

EM DEFENSA UM CONCEITO JURÍDICO DE PRESUNÇÃO

Janaina Matida

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:
<http://hdl.handle.net/10803/670172>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESE DOUTORAL:

EM DEFESA DE UM CONCEITO JURÍDICO DE PRESUNÇÃO

Janaina Roland Matida

2018



TESE DOUTORAL:

EM DEFESA DE UM CONCEITO JURÍDICO DE PRESUNÇÃO

JANAINA ROLAND MATIDA

2018

PROGRAMA DE DOUTORADO EM *DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA*

Orientador: Jordi Ferrer Beltrán

Co-orientador: Carmen Vázquez

Tutor: Jordi Ferrer Beltrán

Tese apresentada para obter o título de Doutor pela Universitat de Girona

Agradecimentos

Ouve-se muito por aí que o doutorado é um tempo de trabalho em solidão entre o pesquisador e a leitura; entre o candidato e as páginas que tem por escrever. Em quatro anos – no meu caso, mais – espera-se que vençamos o desafio das leituras fartas e das páginas coerentes. Essa compreensão não está errada, mas merece ser completada: se nos metemos nas leituras e lá ficamos; e se vão se somando os meses em que permanecemos diante do computador, é porque temos apoio para isso.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos meus orientadores, Jordi Ferrer Beltrán e Carmen Vázquez. A tese passou por tantas fases que, se hoje a defendo, isso se deve à paciência e generosidade com que me guiaram e me acompanharam nessa jornada. Além do aspecto profissional inegavelmente presente em nossa relação, não posso me esquecer da amizade a mim presenteada. Cheguei em Girona no inverno de 2010 e, para se ter uma ideia, naquele ano nevou como há anos não nevava. Em meio a cenário tão distante da rotina de uma carioca, a recepção calorosa deles e do grupo de *Filosofia del Dret* fez mais cálidos os dias de chão esbranquiçado. A atenção que me rendeu conselhos sobre o que ler, conversas sobre os percalços da vida longe da família, partilhas sobre tudo o que acaba por unir tanta gente, vinda de tantas partes do mundo, em prol desse projeto comum que é a vontade de conhecer. Por esse ambiente de união de esforços profissionais e de amizade, agradeço ao Jordi e a Carmen.

Em termos institucionais, agradeço a *Generalitat de Catalunya*. Esse trabalho contou com bolsa pré-doctoral deste órgão público de 2010 a 2013. Tampouco me esqueço o muito obrigada aos funcionários da UdG. De forma especial, a Pere Bárcena e a Marta Clussels, pela disponibilidade em cuidar que estivéssemos em dia com os trâmites administrativos, estes que fazem possível a vida do pesquisador.

Agradeço também aos outros integrantes do grupo de pesquisa. À empatia dos primeiros dias e à amizade que ao longo dos anos vamos construindo. Alguns já não fazem parte do grupo de pesquisa, mas não por isso eu me esqueça do papel fundamental que tiveram na minha caminhada. Maribel Narváez recebeu-me com o interesse que lhe é característico. Entre cafés e almoços, me deu ouvidos pra contar de onde eu vinha, ao mesmo

tempo em que partilhava das suas experiências como professora e pesquisadora. Conviver com a sua dedicação à docência foi inspirador. Arturo Bárcena foi o companheiro de sala com quem menos partilhei o cotidiano, pois, poucos meses depois da minha chegada Arturo já se despedia de volta ao México. As dicas de por onde começar, a forma como era atento e respeitoso com o uso dos espaços conjuntos e uma empatia ímpar com as dificuldades que eu enfrentava naquela chegada garantem a ele minha gratidão. Diego Papayannis e Nicola Muffato tinham salas no mesmo corredor que eu. Isso, para mim, significou oportunidade diária de pausas para cafés numa mesma saleta central, nas quais compartilhamos os desafios analíticos do momento. Diego terminava a sua tese e nos brindava o pensar em voz alta; ele dividia conosco as suas estratégias discursivas, as suas escolhas conceituais; colocava-se à prova e assim me dava um exemplo de como enfrentar “a tese”. Nicola era professor visitante vindo da Itália. Foi generoso nas conversas sobre teoria do direito, dividiu com os interessados as leituras que funcionaram aos seus propósitos e também as que acreditava funcionar para os propósitos dos seus interlocutores.

A eles, aos poucos, somaram-se Jonatan Valenzuela, Gayle Mac Lean e Marcela Chahuan. Jonatan, Gayle e Marcela não foram apenas companheiros de trabalho, na UdG. Eles formaram meu núcleo familiar. O edifício da Abeuradors era nosso lar, entre os apartamentos do segundo e terceiro andares. Ali cuidamos uns dos outros, festejamos as alegrias e choramos algumas dores de que a vida longe de casa não pôde nos poupar.

A Pablo Rapetti, Pedro Haddad, Sebastián Figueroa, Carolina Fernández Blanco, Andrej Kristan, Matías Parmigiani, Matija Zgur, Francesco Ferraro, Lucila Fernández, Marco Segatti, Jorge Sendra, Ilse Torres e Esteban Pereira também deixo meu muito obrigada. Eles fizeram parte do grupo em diferentes momentos e todos, em algum momento, emprestaram seu tempo e ouvidos para as diferentes versões que esse trabalho assumiu no decurso dos anos.

O contraponto realizado por Michele Taruffo e Andrés Páez também foi fundamental às minhas reflexões. Michele rendeu-me constantes reflexões sobre as presunções. Meu desejo é de que proposta aqui desenvolvida não lhe decepcione. A Andrés agradeço a atenção com a qual leu diversas partes da tese nas quais as questões filosóficas aparecem com mais força. Explicar o direito a filósofos fez dessa tese, sem dúvidas, um trabalho melhor.

Entre amigos de outras instituições, agradeço a Lorena Ramírez, Maximiliano

Aramburo, Diego Moreno e Giovanni Tuzet. Tanto por textos e e-mails trocados quanto pela gentileza com que me receberam em suas faculdades.

Ainda como apoio em outras instituições, devo mencionar Daniela Accatino e Frederick Schauer. Fiz estâncias acadêmicas na *Universidad Austral* e na *School of Law da University of Virginia*. Tive reuniões semanais com ambos durante os períodos em Valdivia e em Virgínia, nas quais pude dividir com eles as minhas dúvidas sobre presunções, ônus da prova e ficções jurídicas.

Não posso deixar de agradecer ao Adrian Sgarbi. Adrian e eu já não caminhamos juntos, mas isso não apaga a sua importância. Tenho gravadas dentro de mim as inúmeras conversas que tivemos sobre a vida. Em especial, aqui cobram atenção as conversas sobre o doutorado em Girona. Éramos um casal jovem – eu recém havia terminado a graduação e cursava o mestrado há pouco mais de um ano. Quando a possibilidade de Girona se abriu, Adrian esteve pronto para me acompanhar; disposto a viver o sonho do outro e fazer dele seu próprio sonho. Assim, entendo que a vida em Girona foi, ao mesmo tempo, um presente dele pra mim, meu pra ele. Dele pra mim por ter topado me acompanhar nesse meu projeto profissional, meu pra ele porque, ainda que a ideia do doutorado em Girona tenha partido de mim, lá ele fez amizades pra vida toda, valiosas parcerias profissionais, pôde escrever seu livro e dar caminhadas inesquecíveis com o nosso cão – o Greg. A tese que existe contou com o apoio dele e disso não esqueço.

Também agradeço a Philipe Mota. O apoio do Philipe foi muito importante na fase final da tese. Entendeu os fins de semana em casa, em meio a correções e formatações e, sobretudo, esteve sempre atento a me incentivar a seguir adiante com o que faltava para que eu concluísse esse etapa profissional e pessoal tão importante da minha vida que foi o doutorado.

Finalmente, à minha família: aos meus pais, Álvaro, Beth e Lena, aos meus irmãos, Maia, Ana, Tito e Helena, ao meu sobrinho Davi e ao rebento que a Maia está para trazer. Tenho o privilégio de ter a família que tenho. Sem o suporte emocional e econômico provido por eles, não teria sido possível escrever esse trabalho. Tive o apoio deles na minha escolha de ir viver esse desafio e, de alguma forma, ter vivido longe acabou por servir à valorização da convivência que hoje temos, da presença de cada um deles em minha vida, da genuína conexão e do amor incondicional. Família querida, essa tese é para vocês.

Esclarecimentos formais

Seguindo as convenções presentes na literatura de referência, adotei alguns lineamentos formais que cabe explicitar de antemão.

– Todas as citações foram redigidas no idioma do texto em questão. Assim, a introdução redigida em castelhano conta com citações em castelhano. A tese e a conclusão, como estão em português, contam com citações em português. Quando os trechos originais não eram no idioma do texto, essas citações foram traduzidas livremente por mim (e estão acompanhadas pela sigla T.L.).

– As aspas duplas acompanharam o idioma no qual determinado texto foi redigido. Assim, a introdução e o anexo redigidos em castelhano contam com aspas duplas do espanhol: « »

– A ênfase ou destaque foi representado por meio de *itálico*.

– As citações de termos ou expressões usados pelos autores citados no curso do texto principal foram representadas por “...” (ex: “isomorfismo”, expressão de Allen), ou por «...» (em texto redigido em espanhol).

– As referências bibliográficas foram feitas empregando o sistema que indica o sobrenome do autor e o ano da publicação. Quando o mesmo autor tenha escrito mais de um texto no mesmo ano, a sequência cronológica é indicada através letras minúsculas. Quando há duas datas, a que está entre parêntese refere-se à data da publicação e a data fora de parêntese refere-se à publicação original (primeira edição).

Índice

Introducción	14
Capítulo 1. a presunção segundo os processualistas	27
1.1. Descrevendo a explicação tradicional	27
1.1.1. Presunção Legal vs. Presunção judicial	30
1.1.2. Presunção Relativa vs. Presunção Absoluta	34
1.2. As “máximas de experiência” e uma estrutura comum	38
1.3. As falsas presunções	44
1.4. Operatividade das presunções legais: seus efeitos para as partes e para o juiz	47
1.4.1. As presunções relativas com fato básico	47
1.4.2. As presunções relativas sem fato básico	49
1.4.3. As presunções absolutas	50
1.5. Operatividade da presunção judicial	52
1.6. Breves conclusões e uma proposta de reclassificação das abordagens direcionadas à temática das presunções	53
Capítulo 2. a presunção segundo os filósofos juristas: reconstrutivistas diretos	57
2.1. Jerzy Wróblewski	57
2.1.1. As presunções como normas jurídicas	58
2.1.2. As presunções formais	59
2.1.3. A função das presunções	61
2.1.4. Presunções para-empíricas, anti-empíricas e não-empíricas	63
2.1.5. A prova contrária	66
2.1.6. As praesumptiones homini	67
2.1.7. Breves considerações sobre a proposta de Jerzy Wróblewski	68
2.2. Michele Taruffo	69
2.2.1. A tipologia das presunções	72
2.2.2. As presunções legais absolutas	72
2.2.3. As presunções legais relativas	75
2.2.4. As presunções simples	80

2.2.5. A noção de “máximas de experiência” ou a necessidade de generalizações	84
2.2.6. Breves considerações sobre a proposta de Michele Taruffo	90
2.3. Daniel Mendonca	93
2.3.1. A noção de presunção	94
2.3.2. Os enunciados de presunção	98
2.3.3. O caráter e a função das presunções	100
2.3.4. A fórmula de presunção	105
2.3.5. Bloqueio e destruição	107
2.3.6. Breves considerações sobre a proposta de Mendonca	109
2.4. Lorenzo Peña e Txetu Ausín	111
2.4.1. As presunções e o processo de formação de crenças	114
2.4.2. As presunções como “alternativas teóricas”	117
2.4.3. O caráter veritativo das presunções	119
2.4.4. A obrigação imposta ao julgador	124
2.4.5. Breves considerações sobre a proposta de Lorenzo Peña e Txetu Ausín	126
2.5. Josep Aguiló Regla	128
2.5.1. “É presumível” vs. “Será presumido”	128
(1) “É presumível”	128
(2) “Será presumido”	132
2.5.2. Presunções-regra e presunções-princípio	135
2.5.3. O caso das presunções iuris et de iure	140
2.5.4. Breves considerações sobre a proposta de Josep Aguiló Regla	143
2.6. Conclusões parciais	145
Capítulo 3. A presunção segundo os filósofos juristas: Reconstitutivistas indiretos	147
3.1. Daniel González Lagier	147
3.1.1. Os elementos da inferência probatória	147
3.1.2. Três tipos de inferência probatória	150
3.1.3. Fundamento, finalidade e força das conexões e as presunções no Direito	157
3.1.4. Breves considerações sobre a proposta de Daniel González Lagier	163
3.2. Giovanni Tuzet	166
3.2.1. O argumento da ignorância: da falácia ao reconhecimento seu potencial epistêmico	168

3.2.2. O contexto jurídico e o significado da ausência de prova	170
3.2.3. O Argumento da ignorância a as presunções	174
3.2.4. Breves considerações sobre a proposta de Giovanni Tuzet	180
3.3. Conclusões parciais	183
Capítulo 4. Redefinindo as presunções	185
4.1. Ronald Allen e a proposta de eliminação do conceito de presunção na experiência norte-americana	185
4.1.1. As presunções e o ônus de produção	189
4.1.2. As presunções e o ônus de persuasão	193
4.1.3. As presunções e o perigo das instruções ao Júri	195
4.2. As presunções para além de sua eliminação	200
4.3. Os expedientes de determinação dos fatos na experiência continental	200
4.3.1. Ônus da prova e presunção	200
4.3.2. Ficção Jurídica e presunção	209
4.3.3. Raciocínio inferencial probatório e presunção	219
4.4. O compromisso epistêmico do Direito	231
4.5. A proposta de redefinição propriamente dita	240
4.5.1. Caráter normativo	241
4.5.2. Fundamento empírico	245
4.5.3. Fato básico	248
4.5.4. Prova contrária	252
4.6. As presunções: entre decisões sobre como decidir e as razões para atuar	255
Conclusão	266
Referências bibliográficas	270
Anexo	281

Resumo. A presente investigação propõe a redefinição do conceito jurídico de presunção. Para isso, assume-se como ponto de partida a realização de uma análise crítica do tratamento que a dogmática processual tradicionalmente há oferecido às presunções. Detectando a necessidade de desenvolver modificações, apresenta-se a defesa de uma redefinição do conceito de presunção ao âmbito do direito através da redução da área de incidência de dito conceito, eliminando, pois, ambiguidades que as presunções representam quando examinadas em contraste com outras ferramentas relativas à determinação dos fatos (como o ônus da prova, as ficções jurídicas e a própria noção de raciocínio probatório).

