrência de um fato), e a sua definição permite ilustrar a sua função no direito, o que hoje é identificável no ordenamento jurídico brasileiro também pelo disposto no art. 381 do CPC.



fática na valoração, incidindo como solução para evitar o *non liquet* da questão de fato.

MOMENTO (1) Proposição, em que o interessado requer a produção de determinadas provas, devendo relacionar as “questões de fato” e a demonstração de maior eficiência de determinados “meios de prova” para o respectivo esclarecimento;

MOMENTO (2) Deferimento ou determinação, em que o juiz defere as provas requeridas como regra, sem necessidade de fundamentação,

ou determina provas, mesmo de ofício (art. 370, *caput*),¹² desde que demonstre a eficiência destas para o esclarecimento das “questões de fato”. Excepcionalmente (previsão de exceção prevista no parágrafo único¹³ do art. 370), cabe o indeferimento das provas inúteis ou meramente protelatórias, mediante fundamentação com a demonstração da falta de potencialidade para o esclarecimento (inutilidade) ou de não se precisar do meio para o objetivo descrito (desnecessidade);

Em relação ao momento do “deferimento ou determinação de provas”, em que definido o meio de prova mais apto ao esclarecimento do fato probando, há a incidência da máxima eficiência do meio probatório, em que se busca o meio de prova típico ou atípico mais eficiente para seu esclarecimento.

Rigorosamente, não há na atipicidade (meio de prova ou modo de produção não previsto em lei) uma imposição de subsidiariedade em relação à tipicidade, mas sim que o meio de prova seja o mais eficiente para o caso concreto, o que significa reunir melhores condições (potencialidade) para o esclarecimento do fato probando, observando o contraditório (art. 370, *caput* c/c arts. 6º a 10º, do CPC e art. 37, da CF).

MOMENTO (3) *Produção da prova*, em que deve se buscar um estado ótimo no emprego dos meios de prova, o que se realiza a partir do *princípio da máxima eficiência dos meios probatórios* e do emprego de *técnicas executivas probatórias típicas e atípicas*, o que se faz a partir de uma pergunta:

“A regra literalmente prevista permite identificar a melhor forma de esclarecer o fato probando ou, ao contrário, impede ou dificulta o alcance de melhores resultados?”

Se a resposta for que impede ou dificulta o alcance de melhores resultados, pela incidência da *máxima eficiência dos meios probatórios*, comando de otimização identificado no artigo 37 da CF¹⁴ e nos

¹² “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único [...]”.

¹³ “Art. 370. [...] Parágrafo único. O juiz indeferirá, em *decisão fundamentada*, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

¹⁴ CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]”.

arts. 6º, 7º e 8º, do CPC c/c art. 370, *caput* do CPC¹⁵, a conclusão será: deve-se parametrizar a produção da prova, flexibilizando o estabelecido genericamente pela lei, na busca de melhores chances de esclarecimento (mandado de otimização), pois incabível que uma prova reconhecidamente necessária e útil (art. 370, *caput*) tenha, no plano abstrato, regras que no *caso concreto* não levem ao esclarecimento do fato probando ou até o impeçam.

Regras procedimentais probatórias são gerais e, como tal, para a maioria dos casos aplicáveis com eficiência, contudo, quando em casos específicos, diferentes, isto não se dá, não há aplicação com eficiência devido a certas peculiaridades, assim viola-se simultaneamente a isonomia, precisando tratar desiguais de maneira desigual (igualdade real), e a eficiência, comando que incide para encontrar outro caminho para efetivos resultados.

Por exemplo, por vezes a determinação de exibição de um documento em poder da parte contrária é suficiente para o alcance do resultado ótimo esperado (a exibição do documento), pois a regra usual é que se a parte contrária não exhibe ou não apresenta justificativa, serão presumidos verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar com o documento (art. 400, *caput*); contudo, há casos em que o conteúdo do documento é desconhecido e, portanto, impossível a incidência da presunção como técnica coercitiva para estimular a exibição, então será necessária a busca de uma outra *técnica executiva probatória*, como a fixação de multa (astreintes) para que a parte exhiba (art. 400, parágrafo único), sendo esta normalmente utilizada apenas para exibição de documentos em poder de terceiros, que, naturalmente, não têm estímulo por presunções que recairiam sobre parte do processo.

¹⁵ CPC: “Art. 6º *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 7º *É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.* Art. 8º *Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*”

Pode ocorrer que, durante a “produção” de uma prova pericial, um documento não seja entregue ao perito ou aos assistentes técnicos que solicitaram à parte que o detém. Embora seja um dever-poder do perito e de assistentes técnicos a solicitação de documentos (§ 3º do art. 473), quando isso não ocorre, imprescindível incidir regra que se relaciona ao alcance dos objetivos, que está na regulamentação de “prova documental”, e, mesmo que não houvesse o dispositivo, caberia a incidência da cláusula geral de coerção de decisões judiciais prevista no art. 139, IV, do CPC combinada ao “dever-poder” do juiz de adequar a produção dos meios de prova “às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, VI, do CPC), que pode ser do “direito à prova” e do “direito de provar”.

