



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS**

**CURSO DE DIREITO**

**MÁRCIA ROSA PEREIRA SANTOS**

**CONFISSÃO FICTA COMO PRESUNÇÃO RELATIVA: A POSTURA DO  
MAGISTRADO E DIREITO DE PROVAS**

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**MÁRCIA ROSA PEREIRA SANTOS**

**CONFISSÃO FICTA COMO PRESUNÇÃO RELATIVA: A  
POSTURA DO MAGISTRADO E O DIREITO DE PROVAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a conclusão do curso.

Orientador Professor Leonardo R. Furtado Mendonça.

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**Márcia Rosa Pereira Santos**

**Confissão Ficta como Presunção Relativa: O Direito de Prova e a Postura do  
Magistrado**

**Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC,  
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

Leonardo Furtado Mendonça

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

---

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

Dedico

Aos meus pais por todo carinho e apoio nesta minha caminhada.

A minha tia Eliane pelo incentivo e por me proporcionar e contribuir para a conquista de concluir este curso.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus, minha família, meus professores, meus colegas e todos que de alguma forma contribuíram para construção deste trabalho

Sem sonhos, a vida não tem brilho.  
Sem metas, os sonhos não têm alicerces.  
Sem prioridades, os sonhos não se tornam reais. Sonhe, trace metas, estabeleça prioridades e corra riscos para executar seus sonhos. Melhor é errar por tentar do que errar por omitir!  
Augusto Cury

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar como deve ser a postura do magistrado ao aplicar a confissão ficta, também conhecida *pena de confesso* é uma sanção aplicada a parte que foi devidamente intimada a comparecer em juízo para depor, ou comparecendo se negou a prestar o depoimento ou respondeu evasivamente em seu depoimento. O efeito da pena em confesso é a presunção de veracidade em relação aos fatos alegados pela parte contrária que não foram esclarecidos no depoimento. Presunção essa relativa podendo ser elidida por provas em contrário. Para tanto se faz necessário a avaliação da valoração das provas que tem como objetivo a comprovação da realidade dos fatos, bem como a verdade real, o devido processo legal assim também como o contraditório e a ampla defesa, e análises de algumas decisões judiciais com as aplicações da pena de confesso.

**Palavras-Chaves:** Confissão Ficta. Pena de confesso. Presunção relativa.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1 AS PRESUNÇÕES, OS INDÍCIOS E A PROVA <i>PRIMA FACIE</i>.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 Fatos e Indícios.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 Presunções.....</b>	<b>9</b>
1.2.1 Presunção Absoluta.....	10
1.2.2 Presunção Relativa.....	11
1.3 Provas <i>Prima Facie</i> .....	12
<b>2 DEFINIÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E TIPOS DE CONFISSÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>3 CONFISSÃO FICTA.....</b>	<b>17</b>
<b>4 CONFISSÃO FICTA E A VERDADE. VEROSSIMILHANÇA PARA O PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>23</b>
<b>5 CONFISSÃO FICTA E O DIREITO À PROVA- COMO DEVE AGIR O MAGISTRADO.....</b>	<b>24</b>
5.1 O Devido Processo Legal.....	24
5.2 O Direito a Prova.....	25
5.3 A valoração da Prova.....	26
<b>6 A POSTURA DO MAGISTRADO.....</b>	<b>29</b>
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>32</b>
<b>REFERÊNCIA .....</b>	<b>34</b>

## INTRODUÇÃO

No estudo do Direito Processual Civil estuda-se os procedimentos, todos os atos praticados, tudo o que ocorre no processo, até que se chegue ao trânsito em julgado, ou seja, a decisão definitiva do caso submetido ao magistrado para apreciação. Dentro desse percurso há o processo de conhecimento, onde ocorre uma série de atos interligados e coordenados com a finalidade de formar o convencimento do magistrado, para que este possa prestar, devidamente, a tutela jurisdicional, com a solução do litígio. É no processo de cognição que as partes tem a oportunidade de demonstrar ao juiz as suas verdades, apresentando, cada qual as provas em que estão fundamentadas suas alegações. O processo cognitivo pode ser considerado uma das mais relevantes fases processuais. É através dele que o juiz forma seu convencimento e soluciona a lide

Existem várias espécies de prova, no entanto, o foco deste trabalho será uma espécie de confissão, chamada é a confissão ficta, também conhecida como *pena de confesso*. Trata-se de uma confissão presumida. Pode ser aplicada em relação aos fatos alegados por uma das partes, quando a parte contrária não comparece ou se recusa a prestar um depoimento pessoal, quando intimada. A confissão ficta é considerada uma confissão apesar de seus efeitos serem diversos desta, sendo considerada assim como um meio de prova.

É salutar o estudo da confissão ficta, podendo essa ser aplicada em alguns ramos do direito, mas o nosso estudo será direcionado ao processo civil, trazendo conceitos de vários doutrinadores e jurisprudências a cerca do assunto em questão. Inicialmente faremos uma conceituação e uma diferenciação de alguns institutos como os indícios, as presunções e a prova *prima facie*. E também dentro das presunções será abordada a presunção relativa que é o efeito causado pela *pena de confesso*.

Como a confissão ficta é uma espécie de confissão, ou seja, um meio probatório, serão abordados também os tipos de confissão seus requisitos e como ela se diferencia da confissão comum, já que a confissão é uma prova produzida pela parte que confessa, de maneira espontânea ou intencional ou até mesmo por contradição. Já a confissão ficta é aplicada à parte como uma penalidade.

Importante também ressaltar o estudo do Devido Processo Legal e o Direito a Prova, visto que a presunção causada pela pena de confesso é relativa e não deverá prevalecer se houver provas contrárias a ela.

Assim, após o estudo faremos uma reflexão observando como deve ser a postura do magistrado na aplicação da pena de confesso, sem que isso prejudique a parte em seu direito ao contraditório e ampla defesa.

## **1 AS PRESUNÇÕES, OS INDÍCIOS E A PROVA *PRIMA FACIE***

### **1.1 Fatos e Indícios**

A atividade probatória das partes tem a finalidade de convencer o juiz sobre a existência ou inexistência de fatos dos quais a parte pretende extrair uma consequência jurídica, a fim de conseguir uma sentença favorável.

Os fatos e indícios são abordados pelos doutrinadores no âmbito da classificação da prova direta e indireta. Todavia, pode ocorrer de o fato não poder ser submetido à prova direta como no caso, de fatos constitutivos, modificativos e extintivos de direito. Neste caso o juiz não se atém ao fato, mas faz uma reflexão sobre ele através de outros fatos identificados, fatos circunstanciais, que são indícios dos quais se infere a existência e modo de ser do fato principal.

Segundo Arruda Alvim: indício é, portanto, toda circunstância de fatos da qual se pode extrair a convicção da existência do fato principal. O termo indício é utilizado para significar “suspeita” ou “certo grau de probabilidade”, por exemplo, quando se há indícios de autoria... É mais claro, porém, entender indícios como fatos não principais dos quais se vai extrair (ou se pretende extrair) a convicção da existência do fato constitutivo<sup>1</sup>.