Resumen. La presente investigación propone la redefinición del concepto jurídico de presunción. Para ello, se asume como punto de partida un análisis crítico sobre el tratamiento que la dogmática procesal tradicionalmente ha ofrecido a las presunciones. Una vez identificada la necesidad de hacer cambios en él, se presenta la defensa de una redefinición del concepto de presunción para el ámbito del derecho a través de la reducción de su área de incidencia, eliminando así ambigüedades que las presunciones representan cuando son examinadas con otras herramientas relativas a la determinación de los hechos (como la carga de la prueba, las ficciones jurídicas y con la propia noción de razonamiento probatorio).

Resum. La present investigació proposa la redefinició del concepte jurídic de presumpció. Per a això, s'assumeix com a punt de partida una anàlisi crítica al tractament que la dogmàtica processal tradicionalment ha ofert a les presumpcions. Detectar la necessitat de desenvolupar canvis en ell, es presenta la defensa d'una redefinició del concepte de presumpció ao àmbit del dret a través de la reducció de l'àrea d'incidència d'aquest concepte, eliminant, doncs, ambigüitats que les presumpcions representen quan examinades amb altres eines relatives a la determinació dels fets (com la càrrega de la prova, les ficcions jurídiques i la pròpia noció de raonament probatori).

Abstract. The current investigation proposes the redefinition of the legal concept of presumption. For that matter, it is taken as the starting point the conduction of a critical analysis of the treatment that procedural dogmatics has traditionally offered to presumptions.

Identifying the need to develop improvements, the current investigation presents the defense of a redefinition of the concept of presumption in the field of law by reducing the application scope of said concept eliminating the ambiguities that presumptions represent when examined in contrast with other devices related to fact determination (such as burden of proof, legal fiction and probationary reasoning itself).

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como objetivo la defensa de un concepto jurídico de presunción, considerando que las presunciones constituyen una importante herramienta de decisión jurídica en el tratamiento de los hechos en un contexto de incertidumbre. En los contextos extrajurídicos de experiencia, presumir funciona como sinónimo de *suponer*, *sospechar*, *conjeturar*, *presuponer*, en el derecho el término se utiliza para situaciones en las que la determinación de ciertos hechos es necesaria para la toma de una determinada decisión que genera consecuencias jurídicas para las partes interesadas. Y sucede que a veces, en mayor o menor medida, la determinación de esos hechos de los que la decisión depende concluye considerando como verdaderas proposiciones fácticas que en realidad no fueron previamente probadas. Luego, se afirma que una proposición fáctica fue *presumida* cuando se le atribuye valor de verdad sin haber sido probada.

En ese sentido, tradicionalmente las presunciones en el derecho se presentan como reglas o razonamientos con una estructura peculiar: un *hecho básico*, un *hecho a ser presumido* y una *regularidad empírica*; la regularidad empírica sería responsable por el vínculo entre los hechos involucrados. Se trata del discurso tradicionalmente defendido por la dogmática procesal¹ que, si bien destaca la estructura «Si *P*, entonces *Q* será presumido», termina por ignorar una serie de otras características también importantes para una definición útil de presunción. Si solo se toma en cuenta la citada estructura y no otras características, entonces se genera la situación actual en la que hay tantas que el término pasó a carecer de valor explicativo.

Esta tesis pretende rescatar el valor explicativo del concepto jurídico de presunción mediante una redefinición. Para ello, la propuesta es que opere una reducción de sus hipótesis de incidencia, redistribuyendo a otros conceptos mucho de lo que hoy es comprendido como *especies* de presunción. Es importante aclarar que la propuesta se centra en el análisis de los usos que el término presunción y sus parientes terminológicos tienen en el contexto de la *tradición jurídica continental*. La hipótesis de partida es que la

¹ Entre los autores brasileños, véase: DINAMARCO, 2002: 113-ss; Y en el caso de las mujeres. DIDIER JR, BRAGA; OLIVEIRA, 2013: 59; WAMBIER; TALAMINI, 2013: 510-511; BUENO, 2013: 244-245.

sistematización de las presunciones jurídicas realizada por la dogmática procesal – en un primer plano como *presunciones legales y judiciales* y en un segundo plano como *presunciones relativas y absolutas* – no es la forma más eficiente de contribuir a una mejor práctica jurídica.

Por *mejor práctica jurídica*, en este trabajo, se entiende la práctica jurídica libre de ambigüedades innecesarias. A su vez, por *ambigüedades innecesarias* se entiende la atribución de diversos sentidos a un mismo término que acaba por producir un subsecuente estado de confusión lingüística; en donde se aplica el término sin uniformidad y, con ello, el riesgo de errores en cuanto a los efectos que se pretenden lograr con su operacionalización se ve incrementado. En otras palabras, un estado de «abundancia de contenido» de lo que sea *presunción* es absolutamente innecesario y debe ser remediado; lo que hoy identificamos como *especies* de presunción puede, perfectamente, ser comprendido por otros conceptos. ¿Por qué ocupar *presunción* como mero sinónimo de carga de la prueba? ¿O de razonamiento inferencial probatorio? ¿O, aún más, de ficción?

Si el mapa conceptual concerniente a la determinación de los hechos ya cuenta con dicha diversidad de conceptos – cuya existencia está justificada dada la reunión de características específicas de cada uno; entre ellos, la carga de la prueba, la ficción jurídica y el propio razonamiento probatorio – no encuentro razones para mantener un tratamiento ambiguo y productor de confusiones, que podría ejemplificarse con las *especies de presunción*, cuya única utilidad es posibilitar el uso intercambiable de ellas con la carga de la prueba, con el razonamiento inferencial probatorio y con la ficción jurídica. El mantenimiento del *status quo* relega a las presunciones a un rol de etiqueta vacía, cuya aplicación no informa a los integrantes de nuestras prácticas jurídicas un contenido autónomo que no pudiera ser mejor explicado mediante el empleo de otras etiquetas. Es más: dada la gran ambigüedad de que padece, la utilización de “presunción” en la actualidad requiere aclaraciones constantes si se quiere evitar confusiones en cuanto al sentido pretendido. El mantenimiento del *status quo* requiere un esfuerzo continuado de explicar siempre si presumir ha sido usado en el sentido de distribuir la carga de la prueba, en el sentido de razonamiento inferencial probatorio o en el sentido de ficción. Hay una clara señal de necesidad de reflexión conceptual cuando el manejo de la terminología de referencia en lugar de ahorrar esfuerzos explicativos a los integrantes de cierta práctica, les impone más cuidados.

A pesar de lo que pueda parecer a primera vista, la estrategia conceptual que será asumida en esta tesis no es de la eliminación completa del término. Se defenderá que hay un núcleo de situaciones para el uso de la etiqueta “presunción”, capaz de justificar su utilidad y que, por tanto, constituye una razón suficiente para el refuerzo de su estado de autonomía conceptual. Para lograr los objetivos planteados, el camino a seguir será empezar, en el capítulo uno, con la exposición y análisis del tratamiento conceptual tradicionalmente ofrecido por la dogmática procesal. Ante las insuficiencias dogmáticas que serán expuestas ahí, en el capítulo dos y tres, se hará la exposición y al análisis de las tentativas de tratamiento conceptuales desarrolladas por la teoría del derecho de marco continental, abordando tanto sus ventajas como lo que todavía ha quedado por decir. Finalmente, en el capítulo cuatro, se presentará la propuesta de redefinición del concepto jurídico de presunción como intento de ofrecer un tratamiento más preciso y riguroso, dando argumentos para garantizarle autonomía junto a los demás conceptos referentes al esquema de determinación de los hechos. A continuación, presentaré con más detalle lo que el lector podrá esperar en cada uno de los capítulos.

En el capítulo primero, el lector encontrará la descripción y posterior análisis crítico del tratamiento conceptual tradicionalmente ofrecido por la dogmática jurídico-procesalista. Se verá que sus autores desarrollan una estrategia común: el énfasis de la estructura de las presunciones. Según los procesalistas, el concepto de presunción presenta en su núcleo una estructura siempre presente, que cuenta con un *hecho básico*, un *hecho desconocido* a ser presumido y *una regla (o máxima) de experiencia*. A partir de la prueba del hecho básico, se debe presumir un hecho desconocido. La formulación de las presunciones se justifica por la adopción de una máxima de experiencia que informa que normalmente el hecho de la categoría *hecho desconocido* ocurre una vez que ha ocurrido el hecho de la categoría *hecho básico*. A tal explicación, adicionan criterios sistematizadores del concepto.

En cuanto al sujeto que formula las presunciones, ellas pueden ser clasificadas como presunciones *legales* o *judiciales*; si se toma en cuenta la posibilidad de producción de prueba en su contra, ellas son clasificables como presunciones *relativas* o *absolutas*. Así, las presunciones legales son aquellas que deben su formulación a la iniciativa legislativa de institucionalizar una máxima de experiencia referente a dos categorías de hechos básico y presumido. De otra parte, las llamadas de presunciones judiciales son aquellas que deben su

formulación a la actividad intelectual del juez. Él formula la presunción en el contexto de la determinación de los hechos a partir de las pruebas practicadas en cada caso individual. Tanto el legislador como el juez utilizarían la estrategia de las presunciones para el propósito de determinar la ocurrencia de un hecho no directamente probado. Considerando P y Q como categorías de hechos básico y presumido, respectivamente, la distinción entre una presunción legal y una presunción judicial, según los procesalistas, es que la formulación de “Si P , entonces será presumido Q ” en un caso es de autoría legislativa y en el otro es de autoría judicial. No se hace ninguna problematización más detallada sobre el hecho de que una es una regla jurídica y la otra es un razonamiento probatorio. Lo que enfatizan es que ambas son caminos para confirmar jurídicamente un hecho a partir de la prueba de otro en función de la observancia de alguna máxima de experiencia.

[L]as máximas de la experiencia son aquellas nociones generales de la vida práctica, dominadas por cualquier persona de cultura media e insertada en el ambiente social en que vive. Y son esas reglas de la experiencia que permiten al juez – así como a cualquier sujeto mínimamente insertado en el lugar y época en que vive – inferir la ocurrencia de determinados hechos a partir de otros que ya están probados. Por ejemplo, si hay una prueba testimonial convincente de que el demandado bebió mucho en una fiesta, es razonable suponer que él causó el accidente automovilístico en que se involucró poco después, aunque nadie haya testificado ese accidente y tampoco se haya podido realizar una pericia concluyente. En ese caso, el juez estará desarrollando la presunción denominada «común» o «hominis»².

O sea, a la diferencia de máximas institucionalizadas por reglas jurídicas, las presunciones formuladas por jueces integran discrecionalmente máximas que consideran pertinentes para la búsqueda de la verdad de los hechos en cada caso.

Además del criterio del sujeto formulador, las presunciones también se diferencian en cuanto a la posibilidad de producción de prueba contraria. Se llaman *presunciones relativas* a aquellas que establecen una «verdad provisional»; que admiten pruebas en contrario. En ellas, la fórmula «Si P , entonces Q deberá ser presumida» es complementada por una cláusula cuya función consiste en dejar las puertas abiertas para la prueba de no- P o de no- Q . A menudo, la formulación se da por expresiones como «a menos que haya prueba contraria» o «si no existe

² . WAMBIER; TALAMINI, 2013: 511. T.L.

prueba contraria». En oposición a ellas, se les denomina «presunciones absolutas» a aquellas que carecen de la previsión de producción de prueba en contra de no-*Q*: una vez que se establezca la ocurrencia de *P*, no hay cómo evitar la determinación jurídica de la ocurrencia de *Q*. A través de ella, se consolida una «verdad indiscutible»³. Sobre esta especie de presunción, lo que se afirma es que «no se trata de investigar hechos, sino de definir las consecuencias jurídicas aplicables a determinados hechos»⁴. Finalmente, la mirada tradicional aclara que las presunciones legales pueden ser relativas o absolutas, mientras que las presunciones judiciales sólo pueden ser presunciones relativas. El juez que formula una presunción tiene siempre el deber de dar oportunidad para la producción de pruebas que pretendan desafiarla, confirmando su falsedad.