MOMENTO (4) *Valoração da prova*, em que o juiz analisa o conjunto probatório, independentemente de qual sujeito a produziu (art. 371) e profere uma decisão envolvendo a questão de fato e que trataremos a seguir.

MOMENTO (5) *Ônus da prova*, aplicável para evitar o *non liquet* instrutório, ou seja, diante da “insuficiência do material probatório”,¹⁶ haverá a necessidade de incidência de uma “solução” residual (*ultima ratio*), que trará uma posição negativa para aquele que tinha o ônus da prova, em regra, atingindo a quem o fato aproveitaria (art. 373, I e II, do CPC), salvo inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) ou distribuição dinâmica (§§ 1º ao 3º do art. 373, do CPC).

A solução da questão fática por “fria” e “abstrata” incidência do ônus da prova no momento da decisão não é uma alternativa para o juiz, mas uma solução para a falta de alternativa.¹⁷ É o reconhecimento da inutilidade da instrução probatória, o decreto de falência do conjunto probatório para solução da questão de fato.

Nas palavras de Rosemberg, citado por Barbosa Moreira: “a essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem na instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve proferir no caso

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 235.

¹⁷ FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Comentários ao art. 373. Versão digital Thomson Reuters Proview.

de que não se possa comprovar a verdade de uma relevante afirmação de fato”,¹⁸ por isso, em essência, uma regra de julgamento.

Como conclui Taruffo, quando se trata da “decisão final” de “sim” ou “não” sobre a verdade dos enunciados sobre fatos, “a prova de sua falsidade e a ausência de provas suficientes de sua verdade são situações equivalentes”.¹⁹

É uma constatação pesada, pois o resultado de não provar é equivalente ao resultado da parte contrária, por exemplo, provar que o fato não ocorreu!

Quando há valoração (momento 4), ocorre a análise do conjunto probatório²⁰ (incidindo o princípio da unidade probatória), não sendo relevante quem produziu a prova, mas sim a sua potencialidade de esclarecimento da questão de fato (comunhão da prova).

A prova, em regra, não põe as partes ou o juiz em contato com o fato, mas com elementos que permitam deduzi-lo a partir de inferências que serão viabilizadoras da demonstração da qualidade para o convencimento judicial, por isso a denominação convencimento judicial motivado (art. 371).

A atividade judicial relacionada às questões de fato não é controlada por regras legais preestabelecidas que imponham meios de prova específicos e seu grau de eficácia no convencimento, porém, a determinação de motivação (convencimento motivado) procura estimular uma qualidade dessa análise e uma forma de controle dela

para que esta análise e a correlata conclusão por uma afirmação não se percam pelo critério exclusivista do julgador, mas sejam, ou possam ser apreciadas pela crítica de todos os demais julgadores, denominem-se estes sociedade ou seus magistrados, a doutrina e a lei estabelecem princípios pelos quais se guia o processo destinado a formar o convencimento.²¹

¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988. 2. série, p. 76.

¹⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 132-133.

²⁰ Unidade probatória é um princípio fundamental que orienta o momento da valoração em que uma questão de fato é, ao final da instrução, analisada a partir de todo o conjunto probatório, passando

Para julgar uma questão de fato *não* são admissíveis impressões pessoais, mas a demonstração efetiva da existência de elementos que permitam afirmar que um fato ocorreu ou não. Michele Taruffo, analisando sistemas de inúmeros países, faz uma conclusão severa: “Un principio general existente em todos los sistemas procesales establece que el juez no puede tomar en cuenta ningún hecho del que haya tenido noticia privada y que no haya sido debidamente probado”.

Isso não significa que sempre é necessária a produção de prova e o seu resultado seja o esclarecimento da questão de fato, pois quando chega o momento da valoração (momento 4), em algumas situações, mesmo sem prova, admite-se o fato como *se provado estivesse*. São *vetores de conclusões acerca de questões fáticas*, pelo reconhecimento legal de sua razoabilidade para definição da questão de fato. Exemplos desses, temos no CPC Brasileiro o disposto no art. 374:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

- I – notórios;
- II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
- III – admitidos no processo como incontroversos;
- IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Rigorosamente, a lei (art. 374) não pode impor ao juiz raciocínio prevalecendo um fato presumido, quando há prova em contrário nas presunções relativas, isso ninguém questiona, contudo, quando se trata de confissão, fatos incontroversos e notórios, parece que há um “óbice” legal e não há!

Os *vetores de conclusões acerca de questões fáticas*, são simplificadores na “falta” de “prova (direta) do fato” e não substitutivos impositivos.

por este e buscando identificar os elementos relevantes para o esclarecimento do fato probando que, normalmente, não é solucionado a partir de uma única prova, mas de diversas técnicas e provas apreciadas e relacionadas a partir de raciocínios probatórios, representando a valoração de um ato complexo para cada fato probando (v. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. p. 261-276.