É possível visualizar o indício, por exemplo, no caso de uma pessoa ter sido vista saindo de uma casa, momentos antes de iniciar um incêndio. Pode-se deduzir que ela seja autora. Assim, a partir da dedução do fato conhecido cria-se uma presunção, ou seja, a presença dela no local pode ser considerada um indício que ela tenha praticado o crime.

### **1.2 Presunções**

Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com certa probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa. As experiências pessoais do homem e a cultura dos povos mostram que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e a de outros, o que permite formular juízos probabilísticos sempre que se tenha conhecimento

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente 2007.p.209.

daqueles. Assim, o homem presume apoiado na observação daquilo que ordinariamente acontece. O homem através de sua vivência consegue ter uma noção de analisar os fatos, de perceber e avaliar se há ou não uma probabilidade de que certos fatos ocorreram ou não. O momento inicial desse processo psicológico é o conhecimento de um fato-base, ou indício revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado, é a aceitação de outro fato, sem dele ter um conhecimento direto.

Conforme os dizeres do ilustre autor Arruda Alvim, a presunção é<sup>2</sup> “um processo lógico-jurídico, admitido pelo sistema para provar determinados fatos, de cujo processo, desde conhecido um determinado fato, admi-se como verdadeiro um outro fato, que é desconhecido, é que é (este último) o inserido no objeto da prova”.

Diversos doutrinadores afirmam que a presunção não pode ser considerada uma prova, o Ilustre autor Greco Filho diz: “presunção não é, um meio de prova, mas sim uma eforma de raciocínio do juiz, o qual, de um fato provado, conclui a existência de outro que é relevante para a consequência pretendida”<sup>3</sup>. É unanimidade entre os doutrinadores que as presunções não são meio de prova por se serem atividades dedutivas do magistrado. Segundo Cândido Rangel Dinamarco,

Não se positivam em atos do procedimento nem são realizadas mediante a participação dos litigantes- toda presunção é sempre um processo mental consistente em fazer uma ponte entre o fato que se conhece e o que servirá por fundamento para decidir.<sup>4</sup>

Assim pode se dizer que a presunção não é uma prova por não se tratar de uma certeza, e sim de uma suposição de que certo fato aconteceu até que se prove ao contrário, ou seja, através de análise de indícios presume-se que certo fato é verdadeiro ou não.

As presunções podem ser simples (judiciais ou *hominis*) como as máximas de experiência predispostas no art.335 do Código de Processo civil, ou legais sendo consequências jurídicas previstas pela lei que quanto aos efeitos subdividem-se em: absolutas ( *iuris et iuri*), onde independe de prova, ou seja, não admite prova em contrário, ou relativas ( *iuris tantum*) admitindo prova em contrário.

### 1.1.1 Presunção Absoluta

---

<sup>2</sup> ASSIS, Araken de. ET al (coord). 2005. p.129

<sup>3</sup> GRECO FILHO, Vicente. V.2.2007.p.156.

<sup>4</sup> DINAMARCO, 2005, p.125

Presunção absoluta ou *juru et juri*, é aquela que em se provando o fato auxiliar, ao fato presumido será considerado verdadeiro, dispensando-se as provas, essa independe de prova.

No ensinamento do autor Arruda Alvim “a presunção absoluta desde que provado o fato auxiliar, a inferência legal terá que ser necessariamente extraída, não restando possibilidade alguma de o juiz deixar de atender à presunção, ou seja, o fato presumido haverá de ser reputado verdadeiro.”<sup>5</sup>

Exemplo disso é o usucapião ordinário, onde o proprietário de boa fé é presumido possuidor da posse, por manter posse por mais de 20 anos no Art.550 do CC, sendo essa de uma presunção absoluta.

### 1.2.2 Presunção Relativa

As presunções relativas são aquelas que mesmo sendo dispensada a prova do fato relevante ao julgamento (*factum probandum*), ou seja, o fato a ser provado, podem ser desfeitas por prova em contrário, assim sendo chamadas de presunções *juris tantum*.

Estas partem de um fato base, ou seja, de um fato conhecido e relevante para a causa, dos quais a partir destes se faz uma dedução, mas não há uma certeza, é uma verdade provisória enquanto não surge uma prova contrária.

Tais presunções são estabelecidas pela lei, são chamadas de presunções legais ou *procesumptiones legis*, resultando de normas gerais e dispõem para o futuro e é imposta a todos os casos que se enquadrem em suas previsões. Há também as fixadas pelo juiz em casos específicos ou pela jurisprudência dos tribunais, essas chamadas presunções judiciais *procesumptiones hominis*.

Um exemplo em que se encontra o efeito da presunção relativa é na recusa do suposto pai em uma investigação de paternidade, disposto na súmula 301 do STJ e art. 232 do Código de Processo Civil:

Súmula 301: Em ação investigatória de paternidade, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade (Vade Mecum RT, 2009, p.2072).

Art 232 A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Nesse caso a paternidade será presumida pela recusa do suposto pai investigado a fazer o exame que prove a paternidade cabendo a este o ônus de prova,

---

<sup>5</sup> ALVIM, Arruda.2005.p.506

terá que produzir provas que afastem a presunção, provas contrárias as alegações contra ele.

Pede-se citar também como exemplo alguns outros casos de presunções relativas legais como: **o pagamento de todas as parcelas de uma obrigação**, quando estiver provado que foi paga uma parcela de vencimento posterior a elas (art.322, CC); o **plantio** em terreno de determinada pessoa, que se presume feito por ela (art. 1253, CC); a **comoriência**, que se presume até que uma das partes comprove que as pessoas falecidas no mesmo evento não tiveram mortes simultâneas; a **propriedade de bens móveis**, adquiridos na constância de um casamento em regime de comunhão parcial presume-se adquiridos na constância do casamento (art.1.662CC) e outros.

As presunções não se resolvem em técnica de exames das fontes probatórias segundo as regras de procedimento e participação dos litigantes e sim constituem em um processo de raciocínio dedutivo do qual conclui que um determinado fato aconteceu, quando se sabe que outro haja acontecido. E uma vez provado o indício caberá ao juiz deduzir a ocorrência ou a inoocorrência deste.

Candido Rangel Dinamarco diz que “como todo fenômeno de inversão probatória, as presunções atuam em um primeiro momento lógico sobre o objeto da prova, para que o fato buscado na instrução (ele fica excluído do objeto de prova: art.334, IV). Depois é que, como a outra parte tem faculdade de provar o contrário, surge para esta o ônus probante - o ônus de provar o fato contrário, e não fato presumido.”<sup>6</sup>

Na presunção relativa sendo provado o fato auxiliar, prova-se relativamente o principal, ou seja, o fato probando. Contra essa presunção é possível a contra prova pois é apenas relativa e não absoluta. Havendo provas que a contraponha poderá ser desfeita

A presunção relativa de veracidade dos fatos é um dos efeitos da confissão ficta, que surge quando a parte se nega ou não comparece para prestar depoimento pessoal, presumindo-se como verdadeiros as alegações contra ela, cabendo a ela a contra- prova para que não permaneça a presunção.

### **1.3-Provas *prima facie***

Além dos indícios e das presunções cabe ressaltar que as doutrinas americanas e alemã chamam a atenção para as provas *prima facie* ou *prima facie evidence*. O Direito

---

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. 2005. P. 119.