*Si el juez las hace, no se podrá decir que son absolutas o relativas. La división absoluta/relativa es exclusiva de las presunciones legales*⁵.

Como veremos, el propósito de ese esfuerzo sistematizador fue «hacer caber» bajo una misma terminología *especies* de características no solo distintas, sino también con finalidades opuestas. Dicha estrategia acabó por contribuir, en realidad, a la producción de un escenario de ambigüedad entre el concepto de presunción y otros conceptos referentes al contexto de la determinación de los hechos del contexto procesal.

Al empleo de la terminología tanto para reglas como para razonamientos, se añade la ampliación de su uso a situaciones que ni siquiera presentan la estructura *hecho básico, hecho a ser presumido y máxima de experiencia*; sea por carecer de un hecho básico⁶, sea por carecer de alguna regularidad empírica (y entonces no pretenden reflejar cómo es la realidad objetiva), sea, por último, por carecer tanto de un hecho básico en su predicado fáctico como por no contener una máxima de experiencia en su fundamento. Como si no bastara la confusión en cuanto al requisito nuclear de una estructura común, ¿qué decir de la superposición entre presunciones en las que está prohibida la prueba contraria y las llamadas ficciones jurídicas? ¿Qué decir del uso sinonímico e indiferenciado de las presunciones y de la carga de la prueba? En suma, el estado de cosas construido por la tradición dogmática

³ . DIDIER JR, BRAGA; OLIVEIRA, 2013: 63.

⁴ . WAMBIER; TALAMINI, 2013: 511.

⁵ . DIDIER JR, BRAGA; OLIVEIRA, 2013: 64 T.L.

⁶ . Lo que sirve a producir la objeción de que en realidad determinadas reglas son falsas presunciones.

procesal relega a la presunción a un lugar confuso y que pone en riesgo su autonomía conceptual.

A continuación, en los capítulos segundo y tercero el lector encontrará el análisis de las propuestas de tratamiento desarrolladas a partir de la filosofía del derecho. Ello se justifica porque las imprecisiones resultantes del tratamiento procesalista dogmático acabaron por funcionar como combustible para tratamientos de corte iusfilosófico sobre las presunciones. Entonces, autores provenientes de la filosofía del derecho encontraron allí un estímulo para ejercitar sus capacidades analíticas y ofrecer, cada uno a su modo, claves de comprensión conceptual con el propósito de rescatar las presunciones de un escenario ambiguo y confuso.

Es decir, si el enfoque de los dogmáticos se caracteriza por, en el mejor de los casos, describir un panorama de los usos (idiosincráticos) de la terminología de las presunciones, las propuestas de los teóricos son más ambiciosas, pues tratan de ofrecer una reflexión que escapa a los contornos de una presentación meramente descriptiva. Los filósofos del derecho contribuyen a un escenario más prometedor, a la comprensión de que son diversas las situaciones tratadas como hipótesis de presunción y, con ello, evidencian las contradicciones presentes en la versión dogmática del concepto de presunción.

Para explorar dichas contribuciones iusfilosóficas, propondré una clasificación como punto de partida. Esa clasificación pretende reflejar una diferencia importante de abordaje de cada autor aquí trabajado, pues – aunque los tratamientos iusfilosóficos presenten la característica común de ofrecer reflexiones que acaban por presentar propuestas de redefinición del concepto (a diferencia de los dogmáticos procesalistas) – entiendo que facilitará la comprensión de las ventajas de cada propuesta si sistematizamos las concepciones teóricas que se analizarán distinguiendo entre los autores que tratan la temática de las presunciones como objeto central y los autores que tratan las presunciones de forma no central – así traten indirectamente a las presunciones, aun teniendo por objetivo nuclear otras preocupaciones teóricas, no por ello dejarán de contribuir a una comprensión más completa de la complejidad de las presunciones. En la presente clasificación, el primer grupo de autores será identificado por *reconstructivistas directos* y el segundo por *reconstructivistas indirectos*.

En primer lugar, *reconstructivistas* porque contribuyen a la construcción de un concepto más preciso de presunción. No hay, en los enfoques reconstructivistas, un compromiso de

conciliación absoluta con el trato dogmático. Quieren proveer una redefinición capaz de generar mayor comprensión y, si necesario, sus autores están dispuestos a modificar al área de incidencia conceptual disminuyendo su alcance. En segundo lugar, la subdivisión entre directos e indirectos refleja el nivel de inmediatez del interés por las presunciones. Cuando la temática de la presunción represente el eje central de sus esfuerzos, serán considerados reconstructivistas directos. Cuando las presunciones no representen el objetivo principal de sus intereses, serán considerados reconstructivistas indirectos. Entre reconstructivistas directos, el lector encontrará a JERZY WRÓBLEWSKI (apartado 2.1), MICHELE TARUFFO (2.2), DANIEL MENDONCA (2.3), LORENZO PEÑA y TXETU AUSÍN (2.4), y JOSEP AGUILÓ REGLA (2.5). A su vez, entre los reconstructivistas indirectos, el lector encontrará a DANIEL GONZÁLEZ LAGIER (3.1) y GIOVANNI TUZET (3.2). En cuanto al orden de tratamiento de estos desarrollos teóricos, explícito que el capítulo segundo será destinado a los reconstructivistas directos y el capítulo tercero a los indirectos. En ambos, el orden de autores responderá al criterio cronológico de su trabajo.

Finalmente, en el capítulo cuarto el lector encontrará la propuesta conceptual que es objeto de esta tesis. El punto de partida del capítulo es la provocación ofrecida por RONALD J. ALLEN (4.1). Mirando hacia el sistema estadounidense, ALLEN propone la completa eliminación del concepto de presunción. Para él, *presunción* es una «etiqueta vacía», ya que no hay nada que se haga mediante su empleo que no pueda ser mejor realizado con la operacionalización directa de otros conceptos. ALLEN subraya lo que identifica como «isomorfismo» de las presunciones: hablar de las presunciones no es otra cosa que hablar de defensas afirmativas (*affirmative defense*) y de decisión del caso como una cuestión de mero derecho (*judgement as a matter of law*); no es más que hablar de efectos en la carga de producción o de persuasión de las pruebas. Todo lo que se afirma a través de la etiqueta de las presunciones se puede afirmar de modo más claro y directo a través de los conceptos de carga de la prueba – de producción y de persuasión –, de los expedientes de defensa afirmativa y de decisión por cuestión de derecho. Aquí cabe aclarar al lector que la influencia de ALLEN en este trabajo se debe más a la metodología analítica, que busca reconducir lo que tradicionalmente ha recibido el tratamiento de *especies de presunción* a otros conceptos, y menos a una perfecta equivalencia entre los problemas conceptuales de sistemas jurídicos de distintas matrices culturales – es decir, del *common law* y del *civil law*. Comparto su estrategia de reconducción de las dichas especies a otros conceptos, pero no adoptaré su

conclusión escéptica.

Así, siguiendo el ejemplo de ALLEN, analizo lo que se identifica como especies de presunción, comparándolas con otros conceptos relativos a la determinación de los hechos. El objetivo de dicho análisis es iluminar redundancias, ambigüedades compartidas entre las (supuestas) especies de presunción y otros conceptos. El lector verá que, tal como están las cosas, se ocupa *presunción*, *presumir*, *presumido* para situaciones absolutamente distintas, incluso opuestas. Se dice presumir en situaciones en que se podría aplicar el concepto de carga de la prueba; el concepto de razonamiento inferencial probatorio; el concepto de ficción jurídica. Pero ante la ambigüedad y la confusión no recomendaré su eliminación, sino que propondré recortes al concepto, justificados con base en un criterio que considero importante para los sistemas jurídicos contemporáneos. ¿Qué criterio es este? Se trata precisamente del compromiso de corte epistemológico a los que los sistemas jurídicos deben adecuarse.

No se trata de una afirmación apresurada aquella que relaciona los sistemas jurídicos contemporáneos a la realización de un compromiso epistémico en la determinación de los hechos a través de la actividad probatoria⁷. En mayor o menor medida, actualmente se experimenta una tendencia en el diseño institucional referente a la determinación de los hechos. Los sistemas jurídicos vienen siendo diseñados de modo tal de poder contar con procedimientos probatorios más sensibles a la búsqueda de la verdad. O, en otras palabras, capaces de reproducir la menor divergencia posible entre las proposiciones fácticas consideradas verdaderas por el juzgador y la realidad objetiva. La razón es la siguiente: si es cierto que la determinación correcta de los hechos no es *suficiente* para que se alcancen decisiones justas, también es cierto que consiste en un paso *necesario* la satisfacción de algún criterio de justicia (cualquiera que sea el criterio de justicia que se adopte en determinada comunidad)⁸. Las decisiones judiciales justas presuponen determinar el comportamiento contenido en el antecedente de la norma. Incluso porque, si el derecho, como método de

⁷ Taruffo indica haber una tendencia generalizada entre los sistemas jurídicos de la contemporaneidad de ser proyectados conforme a ese compromiso epistémico de búsqueda de la verdad. El argumento se desarrolla para justificar la previsión de mayores iniciativas probatorias al juez en los sistemas jurídicos contemporáneos en TARUFFO, 1997 y, en mi opinión, también debe servir como punto de partida de la redefinición de conceptos jurídicos importantes, como es el caso del concepto de presunción.

⁸ . Sobre la incompatibilidad de cualquier noción de justicia con decisiones judiciales descuidadas de la determinación de los hechos, ver FERRER BELTRÁN, 2007: 30; sobre la compatibilidad de la teoría del derecho con cualquier noción de justicia, véase GUASTINI, 1999: 59.

resolución de conflictos, pasara a atribuir las consecuencias jurídicas de forma aleatoria – sin tener que determinar los hechos jurídicos de la manera más próxima posible a la realidad objetiva – el resultado lógico esperable, muy probablemente, sería la completa falta de motivación de los destinatarios finales a cumplir los comportamientos presentes en las normas. Desde la perspectiva del sujeto que evalúa *pros* y *contras* sobre el cumplimiento de reglas, sería posible que cuestionara el porqué de las reglas: «¿por qué obedecer el derecho cuando el comportamiento efectivamente realizado de nada o poco me sirve para evitar la sanción que yo no merezco?».

[C]onviene partir de esa intuición fundamental para determinar la función que cumple el proceso judicial en el esquema general de funcionamiento del derecho. De acuerdo conmigo, no habré traído nada nuevo a la cultura jurídica común si digo que el proceso judicial tiene como función principal la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. Es decir, la función del proceso es la aplicación del derecho. Pero, aunque parezca una verdad banal, hay importantes implicaciones teóricas respecto a la determinación judicial de los hechos. En efecto, ello implica que se debe sostener que, prima facie, son las descripciones de esos hechos los que se incorporan al razonamiento judicial a efectos de aplicación de las normas. De otro modo, los ciudadanos no tendrían ninguna razón para comportarse conforme a lo prescrito por el derecho. En otras palabras, sólo si de alguna forma es la descripción de las conductas de los destinatarios de las normas lo que se incorpora al razonamiento judicial, esas conductas resultarán relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas; en caso contrario, si fuera el juez quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de esas consecuencias, no sería posible motivar la conducta de los ciudadanos, ya que ésta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación⁹.

Es en este sentido que la determinación correcta de los hechos ha asumido un papel de relieve en los sistemas jurídicos contemporáneos. Y en este escenario es sumamente útil que las decisiones sobre los hechos reflejen la importancia de la relación entre el derecho y la

⁹ .FERRER BELTRÁN, 2003: 27. No desconocemos que el derecho tiene otras funciones aparte a la motivación de la conducta de los destinatarios finales de las normas, pero sí sustento que ésta consiste en la principal función del derecho. En eso, acompaño a FERRER BELTRÁN.

verdad; entre lo que será considerado verdadero en el proceso judicial y la realidad objetiva. Cabe a los teóricos elaborar y reflexionar sobre las herramientas adecuadas para la satisfacción del compromiso de corte epistemológico asumido por los sistemas jurídicos.

Con esto en mente, hay un tipo de relación entre *derecho* y *verdad* que puede ser expresado a través de la presunción redefinida. Hay situaciones en que el derecho tiene el objetivo de ser más deferente a la realidad objetiva, así no tenga suficiente corroboración del hecho jurídicamente relevante (en el caso concreto). En estas situaciones, desde una postura epistémicamente comprometida, se puede – es más, *se debe* – tenerlo por verdadero a partir de la prueba de un hecho cuya categoría presenta ocurrencia empíricamente relacionada a la categoría a la que pertenece. En otras palabras, hay situaciones en las que el derecho quiere disponer de una *segunda mejor respuesta* para remediar la falta de decisión, pero dicha segunda mejor respuesta se fundamenta en una regularidad empírica (en contraposición a las correlaciones artificial y jurídicamente producidas, como la que se estableció entre el hecho de *morir en el mismo evento* y lo que vino a llamarse de *conmoriencia*).