Como já tive oportunidade de sustentar,²² o art. 374 não impede a produção de provas (momento 3) ou que haja julgamento contrário aos fatos notórios, presumidos, confessados ou incontroversos (momento 4), apenas apresenta facilitadores, liberatórios do ônus probatório. Na ausência de esclarecimentos (que podemos ilustrar como momento 4.1.), ainda não incide o ônus da prova (seria momento 5), mas sim os vetores de conclusões fáticas (para ilustrar momento 4.2.), desde que não haja no conjunto probatório elementos que os contradigam, não sendo por outro motivo que estão colocados ao lado das regras do ônus da prova.

Por outra forma, pode-se dizer que os vetores de facilitação de conclusões acerca das questões fáticas aplicam-se no momento da valoração, salvo existência de prova direta em contrário. A apresentação primeiro do fato provado decorre da sua prevalência em relação aos facilitadores.

Há uma diferença marcante entre fato que independe de prova (art. 374) e fato provado (art. 371), prevalecendo este último, quando em contradição com os facilitadores.²³ Afinal, se há prova direta esclarecendo a questão fática, descabida a incidência de vetores de conclusões fáticas, já que não há o que facilitar ou liberar do ônus. A convicção está acima dos vetores.

A ordem preferencial no momento 4 (valoração) é:

- i) *fato provado* (art. 371), para cuja consideração podem ser empregados raciocínios críticos, envolvendo *máximas da experiência* (art. 375);
- ii) *fato que independe de prova* (art. 371 c/c art. 374) (vetores de conclusões fáticas: *fato notório, fato incontroverso, confissão e presunção*); os vetores provocam na realidade, quando presentes,

²¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. São Paulo: Max Limonad Editor, 1970. v. I, p. 19.

²² FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. comentários ao art. 374. Versão digital Thomson Reuters Proview.

²³ Ibidem. Moniz de Aragão dizia que o juiz, no momento do julgamento, emprega a análise da reunião de provas e das regras aplicáveis na solução de questões de fato. (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Relatório brasileiro - Direito à prova. *RePro – Revista de Processo*, n 39, p. 116-117).

mesmo sem a prova do fato, o mesmo resultado do fato provado; contudo, a parte contra a qual incidem os facilitadores (vetores de conclusões fácticas), pode produzir provas durante a instrução (momento 3), para justamente esclarecer diretamente o fato probando, se bem-sucedida, a iniciativa provoca a hipótese “i” “fato provado” (*rectius*: esclarecido);

Agora, sem a presença das hipóteses “i” e “ii”:

iii) incide o momento 5: ônus da prova (invertido ou não, com distribuição dinâmica ou não) (art. 373, *caput* e §§ 1º a 3º e art. 6º, VIII, do CDC);

Alcançamos o centro nevrálgico.

A pandemia e o próprio reconhecimento normativo de sua ocorrência e de implementação de restrições de atividade e movimentação em geral provocaram na sociedade um *conhecimento público* e, em razão disso, as demandas judiciais têm sido propostas usualmente com a perspectiva de que há uma liberação do ônus da prova, uma vez que a pandemia é “fato notório”.

A situação é delicada e precisa de cuidados.

Por *fato notório* devemos considerar aqueles que sejam de conhecimento de uma parcela da sociedade em determinado momento histórico (“patrimônio estável de conhecimento”, na linguagem de Betti, adotada por Moacyr Amaral Santos)²⁴, podendo ser de uma determinada região, estado, País ou mesmo internacional, e por tais motivos tornam uma perda de tempo a discussão sobre eles (*notoria non eget probatione*), pelo menos na perspectiva daquele a quem o fato aproveita e para o Estado-Juiz, caso não se apresente iniciativa da parte contrária ou elementos no conjunto probatório.

Friedrich Stein reconhece que são em número reduzido os fatos notórios que “pertencem à história”, a maioria se situa em níveis

²⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. op. cit., p. 168.

inferiores do cotidiano, podendo, inclusive, ser periódicos, e dá como exemplo “la última epidemia de cólera y la huelga [greve] de los tipógrafos de 1891”.²⁵ Atualmente podemos citar o “11 de setembro”, o “impeachment de Dilma Rousseff” e a pandemia (Covid-19).

O mesmo autor destaca que não é tudo que é publicado em um jornal, por exemplo, que é fato notório.²⁶

A parte que tem a seu favor o fato notório libera-se da demonstração do fato, mas não do ônus de provar a notoriedade desse fato, embora quanto mais notório, mais fácil será essa demonstração e o mesmo não precisa fazer parte do conhecimento privado do juiz, basta que este consiga acessar e reconhecer a notoriedade.²⁷

Como dizia Barbosa Moreira,²⁸ embora o juiz que presencia fatos específicos e precisa ser testemunha não pode atuar na causa, não teria sentido nenhum proibir que o juiz utilize os seus conhecimentos gerais, como fatos notórios e máximas da experiência, assimiláveis ou assimilados como um membro de uma sociedade, sendo receptor de conhecimentos derivados do ambiente sociocultural em que vive, o que contribui para uma melhor análise, uma cognição mais adequada do caso, chegando ao ponto do emprego se tornar automático em várias situações.