Alemão no início do século criou teoricamente a chamada prova *prima facie*, destacando-a dos meio das presunções dando-a uma autonomia.

“A prova *prima facie* é chamada prova de primeira aparência ou verossimilhança. Segundo a doutrina tradicional, trata-se da prova obtida por meio da presunção. Já correntes doutrinárias modernas defendem que não se pode utilizar “uma prova *prima facie*” como sinônimo de presunção, posto que tais institutos se diferenciam em razão da prática do raciocínio dedutivo”. (Patricia donate de Almeida, LFG)<sup>7</sup>

A prova *prima facie* parte de uma regra de experiência para chegar a conclusões a cerca do fato que se pretende provar, extraíndo-se uma aparência das suas circunstâncias, ou seja, uma verossimilhança que autoriza a inversão do ônus da prova.

Acerca da presunção da prova *prima facie* Arruda Alvim as diferenciam dizendo que “enquanto que a presunção, provado o fato x (fato auxiliar), admite-se como verdadeiro juridicamente o fato y (fato presumido), na prova *prima facie*, provado determinado fato, *ipso facto*, essa mesma prova traz ou carrega consigo uma consequência jurídica, esta última não automaticamente provada, mas embutida ou imanente ao fato provado. Desde logo, parece-nos legítimo dizer que a admissibilidade da prova *prima facie* deve ficar condicionada à dificuldade de provar-se o nexos de causalidade (dolo ou culpa) entre o fato e a consequência jurídica”<sup>8</sup>. Essa prova deve ser embutida no campo de ônus de prova e não no da valoração da prova.

Segue abaixo dois acórdãos um de Porto de Dicember, Portugal, e outro do tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande sul, onde é possível de uma maneira mais prática de como funciona a prova *prima facie*:

1 - Ao lado da prova suficiente, que forma a plena convicção do juiz, existe a prova de primeira aparência ou "*prima facie*" que não produz a plena convicção do juiz, mas em que o menor grau de probabilidade e ainda bastante para obrigar o adversário a contraprova. 2 - Tal prova insere-se nas presunções naturais ou judiciais, simples ou de experiência, que se incluem no art. 349, C. Civil e a que se reporta o art. 351 do mesmo diploma. 3 - A suficiência dessa prova de primeira aparência ou "*prima facie*" tem sido afirmada sobretudo no âmbito da prova da culpa, mas, muito raramente, pela própria natureza das coisas no domínio da causalidade, já que esta depende apenas de circunstâncias objectivas, em regra, directamente verificáveis. 4 - De acordo com as conclusões anteriores, se, num acidente de viação, não se sabe, segundo a matéria de facto apurada, em que local da via ocorreu o sinistro, não é legítimo recorrer à prova "*prima facie*" para imputar a responsabilidade a um dos condutores. 5 - Daí que, em tais circunstâncias,

<sup>7</sup> DONATE, Patrícia de Almeida. **O que se entende como prova prima facie?2008** < [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080722111929261](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080722111929261)> Acesso em : 20 de setembro de 2010, as 01:03h.

<sup>8</sup> ASSIS, Araken de. et.al.2008. p .929

seja legítimo o recurso ao disposto no art. 503, n. 3, C. Civil, com a interpretação do Assento do S. T. J. de 14/04/83 in D. R. I, de 28/06/83, para efeitos de atribuição de responsabilidades.( **Acórdão nº 9120485 de Tribunal da Relação do Porto, Diciembre 19, 1991**)<sup>9</sup>

**EMENTA:** EMBARGOS A EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DO PROTESTO DE DUPLICATA POR FALTA DE ACEITE SE ELA VEM ACOMPANHADA DE PROVA, “PRIMA FACIE” DE ENTREGA DA MERCADORIA, SE NAO HOUVE ACEITE. A PROVA DA ENTREGA DA COISA VENDIDA EM PRINCIPIO SUPRE A FALTA DO PROPRIO ACEITE. CERCEAMENTO DE DEFESA. HAVENDO NECESSIDADE DE PROVA EM AUDIÊNCIA PARA QUE O EMBARGANTE DEMONSTRE FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO EXEQUENTE, HAVENDO CONTROVÉRSIA SOBRE ESTE, O JULGAMENTO ANTECIPADO DOS EMBARGOS CONSTITUI CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA. (Apelação Cível Nº 195179601, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Ari Darci Wachholz, Julgado em 16/04/1996)<sup>10</sup>

A prova *prima facie* será aquela que presume pela aparência dos fatos, que aparentemente, por exemplo, que determinada pessoa cometeu certo ato, como por exemplo, um carro sem problema mecânico algum bate em uma árvore, presume-se que culpa foi do motorista, invertendo o ônus da prova, cabendo a ele provar que a culpa não foi dele, ou como no acórdão anteriormente citado, só pela entrega do produto, mesmo sem o aceite, é tido como entregue e aceito, se houver algum problema com o produto após a entrega a presume-se que a culpa foi de quem o recebeu.

Quanto ao objeto de estudo, a confissão ficta, não gera uma prova *prima facie* e sim uma presunção relativa admitindo prova em contrária. Essa facilita a formação da convicção permitindo extrair a prova necessária dos princípios práticos da vida e da experiência daquilo que realmente acontece de acordo com o normal andamento das coisas.

Na presunção legal, o juiz também parte de uma fonte conhecida, indícios, e com base nesses extrai uma presunção do *fato probandum*.

<sup>9</sup> <http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/30118272>, acesso em 24/10/10, 22h

<sup>10</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Prova Prima facie**. Ementa: Apelação cível nº 195179601, Min.Rel. Ari Wachholz, julgado em 16 de abril de 1996. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>

## 2 DEFINIÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E TIPOS DE CONFISSÃO

Confissão é a admissão pela própria parte, dos fatos contrários a sua pretensão nos termos definidos no art. 348 CPC. A confissão é prova que beneficia a parte contrária e não a que confessou. “É reconhecimento que alguém faz da verdade de um fato”, mas não como qualquer fato, mas como um fato jurídico que repercute na esfera do ordenamento jurídico, para que surta efeitos.

A confissão é considerada pelos doutrinadores como a “Rainha das Provas” por não existir prova maior por ser o reconhecimento feito pela própria parte do alegado no processo.

Segundo Arruda Alvim a confissão possui três elementos: o elemento objetivo (que diz respeito ao objeto); elemento subjetivo (relativo ao sujeito); e o elemento intencional (que se refere a intenção).<sup>11</sup>

O Elemento objetivo diz respeito aos fatos confessados, estes devem ser próprios do confidente. O elemento subjetivo é em relação ao sujeito, ou seja, a pessoa que confessa, deve possuir legitimidade, ter a qualidade de ser o confidente só ela pode confessar os fatos alegados contra ela. Já o elemento intenção possui o “*animus confitendi*” é a vontade de confessar, podendo esta confissão ser espontânea ou provocada, mesmo na provocada deverá haver a intenção, pois é aceita confissão provocada e não forçada. Se a confissão resultar de erro ou coação poderá ser revogada (art.351 do CPC)

Destarte, pode-se arrolar os seguintes requisitos para a eficácia da confissão, segundo Humberto Theodoro Júnior<sup>12</sup>.