En algunas situaciones, el sistema jurídico determina que «Si *P*, entonces *Q* será presumido» porque entiende que debe ser deferente a la regularidad empírica relativa a los hechos de la categoría *P* y los hechos de la categoría *Q*. Luego, se trata de una segunda mejor respuesta anticipada y que presenta la estructura del hecho básico y del hecho presumido. Por último, pero no menos importante, la segunda mejor respuesta siempre deja abierta la posibilidad de prueba en contrario. No tendría sentido afirmar que se trata de una segunda mejor respuesta que busca reflejar una relación de deferencia del derecho hacia la verdad de los hechos si la misma no contara con la posibilidad de probar que determinados casos individuales representan, en realidad, excepciones (es decir, ha pasado *p* pero no ha pasado *q*). La conclusión es que son reglas jurídicas (respuestas anticipadas) que promueven institucionalmente ciertas equivalencias entre hechos (*P* y *Q*) a modo de atribuir efectos jurídicos iguales en función de la regularidad empírica que ya les une en la propia realidad objetiva. La presunción así entendida es la combinación de los siguientes elementos: es (a) *regla jurídica*, que (b) presenta *hecho básico* y *hecho presumido*, (c) refleja *una regularidad empírica* y (d) preve la posibilidad de *prueba contraria*.

Esta redefinición sería capaz de expresar un nivel de mayor sensibilidad del derecho a

la realidad objetiva y esto haría que no se confundiera con la mera carga de la prueba, con el razonamiento inferencial probatorio, ni mucho menos con la ficción jurídica. La consecuencia lógica de la afirmación de este grupo de características individualmente necesarias y en conjunto suficientes para garantizarle autonomía es la reducción de su alcance conceptual: el razonamiento conocido por presunción judicial (o *homini*) sería reconducido al concepto de inferencia probatoria epistémica; la regla que distribuye el riesgo de la falta o insuficiencia probatoria en función de preferencias valorativas que se quiere proteger sería reconducida a la carga de la prueba; la regla que determina que algo es jurídicamente verdadero con indiferencia de lo que ha pasado en el caso concreto sería, por fin, reconducida a la ficción jurídica. Ya no hablaríamos de *especies de presunción* porque, para que algo pudiera ser comprendido como *presunción* debería reunir un conjunto más exigente de características. Un conjunto de características que le serían peculiares y conjuntamente solo serían encontradas en una presunción. Ya no sería un término con tanta ubiqüidad y, exactamente por esta razón, pasaría a informar con seguridad qué efectos conlleva, mucho más que a confundir o a requerir una serie de explicaciones adicionales.

Las presunciones, así entendidas, contribuirían al esquema conceptual de la determinación de los hechos desempeñando una función única. Servirían pues, para situaciones en que el derecho busca aproximarse a la verdad de un modo muy específico que no se confundiría con los razonamientos que se dan en el interior de la fase de valoración de los hechos (ya que no son reglas) y tampoco serían confundibles con expedientes que expresaran niveles distintos de deferencia del derecho hacia la verdad. Mi propuesta tiene la pretensión de redefinir el concepto de presunción conectándole con una función de proveer una segunda respuesta epistémicamente más comprometida que las respuestas que pueden ser aseguradas a través de otros conceptos jurídicos. El esfuerzo se justifica porque los sistemas jurídicos contemporáneos necesitan herramientas conceptuales para expresar distintos niveles de deferencia que el derecho – y específicamente el proceso judicial – necesita expresar hacia la verdad.

Metodología

El lector podrá preguntarse sobre el origen de este tipo de empresa teórica a través de la cual se pretende redefinir conceptos para ajustarlos mejor a la necesidad de los usuarios. La

respuesta se ubica en la filosofía analítica. Y es que, aunque existan muchos sentidos en los que se pueda afirmar que se recurre a la metodología de la filosofía analítica, aquí me ha interesado aplicar lo que ALCHOURRÓN y BULYGIN han nombrado como *reconstrucción racional de un concepto*.

(L) a explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por el cual un concepto inexacto y vago – que puede pertenecer al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo del lenguaje científico – se transforma en un concepto exacto o, al menos, más exacto que el primitivo. En vez de la transformación, sería más correcto hablar aquí de sustituir un concepto más o menos vago por un más riguroso¹⁰.

De acuerdo con los autores citados, a través de la reconstrucción racional, un concepto inexacto y vago es transformado en un concepto exacto o, al menos, en un concepto más exacto que su anterior. Si queremos ser más precisos, el concepto menos preciso es *sustituído* por el concepto más riguroso. ALCHOURRÓN y BULYGIN explican que el método de la sustitución consiste en partir de un *explicandum* y llegar a un *explicatum* (el concepto por el que el explicandum será sustituido). Para ello, es necesario cumplir dos etapas: *elucidar el explicandum* y *construir el explicatum*.

Para poder sustituir un concepto por otro, capaz de realizar con ventaja las tareas del primero, es necesario clarificar al máximo el alcance del explicandum, es decir, el significado del término que se usa para designarlo¹¹.

Así, tomando las enseñanzas de los autores em comento, en este trabajo he tratado de acercarme al concepto jurídico de presunción. Mi hipótesis inicial es que el concepto jurídico entonces utilizado por los operadores del derecho de la tradición continental contaba con ambigüedades innecesarias que deberían ser eliminadas. La explicación tradicional nos ofreció, bajo una único concepto, estrategias jurídicas excesivamente distintas, con finalidades incluso opuestas (v.gr.: la presunción judicial vs. la presunción absoluta). En este sentido, en el capítulo primero el lector encontrará el desarrollo de la elucidación del *explicandum*. En él, realizo un análisis del discurso sobre el *explicandum* a efectos de iluminar las ambigüedades, las confusiones y la necesidad de cambio. Tanto el discurso de la

¹⁰ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2015: 12.

¹¹ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2015: 12.

llamada dogmática procesal, como el discurso de los operadores jurídicos (jueces) son analizados críticamente. A continuación, los capítulos segundo y tercero representan una etapa preparatoria para la construcción del *explicatum*. En ellos, trato de examinar las principales contribuciones filosóficas que se han dedicado al concepto de presunción desde el mundo continental. El recorte y la selección de autores se debe a la especificidad de las ambigüedades que tocan al concepto de presunción aplicable en nuestra tradición jurídica. En otras palabras, si bien es cierto que el concepto de presunción también carece de rigor cuando es aplicado en el interior de la tradición estadounidense, es importante reconocer que las ambigüedades que padecen los sistemas de dichas tradiciones no son las mismas. La solución de la inadecuada sistematización del concepto de presunción en nuestra tradición jurídica (continental) requiere una solución específica. Así, los autores cuyas propuestas teóricas se encuentran examinadas en el capítulo segundo y tercero contribuyeron, cada uno a su modo, para solucionar los problemas presentes en el *explicandum*.

En el capítulo cuarto el lector encontrará la propuesta del *explicatum* propiamente dicha. En él presento una propuesta de disminuir el número de hipótesis de uso de la presunción – un *explicatum* no aplicable a todas las hipótesis en que el *explicandum* se aplicaba –, mas rigurosa y, por ende, más informativa. Queda claro que la presente tesis parte de una concepción convencional de lenguaje, desde la cual el significado consiste en el *uso*. Como no hay una relación necesaria (esencial) entre términos y significados, es posible y conveniente contribuir hacia la construcción de un lenguaje jurídico más claro. Estas consideraciones implican reconocer que el presente trabajo consiste en un ejercicio de filosofía analítica normativa y, que, por tanto, asume como agenda retocar y perfeccionar el lenguaje existente¹². De este modo, en las páginas que siguen el lector encontrará un esfuerzo por aproximar el concepto de presunción al compromiso epistemológico que el proceso judicial debe asumir.

¹² MORALES LUNA. FELIX F., 2013: 39.

CAPÍTULO 1. A PRESUNÇÃO SEGUNDO OS PROCESSUALISTAS

1.1. Descrevendo a explicação tradicional

A explicação tradicional das presunções que costuma estar presente nos manuais consiste em apresentá-las como uma ferramenta processual que serve para tomar um fato não-provado como se fosse verdadeiro a partir de um fato diverso cuja ocorrência já haja sido previamente determinada. De um fato conhecido, o chamado *fato básico*, conclui-se pela ocorrência de um fato não conhecido, *o fato a ser presumido*. Assim, as presunções representariam uma forma alternativa de determinação dos fatos num procedimento judicial: não estando ao alcance do julgador a determinação do fato contido no antecedente da norma que se pede seja aplicada através de atividade probatória, ele deve recorrer à sua determinação por presunção. Onde a determinação do fato não seja possível através de prova, em algumas hipóteses, é prevista a determinação dos fatos ocorridos através de presunções jurídicas.

Para tanto, a dogmática processual faz referência à necessária determinação da ocorrência de um fato básico que servirá como ponto de partida à conclusão de que um fato não-provado é verdadeiro. Como expoente da cultura jurídica processual em língua espanhola, temos MONTERO AROCA, quem afirma em diversas publicações que

[...] em todas as presunções, seja qual for a classe dela, têm de existir necessariamente:

1º) Um fato básico ou indício, que há de ser afirmado por uma parte no processo e que há de ser depois provado por ela, para o qual podem ser utilizados todos os meios de prova. Esse fato não constitui o antecedente fático da norma cuja aplicação a parte pede. Naturalmente, nada impede que concorra mais de um indício, caso em que se reforça o ponto de início da presunção.

2º) Um fato presumido, que há de ser afirmado também pela parte e que é o antecedente fático da norma cuja aplicação ela pede.

3o) *Um nexo lógico entre os dois fatos, que é precisamente a presunção e que pode ser: (1) estabelecido diretamente pelo legislador, o qual, partindo de que o indício seja provado, ordena ao juiz que dê por existente o fato presumido (presunção legal) e (2) Deixado pelo legislador para que seja estabelecido pelo juiz em cada caso (presunção judicial)*¹³.

Entre os expoentes brasileiros, DINAMARCO assume uma mesma perspectiva que correlaciona elementos necessários à presunção e a subdivide entre legais e judiciais a depender de se a relação entre o que identifica por fato-base e o fato desconhecido cuja ocorrência se quer determinar foi realizada pelo legislador em normas gerais ou pelo juiz ao julgador casos concretos. Assevera:

*Presunção é um processo racional do intelecto pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa. A experiência pessoal 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 daqueles. Daí porque o homem presume, apoiado na observação daquilo que ordinariamente acontece. 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 um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto. Em direito, as presunções são estabelecidas pelo legislador em suas normas gerais ou pelos juízes e tribunais, em suas decisões ou jurisprudência. Lá têm-se as presunções legais (legis) e aqui, judiciais (hominis)*¹⁴.

¹³ MONTERO AROCA, 2002: 180-181, MONTERO AROCA, 2006: 113-114. E o autor adiciona: “Apesar do que vulgarmente se possa entender por presunção, em sentido jurídico estrito, esta consiste em um raciocínio em virtude do qual, partindo de um fato que se dá por existente (no processo, que está provado), chega-se à consequência da existência de outro fato, que é a hipótese fática de uma norma, atendido o nexo lógico existente entre os dois fatos. Esse conceito se deduz facilmente da regulação das presunções que está contida agora nos artigos 385 e 386 da Ley de Enjuiciamiento Civil, havendo-se derogado os artigos 1249 e 1253 do Código Civil”. T.L. Acompanham MONTERO AROCA: SERRA DOMÍNGUEZ, 1963: 28-ss; SANCHÉZ PINO, 1995: 46; OLIVA SANTOS Y DIÉZ PICAZO JIMÉNEZ, 2004, tomo II, 374; CLIMENT DURÁN, 2005: 873; ÁLVAREZ SANCHÉZ MOVELLÁN, 2007: 9.

¹⁴ DINAMARCO, 2002: 114.

Assim, a carta enviada e a carta recebida; o desaparecimento de um soldado em campanha e a sua morte; a falta de notícias de um ente querido por uma quantidade certa de anos e a sua morte; o casamento com a mãe e a relação de parentesco com a criança a qual ela deu a luz; a relação sexual com menor de catorze anos e o estupro; o vestígio de pólvora e a comissão do homicídio etc. – todos esses pares de fatos são apresentados pela abordagem tradicional como exemplos de pares de fatos básicos e fatos a serem presumidos, respectivamente, com independência de se presentes em presunções estabelecidas em regras ou presunções formuladas pelo raciocínio do julgador. Nas situações em que, a despeito da ausência de respostas, pesa sobre o direito a necessidade de colocar um ponto final nas incertezas e na instabilidade da vida social, as presunções confirmar-se-iam como ferramentas sumamente úteis.

Então, onde a atividade probatória não seja suficiente, ou não seja possível, para confirmar fatos juridicamente relevantes¹⁵, as presunções demonstram seu valor prático pois representam um critério residual de os determinar. Dizem os professores que, seja por provas, seja por presunções, a decisão judicial sobre os fatos será tomada de modo a que possa concluir a aplicação do direito ao caso individual. Uma coisa é a determinação dos fatos por provas, outra coisa a determinação dos fatos por presunção¹⁶. Trata-se de um modo de determinar a ocorrência do fato juridicamente relevante alternativo à determinação por sua prova direta: prova-se um fato do qual se possa inferir a ocorrência dele.

Feito o ponto sobre a conveniência desse tipo de ferramenta, a abordagem tradicional rumo à apresentação de sua tipologia. Os processualistas – como os aqui já citados – passam a explicar, de forma nada problemática, a existência de presunções legais e judiciais, de presunções relativas e absolutas; cada par expressando classificações que depois, entre si,

¹⁵ Aqueles fatos dispostos na parte antecedente da norma que no caso individual se pede a aplicação.