Portanto, o fato notório pode ser trazido pelo juiz. Contudo, há necessidade de observar o contraditório (art. 10 do CPC).²⁹

Esse é o ponto em que alguns fatos relacionados à pandemia podem ser considerados notórios.

²⁵ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 139.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Moacyr Amaral Santos dá excelente exemplo de fato notório assimilável pelo juiz, mesmo sem conhecimento prévio deste: “O juiz pode ignorar a época em que se faz a colheita de café, no estado de São Paulo, mas nem por isso essa época deixa de ser notória, bastando-lhe, para conhecê-la, consultar qualquer calendário especializado ou qualquer agricultor ou comerciante de café.” (*Op. cit.*, p. 167).

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *op. cit.*, p. 62-63.

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2, p. 35.

Portanto:

- a) devem ser identificados os fatos controvertidos;
- b) dos fatos controvertidos, devem ser identificados:
 - b1) quais podem ser aceitos como fatos notórios;
 - b2) quais precisam seguir o caminho usual.

Por exemplo, que há uma pandemia não há dúvida desse fato notório.

Que houve uma restrição generalizada de movimentações e de serviços, salvo os essenciais, também.

Contudo, na medida em que os fatos vão se especificando, há uma *individualização do plano fático envolvendo as partes*, separando-os dos elementos gerais do que é e do que ocorre durante a pandemia.

Stein ressalva que o fato notório quase nunca é conhecido com todas as suas particularidades, mesmo em casos específicos e reiteradamente noticiados, cabendo, inclusive, além das especificidades, o cuidado *com pseudonoriedades* que não substituem a prova.³⁰

Afirmar que todos os negócios foram impactados negativamente e de forma homogênea está errado. Se alguém afirma rigoroso impacto econômico negativo deve produzir provas nesse sentido, caso isso lhe seja útil.

Se alguém alega mudança radical, provisória ou permanente, do sinalagma ou da “base do contrato” em determinada relação contratual, caberá a este a demonstração: qual era o sinalagma? Qual era a “base do contrato”? Qual foi o impacto econômico-financeiro sem que tenha a parte interessada concorrido para tal situação? Como o direito material permite revisão ou resolução do contrato e a partir de que elementos? A partir daí, definidos os requisitos, discutir as questões de fato relacionadas ao cabimento ou não de revisão contratual, resolução sem ônus ou ônus parcial, entre outras hipóteses.

³⁰ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 143.

Na adoção de fatos notórios não se deve violar o *due process of law*, pelo que, mesmo diante de fatos notórios admissíveis, é garantia fundamental das partes serem ouvidas³¹ e suas manifestações serem consideradas, o que em si toca diretamente no contraditório efetivo e na ampla defesa acerca do fato notório.

Cabe então uma diferenciação clara entre “prova do fato”, “fato notório”, “indícios”, “presunções”, “máximas da experiência” e “ônus da prova”.

Na “prova do fato” a solução do *fato probando* se dá pelo emprego de meios de prova (momento 3 – produção), ou seja, de instrumentos que permitam acessar a *fonte da prova* (pessoas, coisas e eventos da natureza) capazes de evidenciar a ocorrência ou inoocorrência de um fato, não se empregando qualquer mecanismo facilitador, incidindo efetivamente o convencimento motivado do julgador (momento 4 – valoração), no qual este precisará demonstrar os elementos dos autos constantes que o levaram a concluir que o fato ocorreu, não sendo necessário se dirigir para o momento 5 da incidência do ônus da prova.

A “prova do fato” envolve, de uma forma geral, qualquer elemento, como eventos, comportamentos, situações ou objetos que possam ter a percepção direta do juiz,³² por isso chamadas de *provas reais*. São de natureza *demonstrativa* envolvendo, por exemplo, fotografias, gravações de áudio e vídeo etc., o importante é a verificação de sua *autenticidade e fiabilidade*.

As *provas circunstanciais* são aquelas em que há um fato como premissa (*fato probans*, circunstâncias) que por inferência viabiliza conclusões acerca de um fato principal (*factum probandum*), não podendo deixar de ser destacado que é muito comum que estas decorram de uma análise complexa, isto é, decorre de várias inferências embasadas em diversas circunstâncias, se bem envolvidas.³³

Retomando o tema da Covid-19, tomando por base elementos econômicos, financeiros, impactos em determinada relação jurídica, pode

³¹ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 145.

³² *Idem*, p. 102.

³³ *Idem*, p. 102-105.

haver conteúdo relevante de elementos técnicos ou científicos, especialmente se considerarmos que cada relação contratual pode ter peculiaridades e, dependendo da situação, pode não ser correta à luz do contrato e das regras legais aplicáveis, uma intervenção judicial ou que ela tenha medições bastante sensíveis no plano econômico, para, por exemplo, manter o *equilíbrio previsto pelas partes entre as prestações*.

Esse ponto é que parece ser decisivo em muitas demandas envolvendo os impactos da Covid-19. Como manter a “base do contrato” sem frustrar expectativas ou o uso abusivo da Covid-19, se assim podemos dizer?

Em um dano, estaremos falando de provas relacionadas à culpa, ao nexo de causalidade entre esta e o dano causado, ou, no plano de fatos do produto, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), estaremos tratando de nexo de causalidade e dano.