I – capacidade plena do confidente; os representantes legais de incapazes nunca podem confessar por eles;

II – inexigibilidade de forma especial para a validade do ato jurídico confessado (não se pode confessar um casamento sem demonstrar que ele se realizou com as solenidades legais; ou a aquisição da propriedade imobiliária sem a transcrição no Registro de Imóveis);

III – disponibilidade do direito relacionado com o fato confessado.

---

<sup>11</sup> ALVIM, Arruda, 2005.p

<sup>12</sup>TREODORO JR, Humberto.2000.p 435

Os elementos derivados da confissão confirmam sua natureza jurídica de como meio de prova para a maioria dos doutrinadores, em virtude de que o magistrado deve avaliar o sujeito confitente em nível de capacidade como sujeito de direitos; o objeto da confissão é um fato jurídico e não um qualquer; é o *ánimus confitendi* como o exercício da livre vontade, sem nenhum vício na sua manifestação.<sup>13</sup>

São várias as modalidades de confissão: judicial ou extrajudicial (art. 348 do CPC); espontânea ou provocada (349 do CPC); a real e a que nos interessa em particular a, ficta ou presumida (art.343, §§1º e 2º, do CPC).

---

<sup>13</sup> ASSIS,Araken.2008. P.929

### 3 CONFISSÃO FICTA

Dentre as formas de confissão, o foco do estudo é especificamente a Confissão Ficta. Está é um meio de prova, pois está inserida na seção II, que trata do depoimento pessoal dentro do capítulo VI do CPC que trata das provas no código de processo civil.

A confissão ficta (*ficta confessio*), não é uma confissão comum, pois não há uma confissão real. É uma confissão presumida. Apesar de a confissão ficta ser uma espécie de confissão, nesta não há o elemento intenção, pois a parte não confessa os fatos alegados contra ele, trata-se uma confissão tácita.

A confissão presumida ou ficta se forma com a ausência do depoente, no momento específico para tal ato, ou com sua recusa em depor, e a *priori* produz o efeito de isentar de ônus de prova a parte contrária, porém se registra novamente que ocasiona uma presunção relativa, cujo valor dependerá do transcorrer do processo, via novas provas necessárias, sendo crucial a atividade razoável do magistrado para melhor solução da lide.<sup>14</sup>

Essa espécie de confissão ocorre geralmente em relação ao depoimento pessoal, que é um meio probatório produzido na Audiência de Instrução e Julgamento que visa o esclarecimento dos fatos da causa através da do depoimento da parte.

Cabe salientar que para que seja aplicada a pena de confissão ficta é necessário que a parte seja advertida no mandado de intimação para o depoimento que se não comparecer será aplicada apenas de confesso conforme o art.343§ 1º do CPC.

Como pode ser observado no Julgado da 15ª Câmara cível do TJMG, Min relator Bitencourt Marcondes, que segue a baixo:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DEPOIMENTO PESSOAL. PENA DE CONFISSÃO. EXEGESE DO ARTIGO 343, §1º, DO CPC. CONFISSÃO FICTA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. APLICAÇÃO DO CDC. MUDANÇA NA TARIFAÇÃO DO SERVIÇO "SIGA-ME". DEVER DE INFORMAÇÃO DA OPERADORA. COBRANÇA INDEVIDA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. UTILIZAÇÃO DE MINUTOS GRATUITOS. VALORES COBRADOS A MAIOR. NÃO OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CARÁTER DÚPLICE: PUNITIVO E COMPENSATÓRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A PENA de confissão, prevista no art. 343,

<sup>14</sup> DONATE, Patrícia de Almeida. **O que se entende como prova prima facie?2008**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080722111929261](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080722111929261)>

§1º, do Código de Processo Civil, somente poderá ser aplicada, se, no mandado de intimação, constar, de forma expressa, a advertência de que se presumirão confessados os fatos contra a parte alegados, em caso de desatenção ao chamamento judicial, ou de recusa a depor, não bastando a simples menção à PENA de confissão. Precedentes no STJ. O Código de Defesa do Consumidor incide nas relações travadas entre a Operadora do Serviço de Telefonia Móvel e o usuário, na medida em que a primeira se apresenta como fornecedora de serviços, nos termos do art. 3º, da legislação consumerista, ao passo que o segundo se enquadra na definição de consumidor final dada pelo art. 2º, do mesmo diploma legal. Os valores cobrados pela utilização do serviço "siga-me" anteriormente à data em que o consumidor foi devidamente informado acerca do início da cobrança, são indevidos e devem ser restituídos em dobro, a teor do disposto no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Não há falar-se em cobrança indevida de valores quando os créditos existentes em favor do cliente, em virtude de promoção que assegura a utilização de minutos gratuitos em ligações, são devidamente disponibilizados e lançados nas contas telefônicas. A manutenção do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, após o pagamento do débito, torna a inscrição indevida, e, via de consequência, caracteriza a prática de ato ilícito, a ensejar a indenização por danos morais, que, na esteira dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, existe *in re ipsa*, quer dizer, decorre do próprio ato, prescindido da comprovação do prejuízo. O valor da indenização por danos morais deve ter caráter *dúplice*, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima, que tem direito ao recebimento de quantia que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitrada segundo as circunstâncias do caso concreto. Nas indenizações por dano moral, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor, ao passo que, os juros de mora devem ser aplicados a partir da publicação do acórdão.<sup>15</sup>

O depoimento pessoal um ato personalíssimo entre juiz e parte, com os objetivos de não só o esclarecimento dos fatos como também de provocar uma confissão. É uma forma de se firmar a convicção do juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes a causa. A parte é intimada a comparecer em juízo, requerida pelas partes ou por determinação do juiz (art. 342 e 433 do CPC), a fim de prestar depoimento pessoal. Não comparecendo ou se recusando a depor será presumida a confissão, como se a parte tivesse confessado os fatos sobre os quais deveria prestar depoimento. Essa aplicação de confissão é chamada *pena de confesso* está prevista no art.343,§2º do CPC conhecida também como confissão ficta. Podemos visualizá-la no acórdão abaixo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em um caso em que essa foi aplicada:

COBRANÇA. EMPREITADA, ALEGAÇÃO DE INTREGRALIZAÇÃO DO PREÇO AJUSTADO. CONFISSÃO FICTA DO AUTOR A RESPEITO. CORROBORAÇÃO POR INDÍCIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONFIRMAÇÃO. RECLAMO RECURSAL DESPOVIDO.

<sup>15</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Prova prima facie**. Ementa: Apelação cível nº1007.04.00546-4/001.Min.rel. Bitencourt Marcondes. Publicado em 17 de abril de 2007. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?.acessado em 02 de setembro de 2010](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?.acessado em 02 de setembro de 2010).

No sistema processual civil pátrio, a CONFISSÃO FICTA, decorrente de não prestação, pelo autor, de depoimento pessoal, imbuí os fatos alegados pela parte adversa de uma PRESUNÇÃO RELATIVA de veracidade. Essa PRESUNÇÃO RELATIVA, entretanto, ganha foros de absolutismo, quando corroborada pela prova indiciária formada nos autos, conduzindo, se não confirmada por elementos probatórios de maior expressão, à rejeição da peça póstica.<sup>16</sup>

Pelo entendimento do art. 131 do CPC “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pela parte; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Assim, a pena e confesso é aplicada, mas deve ser avaliada pelo juiz juntamente com as outras provas, não contrariando o conjunto probatório, do contrário seria uma aplicação de uma sanção se sobrepondo ao conjunto probatório existente nos autos.