¹⁶ É certo que o fato básico que integra a estrutura da presunção necessita ser provado, mas, quando os processualistas afirmam que a presunção consiste numa forma de determinação fática distinta – que não se confunde com a determinação por provas, o que querem salientar é que o fato juridicamente relevante teve a sua ocorrência fixada mesmo sem que tenha sido diretamente objeto de prova.

podem ser entrecruzadas, sobrepostas, combinadas. Passemos por cada uma delas em separado¹⁷.

1.1.1. Presunção Legal vs. Presunção judicial

Quanto à fonte, os processualistas explicam que as presunções, ou são postas pelos legisladores e assumem a forma de regras, ou são formuladas pelos juízes quando buscam a solução de cada caso individual e assumem a forma de raciocínio. As primeiras são identificadas como *presunções legais*, enquanto que as segundas são as *presunções judiciais* (também chamadas de presunções simples).

Entre os espanhóis, MONTERO AROCA afirma que em *todas* as presunções, seja qual for a classe dela, devem existir, *necessariamente*¹⁸, um fato básico, um fato presumido e um nexó lógico. O professor espanhol finaliza sua explicação afirmando que a estrutura da presunção é idêntica, a única diferença é que num caso a inferência é feita pelo legislador e no outro a inferência é feita pelo juiz. O mesmo é afirmado por MUÑOZ SABATÉ, para quem “[A] presunção legal é uma presunção cujo modelo inferencial desenha o legislador, o qual, partindo de uma máxima de experiência integrada em sua própria cultura, proporciona ao juiz tanto o fato básico ou indício como a conclusão fática a qual dito indício conduz”¹⁹. Engrossando o time, de acordo com DEVIS ECHANDÍA:

*[A] presunção é um juízo lógico do legislador ou do juiz, em virtude do qual se considera como certo ou provável um fato (o segundo é presunção judicial ou do homem) com fundamento nas máximas gerais de experiência que le indicam qual é o modo normal como sucedem as coisas ou os fatos*²⁰.

¹⁷ Sobre a tipologia desenvolvida pela literatura processual de matriz continental, veja-se GAMA, 2013; GAMA, 2016.

¹⁸ Grifei.

¹⁹ MUÑOZ SABATÉ, 2001:155. T.L.

²⁰ T.L. A unificação da regra e do raciocínio sob um mesmo conceito também é a estratégia de DEVIS ECHANDÍA, 1976: 694: “A presunção supõe essa operação intelectual que, partindo de um caso que se tem como certo, fixa a existência de outro fato, tendo em conta o nexó que une a ambos”, bem como de CARRERAS, 1962: As presunções são juízos de probabilidade de uns fatos verificados indistintamente pelo legislador ou pelo órgão jurisdicional”. T.L. Assim, trata-se de afirmar que sejam judiciais, sejam legislativas, há a correlação

E, com outras palavras, DE LA OLIVA diz o mesmo:

A presunção judicial ou presunção hominis apenas se diferencia da presunção legal iuris tantum (ou que admite prova contrária) em dois pontos: 1º) no enlace preciso y directo que não lhe reconhece, explícita ou implicitamente, um preceito legal, senão que lhe reconhece o tribunal; ou, em outros termos, há enlaces precisos e diretos típicos e tipificados (os das presunções legais) e outros não tipificados. Ambos hão de fundar-se em “regras de critério humano”, isto é, em máximas de experiência, que, como se disse, fundamentam o juízo de probabilidade qualificada de concorrência de um fato quando se dá outro. 2º) enquanto o litigante acolhido por uma presunção legal somente tem de provar o fato básico ou indício, o litigante que pretenda fazer valer uma presunção não-contemplada na lei tem de atuar em duas direções: a) provar o fato básico ou indício (salvo que já esteja reconhecido como certo por todos os litigantes aos quais possa prejudicar), b) convencer ao tribunal da existência de um enlace preciso e direto entre o fato provado ou admitido ou reconhecido e o fato que se pretende que se fixe formalmente como certo a título de presumido. Esta segunda atividade é desnecessária e carente de sentido quando a presunção é legal: o enlace é estabelecido pela lei. Tratando-se de presunções judiciais, o enlace há que ser alegado e, salvo que a outra parte e o tribunal o admitam, haverá que se levar a cabo uma atividade probatória sobre as máximas de experiência (“as regras de critério humano”) em que o enlace se pretenda fundado²¹.

Sobre isso, creio que seria adequado um questionamento quanto à possibilidade de que estejamos efetivamente diante da realização de uma inferência nas hipóteses de presunção legal: se, como reconhecem esses processualistas, já se encontram fixados tanto o fato básico como o fato presumido, onde exatamente estaria o raciocínio lógico do julgador quanto aos fatos? Quando fixa-se de antemão não apenas o assunto, mas até mesmo a conclusão – o fato ao qual o juiz está obrigado a presumir verdadeiro – é razoável afirmar que se está diante de um raciocínio? É possível dizer que a diferença residiria *apenas* na circunstância de que o modelo inferencial a ser empregado pelo juiz no caso individual já empiricamente fundamentada entre duas classes de fatos. Se para MONTERO AROCA (2002:128) e ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN (2007:10) elas expressam raciocínios (dos juizes ou dos legisladores), para PALLARES (1983: 419) são *inferências*, para SÁNCHEZ PINO (1995:23) são “processos mentais”, enquanto que para GARBERÍ LLOBREGAT E BUITRÓN RAMÍREZ (2004: 529) são “operações lógicas”.

²¹ DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, VEGAS TORRES, BANACLOCHE PALAO, 2001: 649. T.L.

tenha sido previamente desenhado pelo legislador? Dito de outro modo, há raciocínio sobre fatos quando não existe liberdade para se concluir diferente do que o que já foi predeterminado pela regra²²?

Não acho que seja uma boa estratégia de compreensão sobre como as presunções funcionam no direito desprezar a diferença entre (i) ter de cumprir o comportamento que a regra prescreve, de incorporar uma proposição fática (referente ao fato presumido) como premissa menor do raciocínio decisório e (ii) poder aplicar “máximas de experiência” que estimar pertinente ao caso individual. Voltarei com mais vagar a essa objeção. Por ora, cumpre salientar que a valorização da estrutura de fato básico/fato a ser presumido foi a estratégia dogmática vencedora. Entenderam que era mais relevante mais valorizar os componentes fato básico/fato presumido e menos importante produzir uma teoria que desse conta da especificidade de que apenas as presunções designadas como legais realmente estabelecem uma prescrição para o julgador quando dispõem a regra que “diante da prova de *P*, *Q* deverá ser presumido”.

Entre os brasileiros, a história se repete. AMARAL SANTOS diz que “[C]onforme resultem do raciocínio do juiz, que as estabelece, ou do legislador, que as consagra num preceito legal, as presunções se dizem simples ou legais”²³. Do mesmo modo, ao introduzirem o item sobre presunções legais relativas, MARINONI e ARENHART afirmam que os mesmos princípios estudados para entender as presunções judiciais “não recebem alteração substancial quando se passa do estudo das presunções judiciais para o das presunções legais”, pois “a variação essencial que se verifica está em que a formação do silogismo racional indutivo não é feita pelo juiz da causa, mas sim pelo legislador”²⁴. Nesse ponto, é preciso salientar que MARINONI E ARENHART pelo menos não chegam a afirmar que o modelo inferencial é previamente estabelecido. Pois, a única forma de se salvar a explicação de que ambas as espécies de presunção contariam com uma inferência que vai do fato básico ao fato

²² Daí que, para ANDRIOLI (1966: 766), a definição tradicional tem um apenas um “caráter formal” pois se limita a delinear uma relação entre fato conhecido e fato desconhecido, reproduzindo a estrutura de um raciocínio probatório que vai dos fatos probatórios aos fatos a se provar. A reprodução da estrutura não necessariamente fundamenta-se num dado empírico que relaciona as classes de fatos que foram institucionalizadas pela regra.

²³ AMARAL SANTOS, 2011: 540.

²⁴ MARINONI; ARENHART, 2009: 142.

presumido, é reconhecer que, no caso da presunção legal, a própria inferência foi previamente realizada pelo legislador que, com base nela, formulou a regra. Mas não há *na regra* qualquer estabelecimento de modelo inferencial a ser usado pelo juiz quando aplica uma presunção legal a casos individuais.

GRECO FILHO também está no grupo dos que reforçam o discurso de uniformidade entre as presunções judiciais e legislativas. Ele, aliás, faz afirmações mais fortes: “Ela [a presunção judicial] atua de forma *idêntica* às presunções legais: de um fato conhecido que sozinho não tem consequências jurídicas de interesse, chega-se a um fato desconhecido, relevante para o processo, sendo o seu efeito a dispensa do ônus da prova de quem a tem a seu favor”²⁵. Essa estratégia explicativa pode ser remontada aos ensinamentos de CARNELUTTI; nele já era possível encontrar a defesa de que regra e raciocínio seriam uma mesma coisa quando se tratasse de presunção: a mínima diferença é que no caso das presunções legais as máximas de experiência estão fixadas em regras jurídicas²⁶. Ou seja, tanto GRECO FILHO quanto CARNELUTTI entendem que nas presunções as máximas de experiência encontram-se previamente fixadas pelo legislador, daí extraindo-se a obrigação de tomar um fato não provado como verdadeiro (porque se *P* ocorreu, provavelmente *Q* também ocorreu). Nas presunções judiciais, esse juízo de normalidade entre a ocorrência entre dois fatos – um como causa do outro – é realizado pelo juiz; é o juiz quem discricionariamente escolhe a máxima que entende pertinente ao caso que tem sob exame. Esse aspecto de discricionariedade na escolha da regularidade fática pertinente à determinação dos fatos do caso individual aparece como algo menor nos desenvolvimentos teóricos processuais mais tradicionais. A hipótese do flagrante presumido (ou ficto) contemplada pela sistemática processual penal brasileira serve de exemplo da discricionariedade do julgador na interpretação dos fatos provados como fortes o bastante para justificar a inferência de que se há realizado um crime:

Não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzem um veemente indício da autoria ou participação no crime. (...) Para a configuração da flagrância presumida nada mais se exige do que estar o

²⁵ GRECO FILHO, 2003.

²⁶ CARNELUTTI, 1947.

*presumível delinqüente na posse de coisas que indicam ser ele o autor do delito acabado de cometer*²⁷.

Em item futuro (4.5.1), veremos ser possível apontar fortes razões para que não se despreze a distinção entre esses dois cenários de decisão; quais sejam, de decisão por obediência à regra posta e de decisão por discricionariedade quanto à regularidade fática a ser integrada de modo a determinar os fatos do caso individual.

A isso, ainda é preciso atentar para o fato de que o conceito de máxima de experiência conta ele mesmo com certa obscuridade. Por sua vez, isso faz com que não seja candidato para produzir um maior grau de compreensão das presunções. Quem quer que se interesse em produzir mais compreensão à temática das presunções não encontrará auxílio tão problemático quanto o de máxima de experiência²⁸.

1.1.2. Presunção Relativa vs. Presunção Absoluta

Após serem classificadas entre regras estabelecidas pelo legislador e raciocínios individualmente formulados pelo julgador como espécies de um mesmo gênero comum a partir do reforço de – supostos – elementos comuns a ambas, as presunções foram organizadas entre as que admitem a produção de provas contrárias e as que proíbem. A impossibilidade em questão refere-se à produção de provas que visem confirmar ser falsa a proposição fática referente ao fato presumido. As primeiras são identificadas como *presunções relativas*, enquanto que as segundas são identificadas como *presunções absolutas* ou *conclusivas*. Uma vez que o fato básico tenha a sua ocorrência determinada, o adversário da presunção relativa pode dedicar seus esforços a contrastar o fato a ser presumido. A produção de prova que consiga confirmar que o fato a ser presumido não ocorreu afasta a aplicação da presunção relativa. De forma oposta, na hipótese em que se trate de uma

²⁷ MIRABETE, J.F, 2002: 745. Ainda sobre estupro presumido, tal como Mirabete, vale mencionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (daqui em diante, STJ): “Prisão em flagrante – flagrante presumido – Caracterização – Agentes encontrados algumas horas depois do crime em circunstâncias suspeitas, aptas a autorizar a presunção de serem os autores do delito por estarem na posse do automóvel e dos objetos da vítima, além do fato de tentarem fugir, ao perceberem a presença da viatura policial – Expressão “logo após” do art. 302, IV, do CPP, que permite interpretação elástica, havendo margem na apreciação do elemento cronológico, que pode inclusive estender-se do repouso noturno até o dia seguinte, se for o caso (...) (RT 771/555)”.

²⁸ As objeções ao conceito de máxima de experiência serão tratadas no item (2.2.5).

presunção absoluta, havendo-se determinado o fato básico, não há nada mais que o adversário da presunção possa fazer para afastar a aplicação da regra ao seu caso.

Retomando um os pares de fato básico e fatos a ser presumidos há pouco citado como exemplos, a *morte* a partir do *desaparecimento* do soldado em campanha apenas ajudará a resolver o caso individual na hipótese em que não haja provas de que o soldado esteja vivo. Não bastará provar o fato básico para que a presunção de morte entre a atuar, sendo também necessário que inexistam provas de que o soldado esteja vivo. Em hipóteses de presunção relativa, há uma ordem de preferência em razão da qual as proposições fáticas estabelecidas via atividade probatória ganham quando comparadas às proposições fáticas estabelecidas por presunções.