Por exemplo, se houvesse uma venda de máscaras e estas sequer trouxessem um grau mínimo de proteção, pois o tecido tinha tramas abertas e apenas uma camada (e não dupla), embora vendido como proteção individual contra a Covid-19, diante da situação de risco à segurança do consumidor, poder-se-ia sustentar que o ônus da prova caberia ao fornecedor de que o produto não é nocivo, perigoso ou inseguro (arts. 8º e ss., CDC). Nesse caso, há um ônus da prova especificamente regulado em lei, caso um consumidor ajuíze uma ação indenizatória por conta de danos causados ou por conta do risco a que foi exposto, seria ônus do fornecedor a demonstração que o produto não era nocivo, perigoso ou inseguro.

Por outro lado, diante de lucros cessantes de um consumidor, qual parcela é de responsabilidade do fornecedor (nexo de causalidade) e qual deriva da crise causada pela pandemia?

Em relação aos lucros cessantes ou danos emergentes, o ônus da prova é do consumidor (art. 373, I, CPC), contudo, deverá se tomar cuidado redobrado com o quanto houve de perda relacionada ao fornecedor e o quanto por conta da pandemia que atingiu a todos. Logo, dependendo do momento da perda, imputar os danos ao fornecedor pode não ser correto, por ausência de *causalidade*.

Em outra linha. Determinado contrato que estava sendo descumprido por uma das partes, o posterior surgimento da pandemia passaria a legitimar o descumprimento?

Talvez, no caso concreto, as parcelas possam ter conclusões distintas, mas, para fins de cabimento da rescisão, poderão bastar as parcelas anteriormente descumpridas.

Retomando os procedimentos relativos aos fatos probandos.

O primeiro caminho é definir os pontos controvertidos (momentos 1 e 2).

Após, a partir desses pontos controvertidos, identificar quais são fatos notórios e quais não são (na identificação momentos 1 e 2).

Nisso, já haverá um primeiro padrão relacionado à distribuição do ônus da prova (distribuição estática – *ope legis* – art. 373, I e II, CPC) a dar um norte para as partes em relação aos seus requerimentos instrutórios. O ônus da prova não foi proposto para se prestar a orientar a conduta das partes (sentido subjetivo, regra de atividade), mas sim para resolver questões fáticas não esclarecidas pelas provas produzidas (sentido objetivo, regra de julgamento). Porém, como é uma regra previamente conhecida pelas partes, acaba por ter um efeito colateral negativo,³⁴ que é “orientar” condutas das partes somente focando seu ônus, o que acaba por, em alguma medida, permitir uma manipulação unilateral das informações relevantes pelas partes, o que é contraditório em relação à norma fundamental de colaboração.

O juiz só utilizará o ônus da prova (momento 5 – como regra de julgamento) se o fato não for esclarecido (provado – momento 4) ou não estiverem presentes as hipóteses que liberam sua prova (art. 374 – momento “4,8”)

Na fase preparatória da instrução, o ônus não norteia os deveres-poderes instrutórios do juiz, contudo, este deferirá as provas requeridas ou determinará as que entender necessárias ao julgamento de mérito (art. 370, CPC), bem como, pela forma como hoje vem

³⁴ Este efeito colateral negativo tanto existe que a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) e a distribuição dinâmica (art. 373, §§ 1º e 2º, CPC) têm também a função de, em alguma medida, mitigá-lo. Rigorosamente, quando as partes têm condição de produzir a prova e esta se materializa, o ônus da prova é uma regra sem relevância. Por isso, a afirmação de parcela da doutrina sustentando que o ônus da prova tem importância para os casos de não esclarecimento e aplicação como regra de julgamento. Parece muito correto, porque a utilidade do sentido subjetivo existiria apenas como elemento estratégico de manipulação não cooperativa que não só viola o dever geral de colaboração, como, especialmente, daria importância a algo que se qualificaria como um abuso de direito.

entendendo o Superior Tribunal de Justiça, analisará também, em geral antes da instrução, o cabimento ou não da inversão do ônus da prova, quando for o caso (art. 6º, VIII, CDC) e ainda eventual distribuição dinâmica (*ope judicis* – art. 373, §§ 2º e 3º, CPC).³⁵

Nesse ponto merece breve ressalva, embora no inciso VIII do art. 6º do CDC seja empregada a palavra “ou”, isto é, “hipossuficiência do consumidor” (no plano informativo probatório) ou “verossimilhança da alegação”, estes requisitos são *cumulativos*, pois não caberia ao final um ônus probatório invertido por hipossuficiência do consumidor se a sua alegação não fosse minimamente plausível ou não seria razoável falar em mera afirmação plausível sem identificação de um estado de hipossuficiência no plano informativo probatório do consumidor a justificar o tratamento diferenciado.³⁶

Dito isso, vamos prosseguir.

Vejamus que a pandemia é essencialmente um estado de risco de contaminação, derivando restrições de mobilidade e de atividades em geral.