“A *pena de confesso* consiste em uma conseqüência jurídica em descumprimento de ônus processual”.<sup>17</sup> É um sanção pelo descumprimento do ônus. Em confissão ficta se fala em ônus e não de obrigação, há uma distinção entre os institutos. A obrigação exige uma conduta cujo não cumprimento traz benefícios à parte contrária, na omissão esse poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já em relação ao ônus, o descumprimento terá conseqüências negativas que recairão sobre a parte que descumpriu o ônus. “A obrigação é essencialmente transitiva e o ônus só é reflexivo”.<sup>18</sup>

Ônus é uma cominação ou imposição de praticar um ato, é um imperativo do interesse próprio. Quem tem ônus deve praticar determinado ato para ver seu interesse atendido. Quando a lei cria um ônus, o imperativo jurídico dá origem a uma situação alternativa e coloca o titular de um determinado interesse diante de um dilema ou atende ao ônus ou sofre o prejuízo resultante de seu “non facere”.

Conforme os ensinamentos do professor Ernane Fidélis dos Santos “a pena de confesso na espécie é "relativa e cede sempre à verdade real. se há, nos autos, elementos que tornem o fato duvidoso, embora incida a *pena de confesso*, a dúvida se interpreta sempre contra quem tem o ônus de provar”.

Para que a *pena de confesso* seja válida é necessário que a intimação seja válida e que contenha advertência de que no caso de não comparecimento ou recusa em depor lhe será aplicada esta penalidade.

Equipar-se a confissão ficta, em certa medida a omissão do réu em contestar e a omissão em impugnar, na contestação, algum ou alguns fatos narrados na inicial.

---

<sup>16</sup> [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)

<sup>17</sup> [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). Confissão no processo civil

<sup>18</sup> ALVIM, Arruda. op. ct. P.408

Sendo um dos efeitos da revelia, com base no art. 319 do CPC “*Se o réu não contestar a ação reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*”. Temos como exemplo abaixo uma decisão do STJ:

PROCESSO CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE  
PROCESSUAL -  
REVELIA.

1. A revelia autoriza a pena de **confissão ficta** do art. 330 do CPC, quanto aos direitos disponíveis, o que afasta a aplicação da sanção processual, em relação aos direitos da pessoa jurídica de direito público.
2. Situação fática de evidente complexidade, envolvendo cálculos para que se possa entender a mensuração econômica discutida no litígio, a exigir prova pericial.
3. Defeituosa intimação do advogado, pela praça do seu nome de família
4. Recurso especial provido.<sup>19</sup>

Cândido Rangel Dinamarco faz uma alusão à revelia dizendo que como se fosse por influência do dito popular “Quem cala consente”, estaria sendo feita uma confusão entre a presunção da revelia e a da confissão ficta. Na prática, a omissão do réu em contestar poderia estar reconhecendo a veracidade das alegações do autor, como também ou também por outras razões como, por exemplo, ter ocorrido erro do advogado. O autor diz:

“Embora a revelia possa produzir um dos efeitos da confissão, que é a presunção de veracidade dos fatos e dispensa da prova (art. 334, II e III) ela tem sua autonomia conceitual e funcional e não se confunde com ela” Assim a revelia não seria uma confissão nem mesmo ficta.<sup>20</sup>

Importante salientar que a pena de confesso não poderá ser aplicada em alguns casos, respeitando alguns princípios da confissão real. Assim não se opera tal instituto a um litisconsorte, com referência aos demais, pois a omissão de um não poderá prejudicar nem beneficiar os demais; não é aplicada também a pena de confesso quando se discute direitos indisponíveis, como por exemplo nos casos de investigação de paternidade, de guarda etc. com base na função de a mesma vir a se decidir contrariamente a que se omitiu e nem mesmo ao que tenha confessado.<sup>21</sup>

Art.350 - A confissão Judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

<sup>19</sup> BRASIL . SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Revelia**. Ementa. Resp. nº 2002/0019483-7. Min. Rel. Elaina Calmon. Publicado em 29 de setembro de 2003 Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=revelia+confiss%E3o+ficta&&b=ACOR&p=rue&t=&l=10&i=14>> acesso em 28 de setembro de 2010.

<sup>20</sup> DINAMARCO, 2005.P.534.

<sup>21</sup> ALVIM, Arruda. Op.cit.p.470

Parágrafo único. Nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro.

Art. 351- Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

Tanto a confissão real como a ficta só serão admitidas nos casos em que se estejam discutindo direitos disponíveis, conforme preceitua os arts. 213 do código civil de 2002 e art.351 do CPC. A confissão real é absoluta, por haver o reconhecimento do fato pela parte, assim não haverá a necessidade de provas, pois os fatos deixam de ser controvertidos e a confissão por si já é um meio de prova. Já a ficta é relativa, não há certeza e sim apenas uma presunção, prevalece enquanto não houver elementos que a contraponha a qualquer momento poderá ser elidida por uma prova.

GRECO FILHO diz que se as partes não puderem dispor dos direitos discutidos no processo, também não poderão apresentar confissão a respeito dos fatos que lhes servem de fundamento, pois a confissão poderia, indiretamente, importar na disponibilidade do direito dito indisponível. A admissão expressa, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis não vale como confissão (art. 351, CPC), a qual, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, poderia dispensar as demais provas; com maior razão não há de se presumir, nesses casos, a confissão.<sup>22</sup>

Outro ponto importante a ser colocado é a diferença entre depoimento pessoal e interrogatório, não há de confundir os institutos, pois possuem objetivos diversos. Enquanto o interrogatório pode se feito em qualquer estado do processo o depoimento pessoal só poderá ser produzido na Audiência de Instrução e Julgamento, outra diferença é em relação ao seus objetivos o interrogatório tem apenas a finalidade de esclarecimento dos fatos já o depoimento pessoal o esclarecimento dos fatos e o de provocar a confissão.A consequência dos os na omissão da parte é que no interrogatório não é aplicada a *pena de confesso* o contrário do Depoimento em que esta será aplicada<sup>23</sup>

Os artigos 343, § 2º, e 348 do CPC não estabelecem que a confissão ficta possua presunção *juri et jure* . Ao contrário, a doutrina é unanime em destacar a presunção relativa da confissão ficta, de modo que ela deve prevalece quando há nos autos prova documental que, diante do princípio da liberdade do juiz na sua valoração,

---

<sup>22</sup> GRECO FILHO, Vicente. op. cit.,p 156.

<sup>23</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas.Lições de Direito Processual civil.V.1.Rio de Janeiro.Lumem júris.2007.p.428.

possa conduzir a conclusão diversa da que levaria a confissão ficta, quanto ao fato por esta atingido.