Algo diferente ocorre quando se trata de uma presunção absoluta, já que, uma vez determinada a ocorrência do fato básico, o legislador chega a descartar por completo qualquer possibilidade de que haja atividade probatória que tenha como objetivo confirmar que o fato a ser presumido efetivamente não ocorreu. A proposição fática presumida é preferida frente a uma proposição fática advinda de atividade probatória quanto a fato distinto ao que se quer presumir. Essa forma de explicar a estratégia apresentada sob a etiqueta de *presunção absoluta* pode ser ilustrada a partir da *presunção de estupro*; regra essa que integrava o sistemas jurídico brasileiro até o ano de 2009. De acordo com ela, determinado o fato “relação sexual com mulher menor de catorze anos”, deveria o juiz presumir a “violência do ato” sem abrir espaço à produção de prova que visasse contrariar a hipótese de que o ato fora realizado sem consentimento da vítima. Trata-se de um expediente que elimina do campo dos fatos a serem discutidos o elemento do consentimento; da violência.

Ademais, ao tratar da impossibilidade de provas contrárias, os professores de processo sublinham que essa impossibilidade apenas acomete os esforços probatórios que queiram atacar o fato presumido e não atingem esforços probatórios que se destinem a combater o fato básico. Logo, considerando o exemplo do estupro presumido, à defesa que pretende decisão absolutória convirá produzir provas que ataquem o fato de que haja sido consumada qualquer relação sexual com menor de catorze anos (daí ser um argumento frequente o da aparência da vítima, de que já apresenta traços físicos e comportamentais de mulheres com idade superior

aos catorze anos), mas estará impedida de produzir atividade probatória que objetive provar que a suposta vítima consentiu na prática da relação sexual.

Exemplos como esse são usados pelos estudiosos que querem deixar claro que o principal efeito de uma presunção absoluta está na restrição quanto aos fatos que podem ser discutidos judicialmente. Trata-se de argumentar que a presunção de estupro retira da esfera do discutível o fato *consentimento*, pois, da prova da relação sexual não há possibilidade de que a defesa receba autorização para proceder à atividade probatória que busque provar que houve prévia anuência da vítima. A regra foi criada precisamente com o fim de expressar o entendimento segundo o qual não é relevante a discussão sobre a concordância da vítima, pois ela sequer teria idade, à data do fato, para dar o seu consentimento. Adultos consentem, menores de catorze anos podem emitir frases, mas em nenhuma hipótese, seu *sim* pode ser confundido com o *consentimento* enquanto ato jurídico²⁹.

Em pontos subsequentes, vou apresentar uma objeção à compreensão de que regras como a de “presunção de estupro” sejam compreendidas mediante essa chave conceitual. Em primeiro lugar, a técnica da presunção absoluta fomenta a interpretação segundo a qual supostamente haveria um fato juridicamente relevante cuja prova é proibida pela regra, o que, de certo modo, seria um contrassenso. A regra cercearia o direito de defesa da parte prejudicada e o fato sobre o qual ela não pôde oferecer defesa será considerado verdadeiro. Daí é possível entender porque BARBOSA MOREIRA tenha chegado a afirmar que as presunções absolutas têm o efeito não apenas de dispensar a prova, pois o que elas fazem é “dispensar o próprio fato”³⁰. Não é que proibam a prova de um fato juridicamente relevante, senão que as

²⁹ Habeas Corpus 74286, Supremo Tribunal Federal (deste momento em seguida, STF). Ministro SYDNEY SANCHES, 1996: “A falta de consentimento válido é a essencial circunstância que confere ao artigo 224, a presunção *jure et de jure*, buscada para ter-se como real, a violência presumida. Não há conceber que menores de 14 anos, a quem não se permite a validade de atos jurídicos tenha consciência plena para validar com o seu consentimento o ato em comento. É justamente a impossibilidade do menor compreender em toda a sua extensão o ato praticado, que afasta o consentimento válido. Falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Não pode falar-se, portanto, em consentimento pleno e livre, a consequência é a violência presumida”.

³⁰ BARBOSA MOREIRA, 1988: 63-64. “[A] circunstância de não aproveitar ao eventual interessado qualquer iniciativa tendente à demonstração de que o fato presumido não ocorreu, longe de representar simples limitação à atividade instrutória, constitui afinal mero corolário lógico e inexorável de uma premissa latente, a saber: a de que o fato presumido é um fato sem relevância jurídica. Há, no fundo uma equiparação da eficácia: a lei

regras identificadas como *presunções absolutas* são elaboradas pela autoridade normativa justamente com a finalidade de eliminar um fato do raio de alcance do que seja juridicamente relevante. Poderíamos nos perguntar se não existiriam outras formas de se produzir o mesmo efeito da exclusão de determinados fatos do campo do juridicamente relevante – e, portanto, discutível – sem produzir, contudo, a sensação de que se nega o direito de defesa ao acusado. Em segundo lugar, se aceitamos a proposta de conectar o conceito jurídico de presunção a um compromisso epistêmico, vemo-nos diante da considerável dificuldade de reconhecer como uma espécie de presunção uma regra que proíbe a prova contrária. Como conciliar o propósito epistêmico uma hipótese conceitual cuja função é ter por verdadeiro algo não provado e contra o qual sequer será admitida prova contrária, ainda que ela seja possível à parte prejudicada? Por ora, ocupo-me de descrever o tratamento tradicional, sem deixar de pontuar os futuros desenvolvimentos dessa tese.

Ato seguido à explicação do que significam as classificações das presunções quanto à fonte e quanto à admissão de prova contrária, a estratégia tradicional procedeu à combinação das duas. Dessa feita, a dogmática processualista dedica seus esforços: por um lado, a explicar que as presunções estabelecidas pelo legislador – as presunções-regra – subdividem-se em presunções relativas e absolutas e, assim, englobam regras que apresentam a possibilidade de prova contrária bem como regras que de plano as descartam; por outro lado, a explicar que as presunções formuladas pelo julgador no contexto específico dos casos individuais – presunções-raciocínio – sempre são relativas e, neste passo, caracterizam-se pela abertura de produção de provas contrárias à parte que por ela será prejudicada. Em decorrência de tal estratégia sistematizadora, os sistemas jurídicos destacam três tipos de presunção:

- (a) *Presunções legais relativas;*
- (b) *Presunções legais absolutas;*
- (c) *Presunções judiciais relativas.*

imprime ao esquema a+b a mesma eficácia que teria o esquema a+b+c ou a+b+c+d e assim por diante. Numa palavra: atribui efeitos iguais a diferentes esquemas de fato”. Acompanha-o nesse entendimento MARINONI; ARENHART, 2009: 146: “A ligação lógica entre os fatos (indício e fato principal) é despicienda e irrelevante. Para a validade da presunção imposta pela lei, nenhuma outra indagação é permitida ao juiz, nem a de questionar as premissas em que se embasa a presunção, nem mesmo a de verificar se, no caso concreto, permanece válida a suposição do legislador”.

1.2. As “máximas de experiência” e uma estrutura comum

Em comum, segundo o discurso tradicional, todas as presunções – quer legais, quer judiciais; quer relativas, quer absolutas – apresentariam um elemento responsável pela ligação entre o fato básico e o fato a ser presumido. Essa ligação consistiria numa regularidade empírica que, no contexto jurídico, teve a sua maior difusão através da locução técnica *máxima de experiência*. Elas representariam a integração ao contexto jurídico de juízos de normalidade, de probabilidade e, em alguma medida, também de leis universais cujo conhecimento foi vulgarizado pelo avanço das ciências (como a lei que descreve a relação entre se ferver água a 100 graus célsius e seu estado subsequente de evaporação)³¹.

Assim, o direito, por meio da técnica das presunções, buscaria sempre fazer com que a decisão sobre os fatos refletisse a realidade extrajurídica. Segundo os processualistas, trata-se de fazer com que a verdade determinada dentro do processo possa aproximar-se ao máximo à *verdade material*. Sobre o tema das *máximas de experiência*, destaca-se o dito por STEIN em obra já reconhecida como um clássico sobre os limites ao conhecimento privado do julgador. De acordo com ele, as máximas são “definições, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que pretendem ter validade para além desses casos”³².

³¹ As leis científicas aparecem como fundamentos de máxima de experiência nos quais o julgador contará com maior justificação da presunção formulada, pois, da ocorrência de um fato básico pode-se extrair com segurança a ocorrência do fato presumido. É o que entende TONINI, 2002: 56: “[As leis científicas] têm a característica da generalidade, da experimentação e do controle, diversamente do que acontece com as regras da experiência comum. São gerais no sentido de que não admitem exceções. São passíveis de experimentação porque o fenômeno científico deve ser transportado à reconstituição mensurável quantitativamente, pois são obviamente passíveis de repetição e controláveis pelos cientistas por meio de processos que verificam a medida dos fenômenos e a validade das leis”. T.L. Repare que essa forma de compreender os dados e informações advindos do contexto científico atribui a eles um grau de certeza que, desde o reconhecimento da revisabilidade constante dos conhecimentos científicos, mostra-se questionável. É possível que os cientistas se equivoquem e que produzam proposições fáticas gerais que, depois, com o desenvolvimento de outros métodos de investigação, finalmente sejam comprovados falsos. A simples circunstância de que uma máxima de experiência encontre fundamento num juízo de generalização produzido em contexto científico não garante uma passagem necessária entre o fato básico e o fato a ser presumido. Aprofundarei as críticas à aplicação e serventia do conceito de “máximas de experiência” no capítulo seguinte. Por ora, ocupo-me de descrever os desenvolvimentos dogmáticos sobre o conceito.

³² STEIN, 1893 (1990): 22.

No que se refere às chamadas presunções judiciais, significa dizer que a regularidade empírica observada entre as categorias de fatos P e Q forma parte do esquema de crenças do julgador e, nos casos em que ele detecta que versam a respeito de fatos subsumíveis a essas categorias gerais, cabe a ele inferir q a partir de p . Para toda máxima “Se P ocorre, Q normalmente ocorre”, o fato identificado como fato básico pelo julgador seria subsumível à P , portanto, seria p (uma instanciação). Em consequência disso, o julgador estaria autorizado a concluir pela ocorrência do fato presumido, o qual seria subsumido à categoria fática Q presente na máxima, portanto, q (uma instanciação). Muito embora os sistemas jurídicos continentais possam fazer alusão à formulação de presunções simples criadas pelo julgador quando da resolução de cada caso individual, não se pode dizer que exista qualquer previa interferência legislativa na formulação de presunções judiciais específicas³³: é o julgador quem decide por integrar certa máxima de experiência ao seu raciocínio sobre fatos para concluir, a partir de um fato já determinado, pela ocorrência do fato não diretamente provado mas que condiciona a aplicação da norma que se pede³⁴.

Justamente em função dessa discricionariedade é que os processualistas atentam para o cuidado redobrado diante de integração de regularidades empíricas em nome das quais infere-se a ocorrência de uns fatos a partir de outros. A qualidade da máxima de experiência é uma preocupação recorrente do jurista ao tratar da formulação das presunções judiciais. Assim, considerando a regularidade empírica entre P e Q , há duas observações importantes que servem para colocar em cheque uma presunção judicial: (a) Que P não seja suficiente para demonstrar Q (ou seja, existe uma relação de *associação* entre as categorias de fato P e Q , mas não há causalidade, de modo que, mesmo que se prove a ocorrência de P , pode muito bem ser que a ocorrência de Q não tenha se seguido à ocorrência de P); (b) Mas, mesmo

³³MARINONI; ARENHART, 2009: 138.

³⁴MARINONI; ARENHART, 2009:139: “O conhecimento do fato probando resulta de uma inferência lógica, formulada pelo magistrado a quem é submetida a causa, a partir do conhecimento de outro prova – que se prova nos autos – ao qual, normalmente, a ocorrência do fato ignorado está ligada. Há, assim, um fato *secundário* (externo à causa de pedir, não pertencente ao material fático da demanda) provado e, diante da sua ocorrência, estrai-se a conseqüente existência (ou inexistência) do fato primário (pertencente à causa de pedir), em que se tinha, efetivamente, interesse. Esse juízo é possível diante de um critério racional indutivo de normalidade ou probabilidade lógica da coexistência de ambos os fatos. Ou seja, tem-se, no cerne da figura, uma ideia de silogismo: ocorrendo o fato A, sempre deve ocorrer o fato B; verificada a ocorrência do fato A, então também ocorreu o fato B”.

supondo que a ocorrência de *P* seja suficiente para determinar a ocorrência de *Q* (isto é, sempre que *Q* ocorre, é porque antes ocorreu *P*), se *P* pode significar também *X*, *Y* e *Z*, a presunção judicial formulada com base nela pelo juiz pode ser questionada. Seria muito mais confiável uma presunção judicial formulada com base numa regularidade empírica mais forte; por exemplo, a que informa que “Sempre que *P* ocorre, *Q* também ocorre”, por meio da qual a determinação da ocorrência de *p* no caso individual serviria à segura conclusão de que *q* também ocorreu. MARINONI e ARENHART estão entre os autores que atentam para a debilidade das presunções judiciais que se fundamentam em regularidades empíricas não-universais:

[R]eleva ponderar que o valor da presunção assenta-se na sua capacidade de satisfazer os seus aspectos intensivo e extensivo. O critério extensivo pergunta se a presunção é apta para demonstrar a totalidade do fato probando (isto é, o fato principal que se quer provar). Para o critério intensivo importa saber se do fato indiciário pode decorrer outro fato que não o que se pretende provar. Sucede, então, que a demonstração, pela parte contrária, de que o indício não cobre a totalidade do fato probando, ou ainda de que do fato secundário podem advir outros fatos que não apenas o fato principal, é elemento suficiente para abalar a credibilidade de presunção formada – e quanto mais forte se torna essa demonstração, menos razoável se apresenta a presunção³⁵.