As fontes e os meios de prova (momento 3 – produção) também são impactados pela Covid-19. Por exemplo, em muitos casos a prova testemunhal poderá ser impactada, pois as pessoas, salvo núcleos familiares ou atividades essenciais, não vêm se encontrando fisicamente.

Por outro lado, o uso diuturno de redes sociais e aplicativos de comunicação poderão ampliar sobremaneira testemunhos do que “presenciado no ambiente virtual”, ou mesmo visto, captado por câmera e microfone, porém, o cuidado com a “compreensão do todo real” deverá ser extremamente redobrado.

Outro impacto envolverá “provas documentais”, assinaturas de instrumentos que estão sendo realizados por simples escaneamento, assinaturas com login de serviços específicos ou até meros *e-mails* ou mensagens instantâneas.

³⁵ Esse ponto tratamos no *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, arts. 369 e ss – inclusive sobre o ponto de ser regra de julgamento e não de atividade.

³⁶ Para um aprofundamento do tema, momentos de incidência e aplicação da inversão do ônus da prova no CDC: FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil Bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 361-382.

A “nova realidade” vivida em tempos de Covid-19 importará em necessário *balanceamento* parametrizador de menor rigor, em casos justificados, pela impossibilidade ou enorme dificuldade de “obter prova”, diferente de tempos normais, o que será realizado no momento 4 (valoração), podendo evitar o momento 5 (ônus da prova), cuja solução não guarda qualquer relação com a atividade crítica do julgador, como se dá no momento 4 (valoração). O juiz apenas reconhece a “incidência” do comando legal, judicial ou convencional (do ônus da prova – momento 5).

Como já disse José Fernando Simão em *lives* sobre os impactos na Covid-19 nos contratos, teremos 3 (três) realidades a considerar:

Realidade “A” – antes da pandemia;
Realidade “B” – durante a pandemia;
Realidade “C” – após a pandemia.

Pelo grau de acometimento da sociedade, em escala global e de modo jamais visto na história da humanidade, os operadores do direito precisarão de “chaves seletoras” para o “emprego” de normas jurídicas, especialmente no direito probatório.

O que objetiva este trabalho é apenas ilustrar as *ferramentas* a serviço dos operadores do direito. Cada peculiaridade terá o emprego das ferramentas específicas.

O regime jurídico da prova se relaciona em estreita medida com o momento em que possível a sua obtenção, ou seja, com o momento histórico e o seu contexto; portanto, a dosimetria, especialmente para os fatos ocorridos na Realidade “B” (durante a pandemia), é sensivelmente diversa das Realidades “A” e “C” e, por conseguinte, não podemos empregar as mesmas soluções, sob pena de violar os princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em tudo centralizados no direito à prova, por consequência, em ambiente probatório efetivamente constituído por *normas e técnicas calibradas* à realidade vivenciada, observando a efetividade e a eficiência dos meios probatórios.³⁷

³⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183-221; FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. In: JUNIOR, Fredie Didier; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos Ferreira (Coord.). *Direito probatório: grandes temas do novo CPC*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

Assim, quem alegar que não teve condições de trabalhar ou que o restaurante não pode abrir ou que a loja no *shopping* esteve fechada, porque somente restaurantes poderiam operar e, assim mesmo, apenas para *delivery* não precisará nas cidades que assim operaram produzir essas provas, pois estarão diante de fatos descritos classificados como *fatos notórios*, inclusive com restrições normativas a apoiar a demonstração da notoriedade.

Conforme acima demonstrado, os fatos notórios também podem envolver a negação de fatos (fatos negativos),³⁸ como a não abertura de repartições públicas, *shoppings*, *Fóruns* e Tribunais.

Exemplificativamente, um conhecido shopping do interior de São Paulo ficou metade dele aberto e outra metade fechada por se localizar em cidades distintas – esse caso foi muito veiculado na imprensa e teve uma situação extraordinária, porém, “notória”.

Um lojista demonstrando estar na cidade que proibia a abertura, notório o fechamento. É perceptível que a situação “da loja específica” não tem uma situação notória (não há notoriedade em relação ao fechamento da loja “x”), mas, nesse caso, ela se encontra em “um complexo” (*shopping*), portanto, há um *fato notório por arrastamento*, se assim podemos dizer.

Mas isso não significa que fatos notórios não possam ser contraditados. Por exemplo, determinado restaurante, mesmo que ilegalmente, abriu ou inventou uma solução de recebimento de clientes sem risco, mesmo contra as autoridades sanitárias e teve sucesso, perdendo, inclusive, fundamento para revisões contratuais provisórias. Contudo, como há o fato notório, a situação representará fatos impeditivos do direito do autor, cujo esforço instrutório caberá a outra parte, o réu (art. 373, II, CPC).

O fato notório é muito geral, então o que há, quando se trata do caso concreto é de uma reunião de fato notório (fato base) e de um fato deduzido (presumido) para a situação específica discutida, mas isto admite prova em contrário.

³⁸ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 143-144.

Em outras palavras, no plano específico de um caso concreto as coisas podem ter ocorrido diferentemente do “novo normal” (da Realidade B), mas, nesse caso, cabe o ônus da prova à parte a quem essa “diferença” beneficia.