Art 343- Quando o juiz não determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A parte será intimada pessoalmente, constando no mandado que se presumirão confessados os fatos contra ele alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

§2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

O art.334, IV do CPC trata da presunção, facilitando a prova do fato relevante, ao mandar que se presume, dispensando a prova. A lei exclui a necessidade de prova sobre o fato, significando que ele permanece fora do objeto de prova do interessado, sendo dispensado assim o *ônus probandi*, autorizando o legislador a instituir presunções,

Deve ser visualizada, uma ferramenta para que o magistrado prolate o seu julgamento perante a proibição do *non liquet* (julgar *quando* não está claro). Portanto, está mais para o raciocínio empreendido do que verdadeiro meio ou fonte de prova, comparado ao testemunhal, pericial, etc.

#### 4 COFISSÃO FICTA E A VERDADE- VEROSSIMILHANÇA PARA O PROCESSO CIVIL

As provas são um importantíssimo instrumento para a formação do convencimento do magistrado, mas mesmo diante destas não se terá certeza absoluta sobre os fatos. Por maior que pode ser a procura pela verdade e o material de prova apresentado, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará sempre um valor relativo, pois estará dentro do terreno da convicção subjetiva e não de uma certeza lógica, trata-se de um juízo de probabilidade, de verossimilhança. Assim, mesmo diante de casos em que se utiliza a prova direta que por si demonstra o fato, não há como se ter absoluta certeza, a verdade será sempre uma verdade “utópica”.

É possível visualizar isso de forma mais fácil, no tocante ao tema da confissão ficta, que gera uma presunção relativa, e está em um raciocínio que é extraído logicamente do que se acredita ser verdade naquele feito. Essa é uma prova indireta ou lógica que não relata nela mesma o fato a ser provado mais outro fato chamado fato base que a partir dele se forma um raciocínio percepção do fato principal<sup>24</sup>.

Existem mitos, acerca de que para o processo civil basta a verdade formal e, para o processo penal, por se tratar de bem da vida, é imprescindível a busca da verdade real, não se tem o cristalino problema quanto à confissão ficta. Mas hoje isso é bem pacificado, pois tanto o processo cível quanto o penal tentam buscar ao máximo a verdade real, analisando o processo como um todo aclamando pela verossimilhança.<sup>25</sup>

Mas atendo à verossimilhança o processo civil busca atualmente a “verdade real” ou pode se dizer o mais próximo possível da verdade já que não há se ter certeza absoluta sobre ela, pois a verdade é de caráter subjetivo. Ou seja, o juiz deve proferir seu julgamento, com base no fato verossímil. Assim a confissão ficta, como produz uma presunção relativa, não deve ser suficiente para o julgamento do magistrado, se ainda for possível que seja apresentados outros meios de prova para que chegue ao máximo próximo da verossimilhança.

A verossimilhança é um grau mais próximo entre a verdade formal e a substancial na aferição da provas.

---

<sup>24</sup> ALVIM, Arruda.op.cit. p.503

<sup>25</sup> ASSIS, Arakem de. Et. al. Op. p

## 5 CONFISSÃO FICTA E O DIREITO À PROVA - COMO DEVE AGIR O MAGISTRADO

### 5.1 O devido Processo Legal

Há de se ressaltar neste estudo a garantia do Devido processo legal como suporte de estabilização do Estado Democrático de Direito, edificado principalmente com base no contraditório como critério indispensável para administração da justiça.

O princípio do devido processo legal encontra-se no art. 5º da Constituição Federal de 1988, garantido que haja um processo justo através de algumas garantias fundamentais, dentre elas os direitos de ação, ampla defesa e do contraditório. O ilustríssimo autor Humberto Theodoro JR em relação ao contraditório diz:

“Principal consectário de tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.”<sup>26</sup>

O contraditório vem de um de um termo latino *audiatur et altera pars*, ninguém pode ser acusado sem ser ouvido, assim, é dado às partes a oportunidade e formas de se defenderem, de forma igualitária, sem privilégios.

Segunda a professora Gisele Fernandes Góes “o binômio do contraditório e ampla defesa foi por décadas vazio, desprovido do seu valor maior, vez que era feita a assimilação, no rumo de que, satisfeita a oportunidade do contraditório, reverenciada estaria a ampla defesa<sup>27</sup>. Isso porque bastava que se desse o prazo pra o réu se manifestar e passado esse, tendo a parte se manifestado ou não já se dizia que já lhe havido sido asseguradas o devido processo legal, mas não é bem assim, pois esse tema é um pouco mais complexo. E para que haja um processo civil justo foi incluído o direito a prova, garantindo assim às partes trazer ao processo provas através de diversos meios probatórios.

O contraditório realiza-se por intermédio de um binômio a “informação reação” sendo que a informação é sempre necessária e a reação é somente possível. A parte fica ciente dos fatos através de dois meios de comunicação, a citação e a intimação. A citação cientiza o réu de que há uma ação contra ele, caso queira se

---

<sup>26</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit. P 28

<sup>27</sup> ASSIS, Arakem. ET. Al. op. cit.p

defender e a intimação permite que as partes tomem ciência do que ocorre no processo, dos atos desempenhados pela parte contrária, proporcionando-lhe uma reação.

A função da prova é a formação da convicção do juiz sobre a veracidade ou não dos fatos alegados pelas partes, primeiro criando uma certeza pela exclusão de todos os motivos contrários faz-se a convicção<sup>28</sup>. Tornando-se uma “certeza” quanto a sua existência ou veracidade através da avaliação e raciocínio do juiz.

Conforme interpretação da professora Gisele Santos Fernandes Góes<sup>29</sup> com base em alguns doutrinadores, as decorrências do direito à prova são: o direito a deduzir todos os meios destinados a demonstrar alegações (*Il diritto de dederre tette Le prove*): o direito a prova contrária (*diritto Allá provacontraria*) usando-se assim todos os meios possíveis para exteriorizar de modo diverso o alegado pela parte contraria: a prova efetiva da provas inicialmente produzidas e admitidas (*diritto all’assunzione delle prove*): e o direito a valoração da prova de forma adequada (*diritto Allá valutazione delle prove*).

## 5.2 O Direito a Prova

O direito a prova seria a oportunidade dada às partes de tentar provar suas alegações, garantia essa protegida constitucionalmente não de forma expressa, mas por meio da ampla defesa e do contraditório, do Estado democrático de direito e devido processo legal. O contraditório se resolve e está assentado num trinômio : pedir, alegar e provar.

Dinamarco preceitua o Direito a prova como:

O Direito a prova é conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade de que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento<sup>30</sup>

A Constituição brasileira não traz expressamente o direito a prova, mas este é uma norma-princípio constitucional, ao qual deve ser seguido sob a pena de estar afrontando o texto constitucional. Seria uma arbitrariedade afrontar a esse direito, pois não se tratar de conveniência e nem de oportunidade do magistrado, mas de que se o judiciário cercear o direito a prova estaria rompendo com as funções do poder e das

<sup>28</sup> ALVIM,Carreira( apud Moacir Amaral). P.261

<sup>29</sup> Lições de Direito Processual Civil.p 931

<sup>30</sup> DINAMARCO, cândido Rangel.2005. P47)

estruturas das instituições. Infraconstitucionalmente o direito a prova está implícito no art.332 do CPC e no art. 32 da LEI 9099/95:

Art.332- Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. (Art.332 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Art.32. Todos os meios de prova moralmente legítimos ainda que não especificado em lei, são hábeis para provar a veracidade dos alegados pelas partes. ( art.32 lei 9099/95)

O Direito a prova é um dos principais vértices da tutela efetiva de direito e da garantia de defesa em juízo, a garantia de defesa da parte, onde lhe é garantido o direito de levar provas úteis e necessárias na demonstração dos fatos alegados. A Prova tem seu importantíssimo valor pela reconstituição dos fatos na formação dos fatos na jurisdicional.