Em razão da questionabilidade das máximas de experiência que podem servir de fundamento às presunções judiciais, não raro se sinaliza a conveniência de que as presunções judiciais se somem; isto é, de que existam diversos fatos provados que funcionem como fatos básicos dos quais o julgador infira a ocorrência do fato a ser presumido³⁶. Considerando as

³⁵ MARINONI; ARENHART, 2009:141.

³⁶ Sobre a conveniência de que o juiz possa contar com mais de uma presunção judicial que aponte para a conclusão do mesmo fato juridicamente relevante, ver MARINONI; ARENHART, 2009: 141-142: “Quando uma presunção pode colaborar para demonstrar o fato direto, ela evidentemente pode ser somada a outra presunção para formar um juízo de procedência, embora seja necessário deixar claro que, para a elaboração desse juízo de procedência, não é imprescindível somar várias presunções. Uma única presunção, dependendo do caso concreto, pode ser suficiente para formar a convicção do juiz a respeito da procedência do pedido. Entretanto, ao existir apenas uma presunção, essa deve ser capaz de formar um juízo de procedência que possa ser plenamente justificável. Em outros termos, é possível dizer que, tratando-se de apenas uma presunção, o juiz deve valorá-la com extremo rigor”.

máximas (a) “Se P ocorre, então Q normalmente ocorre”; (b) “Se G ocorre, então provavelmente Q ocorre”; (c) “Na maioria das vezes em que A ocorre, Q também ocorre”, imagine-se que num caso individual o juiz formulasse três presunções distintas com base em cada uma delas, pois foram provados fatos que são instâncias individuais de P (isto é, provado p), de G (isto é, provado g) e de A (isto é, provado a). Nessa linha argumentativa, valoriza-se a pluralidade de presunções judiciais como estratégia compensatória da debilidade de cada uma delas em separado. Como as máximas de experiência que funcionam como elo de ligação entre o fato básico (indício), P , e o fato a ser presumido, Q , não garantem dedutivamente que no caso concreto uma instanciamento de Q (portanto, q) tenha ocorrido em razão da comprovação de instância de P (portanto, p), a possibilidade de somar presunções que conduzam à mesma conclusão fática aumenta o grau de justificação dessa decisão judicial. Salienta-se, com isso, que se trata de incluir no raciocínio judicial regularidades empíricas que não expressam generalizações universais, mas que, somadas umas às outras, aumentam a credibilidade da conclusão. Isso acontece porque a hipótese contrária à conclusão de que q ocorreu também deve oferecer uma reconstrução que ao mesmo tempo que explique a ocorrência de p , g e a , seja persuasiva quanto à inoocorrência de q . No entanto, a ocorrência seguida de q é mais provável do que a mera coincidência das ocorrências somadas de p , g e a , uma vez que o raciocínio ampara-se em máximas as quais justamente informam que essas ocorrências costumam se seguir umas às outras; de fatos da categoria P a fatos da categoria Q ; de fatos da categoria G a fatos da categoria Q ; de fatos da categoria A a fatos da categoria Q . Quanto mais máximas que levem a Q possam ser integradas ao raciocínio, mais fragilizada se torna a hipótese contrária à presunção judicial.

Por outro lado, quando a hipótese é de aplicação de presunção legal, a tradicional afirmação de que elas contêm máximas de experiência conduz a explicação ao esquema de crenças do legislador (e não do juiz); às regularidades empíricas que, a partir da perspectiva valorativa do legislador, merecem especial atenção. Assim, existem regularidades empíricas consideradas pelo legislador como juridicamente relevantes. Com isso em mente, resolvem formular disposições jurídicas nelas fundamentadas. Como exemplos de máximas de experiência transformadas em presunções legais, é possível indicar a presunção de morte de um ente querido do qual não se tem notícias há muito tempo – suponhamos, há mais de 20 anos. De olho na instabilidade social que situações como essa são capazes de criar, o legislador estabelece uma regra que ordena o julgador a tomar como certa a morte sempre e

quando haja prova da passagem do lapso temporal sem notícias. Supondo que a lei fale no desaparecimento por período igual ou superior a dez anos, durante os quais não se tem notícias de seu paradeiro; provado no caso individual o desaparecimento de cerca de 20 anos, o juiz tem de obedecer a prescrição de presumir a morte, considerando-a, pois como fato verdadeiro.

Ora, nessas hipóteses, o direito parece integrar, por meio de uma presunção legal, uma máxima segundo a qual “As pessoas desaparecidas por tanto tempo normalmente estão mortas”. Um raciocínio fático realizável não apenas por juízes, senão que também pelos demais sujeitos pertencentes a uma comunidade, ganha representação numa regra a qual estabelece uma presunção de morte. Dessa forma, segundo um discurso processualista tradicional³⁷, toda presunção constitui-se por uma máxima, por uma regra de experiência que busca fazer que o processo judicial reflita a realidade objetiva. Esse é o elemento que garante a ponte entre a ocorrência do fato básico e a ocorrência do fato que não foi objeto de prova direta. Nas presunções judiciais, a inferência que vai de fato básico a um fato a ser presumido é elaborado pelo juiz; no caso das presunções legais, essa conexão entre o fato básico e o fato presumido é predeterminada pelo legislador.

De tudo o que até agora ocupei-me em descrever, podemos ver que o discurso do jurista tradicional culmina com a unificação das presunções a uma estrutura que reúne necessariamente três elementos: o fato básico (ou fato secundário, ou indício), o fato a ser presumido (ou fato principal) e a ligação fornecida por uma máxima de experiência. Nas hipóteses legais, a regra de experiência empresta fundamento à regra de presunção formulada pelo legislador, enquanto que nas hipóteses judiciais, a regra de experiência é a ligação do raciocínio que o julgador empreende em direção à conclusão de um fato que não foi objeto de prova direta.

Aliás, especificamente a respeito das presunções judiciais, merece destaque a considerável proximidade das teorizações desenvolvidas para elas e para as chamadas provas indiretas. De acordo com CARNELUTTI, provas diretas ou imediatas são as que fazem cair à vista do juiz o mesmo fato a provar (isto é, o fato principal), em contrapartida, trata-se de

³⁷Para inúmeros exemplos da dogmática processual que trata de afirmar esses elementos como necessários à presunção jurídica no atual estado de coisas, ver notas 1 e 16.

prova mediata ou indireta quando a prova tem por objeto um fato diverso do fato a provar (um fato secundário ou circunstancial)³⁸. Suscintamente, os estudos sobre as regras probatórias desenvolvidos pelos processualistas geralmente partem da explicação de que as provas diretas têm como objeto o fato principal (isto é, aquele fato presente na parte antecedente da norma) e as provas indiretas versam sobre fatos secundários (isto é, não contidos na norma que se pede aplicação, mas com elas possuem uma relação lógica e que acabam por ser úteis para a decisão sobre os fatos). Dessa distinção, concluem a favor de uma necessária hierarquia epistêmica das provas diretas, afirmando que serviriam para provar o fato principal com mais segurança do que as provas indiretas. As provas indiretas estariam inevitavelmente contaminadas pelo passo inferencial que leva o julgador do fato básico (secundário) ao fato a ser presumido (fato principal), e por isso, sempre seriam menos confiáveis.

Precisamente nesse sentido é que as presunções são identificadas como uma espécie de procedimento de prova indireta; dado que, é a partir da ausência de prova direta do fato principal que tornam possível a sua inferência a partir de um fato secundário; daquele que é logicamente útil. A conclusão a que frequentemente chegam é que a intermediação oferecida pelo fato secundário necessariamente apresentaria qualidade epistêmica inferior do que procedimentos probatórios cujo objeto fosse o próprio fato principal. É como pensa AMARAL SANTOS, pois afirma:

Enquanto na prova direta a conclusão objetiva é conseqüente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade maior do raciocínio, na indireta o raciocínio reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim, trabalhos indutivos maiores ou menores, para se atingir a verdade relativa ao fato probando³⁹.

Em momento mais oportuno, voltarei a possíveis assimilações e objeções às teorizações sobre a distinção entre prova direta e indireta; em que medida essa dicotomia se sustenta e em que medida merece ser rechaçada pelos operadores e teóricos do direito⁴⁰.

³⁸ CARNELUTTI, 1947: 54; CARNELUTTI, 1950: 96.

³⁹ AMARAL SANTOS, 2011: 374.

⁴⁰ Entre as objeções a uma hierarquização das provas diretas e das provas indiretas, fruto de uma suposta

Agora é suficiente sinalizar que as teorizações sobre as provas indiretas se aproximam das teorizações oferecidas às presunções judiciais e as críticas direcionadas às primeiras conduziram à desqualificação cognitiva do raciocínio judicial conhecido por “raciocínio por presunção” ou “presunção judicial”.

1.3. As falsas presunções

O grande esforço sistematizador de todas essas espécies de presunção sob um suposto gênero comum viu-se, contudo, diante de um forte obstáculo. Se é verdade que todas as presunções possuem a estrutura composta por três elementos — respectivamente, fato básico, fato a ser presumido e regra de experiência —, o que dizer de hipóteses como a presunção de inocência ou de boa-fé contratual? Onde estará o fato básico da regra segundo a qual deve-se presumir a inocência do acusado ou a boa-fé do contratante até que se prove o contrário? Sobre a regra de boa-fé, MONTERO AROCA faz a denúncia (com a qual estou de acordo) de que “o que existe aqui [referindo-se a tal regra] não passa de uma norma que poderia ter sido enunciada desta maneira: quem afirma a má-fé de um possuidor tem de prová-la, com o que, de imediato se adverte que estamos em face de uma norma de ônus da prova”. Daí se entende a razão pela qual a dogmática processual preferiu tratar de regras como essa como “falsas presunções”⁴¹ ou “verdades interinas”. Foi necessário, pois, reconhecer-se que não há uma relação entre ser possuidor e ter boa-fé, senão que a deliberada vontade do legislador foi a de impor àquele que quer afirmar a má-fé de alguém o peso de ter de prová-la. Isto é: ainda que

diferença qualitativa entre elas, ver, entre outros, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007: 173: “Não existem fontes diretas de provas, no sentido de que nenhuma prova põe o juiz em contato direto com os fatos” T.L. ; GASCÓN ABELLÁN, 2004: 154, nota 6: “[A] partir de um ponto de vista epistemológico, não há uma distinção qualitativa entre as tradicionalmente chamadas provas diretas (ou históricas) e as provas indiretas. As provas diretas são também a partir do ponto de vista da sua estrutura lógica, provas indiretas, por presunção ou indiciárias, e, portanto, produzem tão-somente um resultado provável, por mais que esse grau de probabilidade possa ser maior, considerando o menor número de passos inferências que requerem”. T.L.

⁴¹ Essa parece ser a posição de MONTERO AROCA (2016, 114), quando, sobre as presunções legais afirma que “nestas presunções, o nexó lógico entre o indício e o fato presumido vem estabelecido pelo próprio legislador, se bem que diante da confusão terminológica das leis é preciso advertir que para que se trate de uma *verdadeira presunção* legal é necessária: 1) a existência de uma norma concreta que a estabeleça, 2) essa norma tem natureza processual, seja qual for o lugar em que se encontra, já que tem de se referir a um efeito probatório e 3) nela há de se prever *necessariamente dois fatos: o indício e o presumido*”. (grifei)

seja possível reconduzir-se ditas regras à estrutura comum a todas as presunções, isso implicaria em se reconhecer uma diferença insanável entre umas e outras: uma coisa é formular uma regra que pretenda integrar à determinação dos fatos no direito uma relação entre fatos que *já existe* fora do ambiente processual; outra coisa é correlacionar artificialmente fatos com vistas a produzir mais facilidade probatória a uma das partes em função de propósitos extrínsecos à maior aproximação da verdade. Regras como a da boa-fé encaixam-se nesta segunda descrição, enquanto que regras como a de presunção de morte subsumem-se à primeira descrição.

Assim, como veremos mais adiante, melhor seria simplesmente excluir de uma vez regras carentes de fato básico (essas que reconduzíveis à estrutura das presunções, mas que não refletem o mesmo tipo de preocupação), dado que esforço por encaixá-las na estrutura imposta como necessária às presunções não explica bem as diferenças probatórias que se mantêm para as partes interessadas, entre esse tipo de regras e as que sem sombra de dúvidas apresentam um fato básico. Dito de outro modo, não se trata apenas de uma diferença quanto à representação da estrutura lógica da regra e dos elementos que a compõem; senão que há regras identificadas como presunções que creio merecerem ser diferenciadas em razão de que estabelecem uma maior ou menor assimetria entre a parte que favorecem e o seu adversário: as presunções que efetivamente contam com um fato básico só entram a operar nos casos individuais em que a condição de confirmá-los haja sido satisfeita. Pois, muito embora se saiba que inexista exigência de que o fato básico seja confirmado por atividade probatória exclusiva da parte favorecida, certo é que o risco da falta de confirmação pesa exclusivamente sobre ela⁴².