Repita-se, se há ônus da prova para a parte contrária, não pode a parte ser impedida de produzir provas contra o fato notório.

Mas no exemplo descrito, na ausência de provas, o fato notório e a presunção para o caso concreto prevalecerão, desde que, assim, pelos critérios expostos anteriormente, possam ser classificados.

Se aplicado com muito rigor o conceito clássico de fato notório, que representa fato concreto e evidente, o fechamento geral nem seria admissível, contudo, na Realidade “B” (durante a pandemia) a extensão de fechamento foi a regra e pelo alcance social vivenciado, plausível a admissão do fato notório, porque além de extremamente razoável diante da pandemia, haveria, como regra, um trabalho excessivo de produção de prova para algo que alcançou grande parcela da sociedade.

Esse ponto é muito importante para evitar cerceamento do direito de defesa das partes, tanto do autor quanto do réu, a depender de a quem o fato aproveita.

Por isso, os “momentos da prova” são tão importantes.

Inicialmente, o fato notório é tratado nos momentos “1” (requerimento), “2” (deferimento ou determinação) e “3” (produção de prova). E com olhos postos que o “ordinário” (do *novo normal* – “Realidade B”) não precisará ser provado na produção (momento 3), mas poderá esse momento ser empregado para afastá-lo com a demonstração do “extraordinário”, e como afirmava Malatesta, “Apresentando-se, pois, duas afirmações opostas, uma ordinária, a outra extraordinária, a primeira presume-se verdadeira, a segunda deve ser provada.”³⁹

Combinados assuntos, podemos questionar: *Os fatos notórios confundem-se com as máximas da experiência?*

³⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 132.

Embora façam parte dos possíveis *conhecimentos privados do juiz*, o seu conjunto geral do saber, fato notório e máximas da experiência são distintos.

Como dizia Calamandrei,⁴⁰ eles possuem naturezas lógicas diversas. As máximas da experiência no silogismo empregado pelo juiz, os conhecimentos assimilados são de *conteúdo geral* e aplicáveis no futuro a qualquer caso semelhante, representando a premissa maior do silogismo. Já o fato notório envolve um juízo sobre *eventos concretos*, portanto, representam afirmações sobre a existência de *atos singulares*, formando a *premissa menor*.

Essa definição de Calamandrei será fundamental para entender a análise aqui proposta.

As máximas da experiência são ferramentas do livre convencimento motivado,⁴¹ de grande importância para o juiz no momento da valoração das provas (momento 4), sendo empregadas para auxiliar na análise do conjunto probatório, não somente funcionarão como “sinapses” entre os elementos de prova, permitindo análises críticas e raciocínios, como fornecerão elementos para a motivação na decisão. Por isso, afirma-se que o juiz não está “*viculis solutus*”, porque na sua adoção há que motivar o emprego e a adequação da máxima à lógica e à experiência empregada,⁴² não são juízos sensoriais, não podendo ser justificados por sensações.⁴³

Seguindo a clássica definição de Stein: as máximas da experiência

são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, com base nesses casos, pretendem ter aplicação para outros novos.⁴⁴

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. *Operer Giuridiche*, Vol. V – *La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (publicado originariamente da *Rivista didiritto processal civile* a. II, 1925, parte I, p. 273-304), Roma: Roma Ter-Press, 2019. p. 441.

⁴¹ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 219.

⁴² MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Editorial Temis, 1989. p. 278.

⁴³ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 19.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 22.

As máximas da experiência são generalizações que são consideradas admissíveis por corresponderem a uma modalidade em que certos acontecimentos ocorrem na realidade, são inferências de caráter dedutivo⁴⁵ e por estarem no conhecimento geral de um homem médio, são consideradas notórias,⁴⁶ mas não são fatos notórios.

Podem ser:⁴⁷

- i) *máximas da experiência comum*, extraídas do que ordinariamente acontece na vida em sociedade;
- ii) *máximas da experiência técnica*, podendo surgir de determinados ramos do conhecimento, mas que assumidamente aceitos: economia, médico, psicologia, engenharia, física;
- iii) *máximas da experiência axiológica*, relativas aos juízos de valor que integram o patrimônio cultural da comunidade, acessíveis ao homem médio (pais são os que criam... dar a cada um o que é seu...);

Nos tempos de pandemia, o fechamento de inúmeras atividades, as restrições de mobilidade, as dificuldades de aquisição de produtos de proteção para os profissionais da saúde, entre outros, são *fatos notórios*, contudo, motoboys que trabalhavam com entregas de documentos e tiveram um impacto imediato de falta de receita, é uma *máxima da experiência*, pois sabe-se que dificilmente documentos foram entregues no período em que escritórios e empresas estiveram fechados ou operando em *home office*, uma vez não precisando circular documentos, deduz-se que não haverá trabalho, nem auferirá ganhos (máxima da experiência acerca dos riscos dos profissionais autônomos).

E aqui é necessário um cuidado com as diferenças *entre indícios, máximas da experiência e presunções*.

⁴⁵ SOUZA. Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2013. item 11.1.4.