Para que a parte usufrua desse direito é dado algumas formas de provas. O código de processo civil em seu capítulo VI elenca os seguintes meios de prova: o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento a prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial. Mas esse rol não é taxativo, são aceitos outros meios desde que moralmente legítimos, como por exemplo, a prova emprestada que é retirada de outro processo.

Assim como há os meios probatórios aceitos, há também aqueles vedados pela lei. Constitucionalmente é vedado a utilização de provas de provas ilícitas, ou seja, obtidas de forma ilícita. Já em lei infra constitucional, o próprio sistema de meios de prova, estabelecidas pela lei, já seria uma legítima delimitação ao Direito à prova e ao seu exercício. Assim seria o Direito a prova legítima, regido pela lei.

### **5.3 Valoração da Prova**

Segundo autor Candido Rangel Dinamarco “Valoração da prova é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo. No direito atual essa valoração é feita preponderantemente pelo juiz, a quem poucos e específicos parâmetros valorativos são impostos pela lei; o juiz aprecia os elementos probatórios, considerando aprioristicamente as fontes ou meios de prova como categorias abstratas (prova testemunhal, prova documental, prova pericial) e mais sob a influência que cada

prova efetivamente produzida possa exercer sobre seu espírito crítico”<sup>31</sup>. Ou seja, dentro de seu raciocínio, subjetivamente o juiz dará valor as provas apreciadas sopesando-as no caminho de formação de sua convicção.

Não é taxativamente que uma prova seja maior que a outra, mesmo havendo uma confissão que é uma prova bem forte, pode acontecer de a parte confessa está confessando para receber algum benefício, ou que esta não convença o suficiente e o magistrado, assim deverá observar e avaliar às provas que considerará mais convincente para seu julgamento.

Os meios de provas estão relacionados de modo geral no art. 332 do Código de Processo Civil. Esse rol não é taxativo podendo haver outros meios desde que moralmente legítimos, como por exemplo, a prova emprestada.

Pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e a produção e provas de suas alegações. E caberá ao juiz atribuir-lhe o valor que merecem, e a partir daí tomar sua decisão.

Quanto à valoração das provas é possível imaginar três sistemas ou princípios para orientar a conclusão do magistrado: A livre apreciação ou convicção íntima, o sistema de prova geral e a persuasão racional<sup>32</sup>.

No sistema de livre apreciação de provas o juiz tem a liberdade de decidir através de sua convicção íntima independente do que consta nos autos, ou seja, avaliado todo o conjunto probatório ele formará seu entendimento não necessariamente estando ligado àquelas provas, ele forma sua convicção com a observação de tudo ocorre durante o processo.

Já no sistema de prova geral ocorre o contrário, da livre apreciação das provas, nesse sistema o juiz fica vinculado a valoração que é dada as provas, pois a prova terá seu peso, seu valor.

A partir dos dois sistemas anteriores evoluiu-se para o sistema de persuasão racional, que mantém a liberdade de apreciação, mas é vinculado ao magistrado ao material probante constante nos autos, e esse deverá fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir seu raciocínio e razões que levaram a seu convencimento.

O sistema de persuasão está consagrado no Código de Processo Civil:

“O juiz apreciará livremente a prova, atendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela

---

<sup>31</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. P.102

<sup>32</sup> GRECO FILHO, Vicente. 2007. p.213.

parte: mas deve indicar, na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento” (Art. 131 CPC).

## 6 A POSTURA DO MAGISTRADO

Alguns entendem que a ocorrência da confissão ficta seria suficiente para o convencimento do juiz, mas mesmo este o juiz entendendo dessa forma deve avaliar as outras provas, se não o fizer estaria cerceando o direito ampla defesa, já que na análise dessas provas pode ocorrer de perceber que estava equivocado no seu convencimento.

A confissão ficta é declarada na sentença final, no momento da apreciação geral das provas. Ela é relativa e cede sempre a verdade real. Se houver nos autos, elementos causem alguma dúvida, mesmo já incidida a pena de confesso, a dúvida se interpreta contra tem o ônus de provar<sup>33</sup>.

O não comparecimento de parte a depor não pode ser considerado o suficiente para que o juiz prolate uma decisão. Deve-se também se observar as justificativas do não comparecimento.

Acórdão proferido pelo STJ anulando uma decisão do 1º TACivSP, a partir do processo de conhecimento, considerando a confissão ficta como prova, dispensando assim, a oitiva de testemunhas arroladas.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. DEPOIMENTO PESSOAL. RÉUS

RESIDENTES FORA DA COMARCA. PENA DE CONFISSÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA.

– A parte, intimada a prestar depoimento pessoal, não está obrigada a comparecer perante o Juízo diverso daquele em que reside.

– A pena de confissão não gera presunção absoluta, de forma a excluir a apreciação do Juiz acerca de outros elementos probatórios.

Prematura, assim, a decisão do Magistrado que, declarada encerrada desde logo a instrução, dispensa a oitiva das testemunhas arroladas.

Recurso especial não conhecido.<sup>34</sup>

A confissão ficta não é absoluta e sim provisória, o juiz no caso referido acima deveria ter sido cauteloso em sua decisão, e ter observado as outras formas de provas já requeridas, como no caso, a oitiva de testemunhas, para depois avaliar todo o quadro probatório existente nos autos. Com essa decisão de dispensar a oitiva de testemunhas estaria incorrendo em um cerceamento de defesa já que havia um prova a ser

<sup>33</sup>SANTOS, Ernani Fidelis dos. processo de conhecimento.v1.São Paulo.Ed Saraiva.12ª Ed.2008.

<sup>34</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Confissão Ficta**. Ementa. Resp. Nº 1997/00938913. Min. Rel. Barros Monteiro. publicado em 20 de fevereiro de 2006. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28pena+da+confiss%E3o%29+E+%28%22BARROS+MONTEIRO%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> acessado em 02 de outubro de 2010.

apresentada em que poderia ser confrontada com o efeito da confissão ficta e esta ser anulada, já que pode ser elidida por prova em contrário.

A pena de confesso poderá na prática prejudicar a parte, até mesmo representar seu patrimônio, além do prejuízo, impedindo-a que faça sua defesa da matéria de fato e esclarecimento da verdade, acarretaria em cerceamento de defesa, desrespeitando princípios constitucionais como contraditório e ampla defesa.

APELAÇÃO CÍVEL. INTERDITO PROIBITÓRIO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. DEPOIMENTO PESSOAL DOS AUTORES. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA. PENA DE CONFISSÃO. AGRAVO RETIDO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONFISSÃO. MEIO DE PROVA. PRESUNÇÃO RELATIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS DESCONSTITUINDO PRESUNÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. 1. Nos termos do §3º, do art. 522 do CPC, das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente. O agravo retido interposto via petição um dia após a audiência é intempestivo, e não deve ser conhecido. 2. A confissão, não deve ser confundida com a revelia, já que é apenas um meio de prova, havendo que ser tomada em conjunto com as demais provas constantes dos autos. A presunção é apenas relativa e atinente aos fatos alegados contra os apelantes, ou seja, é possível que as demais provas constantes dos autos possam, livremente, convencer o juiz, de que estas alegações presumidamente verdadeiras, de fato, não o são. 3. Diante da ausência de provas em contrário capazes de elidir a prova de confissão em favor dos apelados, há que ser mantida, por outros fundamentos, a sentença recorrida que deu pela improcedência da ação de interdito proibitório.<sup>35</sup>

O acórdão abaixo do min.relator Elpídio Donizete em 04/03/2007 no TJMG, vem demonstrando que a confissão ficta não deve ser avaliada isoladamente, devem ser observados todos os outros meios probatórios existentes nos autos

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO - INOCORRÊNCIA - NULIDADE AFASTADA - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICAÇÃO DO CDC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DECADÊNCIA - OCORRÊNCIA APENAS QUANTO AOS VÍCIOS DO PRODUTO - PARTÍCULAS SUSPENSAS EM GARRAFA DE ÁGUA MINERAL - DANOS DECORRENTES DE FATO DO PRODUTO - PRESCRIÇÃO - ART. 27 CDC - PENA DE CONFESSO - DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO - INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - SUCUMBÊNCIA - DISTRIBUIÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. - Expondo o juiz, ainda que de maneira sucinta, todas as razões que levaram ao seu convencimento, não há o que se falar em nulidade da sentença proferida por carência de fundamentação. - Em se tratando de bem de consumo não durável, corre contra o consumidor o prazo decadencial do artigo 26, I do

<sup>35</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Ementa. 0241838-65.2006.8.13.0106. Min. rel. Wagner Wilson. [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/\\_juris\\_resultado.jsp?numeroCNJ=0241838&dvCNJ=65&anoCNJ=2006&origemCNJ=0106&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=1&relator=&dataInicial=&dataFinal=02%2F11%2F2010&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha\\_text=84962&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_juris_resultado.jsp?numeroCNJ=0241838&dvCNJ=65&anoCNJ=2006&origemCNJ=0106&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=1&relator=&dataInicial=&dataFinal=02%2F11%2F2010&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=84962&pesquisar=Pesquisar). Acesso em: 02 de setembro de 2010.

CDC, para reclamar os vícios do produto e a sua reparação (restituição da quantia paga). - Não há que se falar em decadência quando não se discutem os vícios quanto à prestação do serviço pela fornecedora, mas sim os danos dele decorrentes, pelo que se aplica o prazo prescricional insculpido no art. 27 do CDC. - A ausência da parte devidamente intimada a prestar depoimento pessoal em audiência de instrução e julgamento e, a conseqüente aplicação da pena de confesso (art. 343, §2º do CPC) não pode ser interpretada isoladamente, mas em sim em conjunto com o todo probatório trazido aos autos. - Somente configura dano moral a dor, o constrangimento e a humilhação.<sup>36</sup>

O magistrado pode e deve assumir durante o processo uma posição ativa na avaliação e na produção probatória. O Ministro Sávio de Figueiredo diz que “o juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador a iniciativa probatória quando presentes questões de ordem igualitária, como por exemplo, quando se esteja diante de uma causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

Ou seja, o juiz deve agir ou até interferir para que não haja o cerceamento de defesa, ele é o aplicador do direito, e deve fazer o possível para que esse seja aplicado corretamente respeitando também o direito das partes.

---

<sup>36</sup> www.tjmg.gov.com.br

## 7 CONCLUSÃO

Diante de uma confissão ficta se estaria diante de um grande dilema, se ela é um meio de prova, como deve ser observada, vista que gera uma presunção *iuris tantum*, ou seja, uma presunção relativa que não é um meio de prova?

Há de ser observado que há um contraditório terminológico, mas a confissão ficta, apesar disso é sim um meio de prova, apesar de se estar mais para um raciocínio empreendido do que um meio ou fonte de prova, assim pode ser considerada uma ferramenta na solução de um conflito onde não se vê uma outra forma, de se ter alguma prova, e que na proibição do *non lique*, deve ser dada uma solução ao conflito.

Assim a pode-se dizer que a confissão ficta está moldada à presunção relativa e cabe ao magistrado observar se não haverá um cerceamento de defesa, mesmo a parte observa o magistrado deverá fazê-lo, através de iniciativa probatória. Partindo da premissa que a declaração da confissão ficta diante da ausência e da escusa em depor não poderá prejudicar o direito de prova da parte.

A presunção de veracidade é destinada ao juiz que está autorizado a consolidar seu convencimento na análise exaustiva de provas que corroboram como os fatos, a confissão ficta apenas inverte o ônus da prova, mas não deve impedir que se analise as provas

A ampla defesa é uma garantia constitucional em que é dada às partes o direito de se defender, apresentando suas alegações para obtenção de uma solução mais justa. Assim, deve o magistrado participar na produção de prova contribuindo sobremaneira para proporcionar uma real igualdade as partes.

Conclui-se então, que mesmo sendo aplicada a *pena de confesso* ou confissão ficta, não deve o magistrado deixar prevalecer sem antes buscar de todas as formas possíveis o máximo do direito de prova.

## REFERÊNCIA

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, 9ª Ed. Vol. 2. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais.2005.

ALVIM, José E.Carreira.**Teoria Geral do Processo**. 10ªed. Rio de Janeiro. Ed. Forense.2005.

ASSIS, Araken de. et al ( coord.). **Direito Civil e processo**: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2008.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Prova prima facie**.Ementa:Apelação cível nº1007.04.00546-4/001.Min.rel. Bitencourt Marcondes. Publicado em 17 de abril de 2007.

BRASIL. TRIBUNAÇL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.Ementa. 0241838-65.2006.8.13.0106.Min. rel.Wagner Wilson.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Prova Prima facie**. Ementa: Apelação cível nº 195179601, Min.Rel. Ari Wachholz, julgado em 16 de abril de 1996.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNALDE JUSTIÇA.**Confissão Ficta**.Ementa. Resp.Nº 1997/ 0093891-3.Min.Rel.Barros Monteiro.publicado em 20 de fevereiro de 2006.

BRASIL . SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**Revelia**.Ementa. Resp. nº 2002/0019483-7. Min. Rel. Elaina Calmon. Publicado em 29 de setembro de 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16ªed.Vol.1. Rio de Janeiro. Ed. Lumem Juris.2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ªed.Vol.III. São Paulo. Ed. Malheiros. 2005.

DONATE, Patrícia de Almeida. **O que se entende como prova prima facie?2008** <  
[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080722111929261](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080722111929261)> Acesso em  
: 20 de setembro de 2010, as 01:03h.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual Civil Brasileiro**. 18ª ed. Vol.2. São Paulo. Ed. Saraiva. 2007.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 12ª Ed. Vol.1. São Paulo. Ed. Saraiva. 2008.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do Processo e Processo de Conhecimento. 31º Ed. Vol1. Rio de Janeiro. Ed Forense. 2000.

<http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/30118272>, acessado em 24/10/10, 22h