⁴⁶ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 26. O autor ressalva que vão assumindo cada vez maior grau de confirmação quando as máximas são confirmadas por novos casos, o que não afasta a possibilidade de serem, diante de uma nova identificação, afastadas. p. 29.

⁴⁷ SOUZA. Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2013. item 11.1.2.

Máximas já tratamos, então vejamos indícios e presunções.

As presunções, quando previstas em lei, são denominadas de presunções legais, em geral são presunções relativas que admitem prova em contrário. Quando houver “prova do fato” demonstrada por um meio de prova (momento 4.1.) fica afastado o emprego da presunção⁴⁸ (momento 4.2.)

A presunção não é meio de prova, nem instrumento para coleta de informações em fontes de prova, é um raciocínio que se dá *in mente iudicis*,⁴⁹ parte de um fato conhecido (fato base/indício/fato indicativo) e por um raciocínio chega-se a um fato presumido.⁵⁰ Nas palavras de Helio Tornaghi,⁵¹ indício é o fato indicativo e a presunção o fato indicado.

As presunções são *legais* (previstas na lei, sendo: relativas – admitindo prova em contrário ou absolutas) ou *judiciais* (*hominis* ou simples). Estas últimas ocorrem por meio de raciocínios do juiz na valoração (momento 4).

O *indício* “é fato que serve de premissa do raciocínio para a presunção”, portanto, ele precisa ser comprovado para ser o fato base da presunção judicial (*hominis*). Normalmente os indícios são fatos que isoladamente não solucionam a questão de fato, porém a reunião destes a raciocínios judiciais podem levar à conclusão de que um fato ocorreu, ter-se-á um *fato presumido*. Por isso, afirma-se que o fato presumido independe de prova.

Feitas as considerações, retomemos a relação com a pandemia. No caso do motoboy de entrega de documentos que não teria trabalho, esse fato pode ser questionado, porque a pessoa passou a trabalhar com entrega de mercadorias de supermercado com sua moto. Esse fato até precisaria ser provado (art. 373, I e II, CPC), porém sendo fato notório, que aumentou enormemente a demanda por entregadores, pode, ao final da instrução, com indícios da realização de uma atividade, o juiz considerar que o motoboy dedicado a entrega de

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. tomo IV, p. 279.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., de *Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57.

⁵⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da Prova Cível*, op. cit., p. 314.

⁵¹ TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4, p. 320.

documentos passou a trabalhar em outro segmento no mesmo modelo (utilização da moto). Indícios podem auxiliar nesse reconhecimento de um novo trabalho, como a troca por uma moto nova, em que o indício permite um raciocínio probatório, embasado em uma máxima da experiência: quem em uma crise troca moto antiga por uma moto mais nova, não deve estar passando por falta de trabalho, mas até a utilizando para tal.

Alguns fatos gerais nesse momento de pandemia serão considerados fatos notórios, mas suas consequências, dependendo da situação concreta, podem ser “fatos notórios” (se identificados) ou “máximas da experiência” (raciocínios dedutivos), quando compreendidos em relação ao que ordinariamente ocorre.

Como se observará, as máximas da experiência são aplicáveis pelo juiz quando realiza *raciocínios probatórios* e não há uma restrição geral, salvo quando envolverem conhecimento técnico ou científico específico, necessitando de prova pericial (art. 375, CPC) (momento 3), por isso levam ao esclarecimento do fato probando durante a valoração probatória (momento 4), tornando desnecessária a indesejada incidência do ônus da prova (momento 5).

Os fatos notórios, por sua vez, envolvem a solução de fatos determinados, que na pandemia são os “gerais” (ordinários), que não precisam ser provados (momentos 1, 2 e 3), contudo, podem ter prova em contrário (como também fatos incontroversos, presunções relativas e confissões – art. 374) (momentos 1, 2 e 3), por isso, não havendo prova em contrário (considerada no momento da valoração – momento 4), são admitidos esses fatos, tornando desnecessária a indesejada incidência do ônus da prova (momento 5).

Para cada questão de fato, somente quando superadas todas essas etapas é que incidirá o ônus da prova (momento 5), conforme o caso:

- i. definido na lei – cabendo ao autor os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, I e II, CPC);
- ii. por decisão judicial distribuído (art. 373, §§ 1º e 2º, CPC ou art. 6, VIII, CDC);
- iii. ou convencionado pelas partes (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC).

A aplicação do ônus da prova para “solução” (abstrata) de uma questão fática, como dito, é indesejada, residual e seu antecedente lógico indispensável, explicitamente reconhecido ou não, é a falência da instrução probatória para solução da questão fática por raciocínio probatório judicial.

Só este último elemento parece justificar a função do ônus da prova no sistema, por impor a demonstração e revelar a triste perspectiva de inutilidade de tudo que foi realizado (não adiantou nada...), já que a “questão de fato” “solucionada” por ônus da prova é o mesmo que “solucionada” por “cara ou coroa”, se bem que ao lançar a moeda há aproximadamente 50% (cinquenta por cento) de chance para cada hipótese, enquanto o ônus da prova...