⁴² Entre os tratamentos que a atividade probatória das partes já recebeu, venceu o entendimento segundo o qual um *ônus* se distingue de um *dever*, de maneira que a parte onerada a provar *escolhe* se deseja ou não realizar tal comportamento processual. Não incorre em ilícito se prefere permanecer inerte. Ou seja, sua atividade probatória responde a um juízo de conveniência; cabe a ela examinar os riscos relacionados à ausência/insuficiência probatória referente aos fatos que aproveitam seu pedido ou à resistência que ela apresenta ao pedido do outro. Sobre o ônus da prova como um *poder*, ver G.A. Micheli, 1942: 96-98: “[A] parte tem frente ao juiz o ônus de desenvolver uma determinada atividade se quer ver tomada em consideração pelo juiz a própria pretensão, mas isso não é mais do que um modo (figurado) para indicar o poder correspondente à parte de fazer valer o próprio interesse privado no modo e nos limites previstos pela lei processual. Não se trata, portanto, de um dever atenuado ou de uma faculdade agravada (se assim se pode dizer), isto é, não se trata de um conceito jurídico autônomo que tenha que se contrapor à obrigação, senão de um modo de ser de uma

Logo, as hipóteses em que o legislador condicionou a operacionalidade da presunção a um fato básico fazem pender sobre uma das partes o peso da inércia probatória. Por exemplo: a hipótese de presunção de morte em razão da ausência e da falta de paradeiro por tempo igual superior a uma quantidade X de anos tem como requisito necessário a sua aplicação a prova de que o sujeito encontra-se desaparecido por uma quantidade de anos igual ou superior ao exigido pela regra. Diferente disso, a presunção de inocência exonera o acusado do peso da iniciativa probatória. A regra é atuante em cada caso individual desde o início do processo e tem o efeito de eliminar qualquer peso probatório inicial da esfera de interesse do acusado; pode optar permanecer inerte até que o adversário produza alguma atividade probatória; ou mesmo até o fim do processo. É certo que o acusado interessado em contribuir ao máximo para aumentar as suas chances de absolvição apresentará impulso probatório com o objetivo de enfraquecer as provas produzidas pelo adversário, mas não incorre em descumprimento de um dever o acusado que tem uma postura mais passiva quanto à produção de provas que possam lhe favorecer. Dele se diria ser um acusado imprudente, mas a crítica não viria por não cumprir um comportamento juridicamente devido. Iluminar hipóteses como essas demonstram existir uma assimetria muito mais acentuada nas regras semelhantes à chamada presunção de inocência se as comparamos com as hipóteses semelhantes à presunção de morte. A função condicionante do fato básico só se apresenta em hipóteses como o segundo caso. Enquanto a presunção de morte só entra a atuar nos casos individuais em que o fato básico é confirmado (e a falta dessa confirmação pesa sobre o favorecido pela presunção), a presunção de inocência não possui qualquer fato básico cuja confirmação sirva a condicionar a sua entrada em cena (nada pesa sobre o favorecido pela presunção). Dito de outro modo, não há qualquer comportamento probatório que condicione a operacionalização da presunção à esfera de interesse do favorecido. Em função dessa destacável diferença, os juristas atribuíram às regras que não contêm um fato básico a nomenclatura de falsas presunções (ou presunções aparentes); pois elas carecem de um dos

facultas agendi, de um poder cujo exercício é necessário se o titular do mesmo quer alcançar um determinado efeito, podendo ser tanto a aceitação da herança quanto viabilizar que o juiz esteja em condição de se pronunciar sobre a controvérsia. O vínculo imposto deste modo à vontade do titular do poder indica, pois, uma necessidade prática de um agir, necessidade fundada, em verdade, sobre a liberdade reconhecida pela norma ao titular mesmo, bem diversa, por conseguinte, daquela imediata necessidade de observar o mandato da norma jurídica, em que consiste o dever, que precisa ser cumprido ou ter seu descumprimento sancionado”. T.L.

requisitos necessários para ser verdadeiras presunções⁴³.

1.4. Operatividade das presunções legais: seus efeitos para as partes e para o juiz

Nos itens anteriores, ocupei-me de descrever o tratamento oferecido pela dogmática processual à disciplina identificada como presunções. Apresentei a sistematização que o discurso tradicional produziu e que ganha sua máxima expressão na formulação de uma tipologia das presunções. Como toda tipologia, ela expressa a ênfase no que há em comum em todas as presunções e, com isso, deliberadamente deixa-se de prover destaque às diferenças que existem entre um tipo e outro. A partir de agora, tratarei de apresentar os distintos efeitos que se produzem pelas presunções legais e, no item seguinte, será a vez dos efeitos das presunções judiciais.

1.4.1. As presunções relativas com fato básico

Como vimos, as presunções relativas se caracterizam pela previsão de produção de prova contrária. São regras que ordenam o juiz a tomar como verdadeiro um fato não provado a partir da confirmação de um fato diverso, sempre e quando o cenário probatório de

⁴³ Sobre as presunções aparentes, ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2006: 139: “[A]s presunções aparentes ou verdades interinas supõem que a parte favorecida por elas não tem que provar o fato básico ou indício algum, senão que o fato presumido será considerado verdadeiro sem necessidade de que seja fixado qualquer fato básico. Isso produz um efeito distinto ao das presunções propriamente ditas, pois nestas a prova do indício resulta essencial para que a presunção possa ser aplicada, enquanto que nas presunções aparentes a parte que resulta beneficiada por ela fica totalmente exonerada da prova de qualquer fato relacionado com o fato presumido”. T.L. Ponho-me de acordo com FERNÁNDEZ LÓPEZ quanto à sua afirmação sobre a distinção de efeitos das presunções e das falsas presunções no que se refere à fase inicial da atividade probatória. O beneficiado de uma falsa presunção não tem que se preocupar com a prova de qualquer fato básico para que a presunção seja aplicável ao seu caso, ao passo que nas hipóteses de presunção *stricto sensu* sim seria, como salientou a autora, essencial a prova do fato básico. Contudo, FERNÁNDEZ LÓPEZ afirma que as falsas presunções confeririam ao beneficiado completa exoneração quanto à prova do fato presumido; diz a autora “a parte que resulta beneficiada por ela fica totalmente exonerada da prova de qualquer fato relacionado ao fato presumido” T.L. Creio que essa afirmação apenas se confirma no que respeita à iniciativa probatória (o beneficiado pode ficar inerte e ainda assim ver a aplicação da presunção), mas, se seu adversário assume o esforço probatório com vistas a satisfazer com suficiência a confirmação da sua hipótese fática, já não há exoneração. Pende contra o beneficiado pela presunção que tem interesse em ganhar o processo a necessidade de produzir prova que seja suficiente para fazer frente às provas que foram produzidas pelo adversário.

referência mostrar-se insuficiente. Trata-se de uma prescrição imposta ao julgador na hipótese de que subsista uma persistente incerteza fática. Se o fato básico foi determinado e se não há provas que, com suficiência, demonstrem a falsidade do fato a ser presumido, a aplicação da regra simplesmente não pode ser afastada. O juiz deverá ter um fato não provado como verdadeiro de maneira que os efeitos jurídicos conferidos pelo direito àquela categoria de fato sejam atribuídos ao caso que tem sob julgamento. Os efeitos jurídicos que se desprendem do fato morte, por exemplo, constantes nas regras sobre sucessões, serão reconhecidos pelo juiz como devidos aos casos individuais nos quais tenha aplicado a presunção de morte. Então, desde a perspectiva do juiz, a presunção é uma prescrição. Determinado o fato básico, nos casos em que inexistam provas que contrariem o fato a ser presumido, o juiz tem o dever de aplicar a regra para decidir o caso. Não determinado fato contrário ao fato a ser presumido, o juiz tem o dever de aplicar a regra para decidir o caso.

O discurso dos juristas dá mais atenção aos efeitos produzidos ante às partes. Ressaltam que a presunção relativa serve para mudar o tema de prova. A presunção de morte do desaparecido em situação de risco, por exemplo, faz com que seja o desaparecimento em situação de risco o fato objeto de esforço probatório da parte, e não a própria morte. A regra surge precisamente para remediar as situações em que o fato seja difícil de provar, evitando que a incerteza fática dos casos individuais chegue a estagnar a vida das pessoas. Então, as presunções relativas através da modificação do tema de prova, trocando a prova de um fato pela confirmação de outro, mais fácil⁴⁴. Desde a perspectiva do beneficiado, opera-se uma facilitação da atividade probatória a ser empreendida⁴⁵.

Já do ponto de vista do adversário da regra e que se preocupa com um desfecho positivo, impõe despendar esforços probatórios em duas direções; contra o fato básico e, se possível, também contra o fato a ser presumido. A presunção relativa intervm na atividade probatória das partes na medida em que adianta qual será a decisão do julgador nos casos em que não houver material probatório suficiente. É por isso que, segundo o discurso dos

⁴⁴ O legislador também pode se resolver por estabelecer uma presunção que aceite a prova de um fato mais fácil para remediar situações em que exigir a prova do fato principal chegasse a representar o que os juristas apelidaram de “prova diabólica”; de produção impossível ou excessivamente difícil WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO; MELLO, 2015: 373. Por exemplo, provar que “nunca realizou transfusão de sangue”, “que nunca esteve em contato com determinada pessoa”.

⁴⁵ CARNELUTTI, 1944: 547.

juristas, as presunções relativas se relacionam com o ônus da prova. São regras que especificam a sua distribuição da atividade probatória entre as partes, para além de uma regra geral que já cuide de determinar que incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do direito alegado, e, ao réu, os fatos impeditivos/modificativos/extintivos⁴⁶. São situações tratadas de modo especial pelo legislador. Para elas, não serve a forma geral como o ônus da prova é disciplinado, estabelecendo genericamente que aquele que alega tem o ônus de provar. Elas mereceram destaque; foram pinçadas, seja para enfatizar e repetir a regra geral considerando a especificidade dessas situações, seja para inverter a regra geral de ônus da prova dadas as circunstâncias.

Nesse ponto, há juristas que tomam o cuidado de não reduzir as presunções à mera estratégia de inversão de ônus da prova⁴⁷. Se se toma por inversão do ônus uma distribuição da atividade probatória que seja diferente da determinada pela regra geral (autor tem o ônus de provar fato constitutivo do direito e réu de fato modificativo, impeditivo ou extintivo), tanto é possível que as presunções sejam formuladas como o objetivo de inverter o ônus, determinando, por exemplo, que sobre o autor não pende a prova o fato constitutivo, quanto também é possível que elas representem somente o *reforço* do efeito que já se desprenderia da aplicação da regra geral de ônus. Logo, ainda que as presunções relativas sirvam para a inversão do ônus da prova, existem processualistas que fazem questão de frisar que elas não servem *apenas* para isso. Elas também podem servir para distribuir a atividade probatória tal como a regra geral já o faria, com a importante diferença de que por meio delas é possível se determinar uma facilitação quanto ao objeto de prova⁴⁸.

1.4.2. As presunções relativas sem fato básico

Como mencionado antes, existem regras conhecidas como presunções aparentes, por não possuírem um dos elementos elencados como necessários a todas as presunções. Não seriam verdadeiras presunções por força da ausência de fato básico. Para o juiz, produzem um efeito de prescrição. Entretanto, assim o fazem de um modo um pouco distinto do conseguido através de uma presunção relativa que tem o fato básico. Elas ordenam que o juiz tenha por

⁴⁶ artigo 373, Código de Processo Civil brasileiro.

⁴⁷ WAMBIER; TALAMINI, 2013: 135. BARBOSA MOREIRA, 1988.

⁴⁸ ORMAZÁBAL SANCHÉZ, 2004: 109.

verdadeiro não provado, sem, contudo, estabelecer um fato anterior que mereça ser confirmado. Não se produzindo prova suficiente que contrarie o fato a ser presumido, o juiz deverá aplicar a regra. O dever de decidir com base na presunção é imposto ao juiz sem que se preveja o peso de qualquer atividade probatória sobre o favorecido. Se as provas produzidas pelo adversário da presunção não forem suficientes na confirmação de alguma hipótese explicativa alternativa que sirva a falsificá-la, o juiz deverá decidir como se o fato fosse verdadeiro. É que mediante esse tipo de presunção, a mera falta/insuficiência de prova de falsidade chega a ganhar contornos de verdade para propósitos jurídicos. Desde a perspectiva das partes, esse tipo de regra estabelece uma completa exoneração do favorecido à iniciativa probatória. Porque, como vimos, não há uma condição que ela tenha de se preocupar em satisfazer para que a presunção seja aplicável ao seu caso. Fica a cargo exclusivo do oponente o peso da atividade probatória que confirme como falso o fato a ser presumido. Assim, se a presunção relativa com fato básico acarreta facilitação do tema da prova para o favorecido (que continua a ter sobre si o peso da atividade probatória inicial), o efeito da presunção relativa sem fato básico consiste na completa exoneração quanto à iniciativa probatória como condição para que veja a presunção seja operativa no caso individual.

1.4.3. As presunções absolutas

As regras conhecidas como presunções absolutas, por sua vez, estabelecem o dever de o juiz tomar como verdadeiro um fato não provado, desde que satisfeita a condição de que haja sido determinada a ocorrência de um fato básico. Assim, se o juiz valora que existe prova suficiente do fato básico, não pode eximir-se de presumir o fato não provado. Daí a afirmação corrente de que a presunção absoluta caracteriza-se pela inadmissão de prova contrária. Sobre isso, duas advertências são realizadas pelos processualistas. Em primeiro lugar, a negativa quanto à produção de prova contrária somente incide sobre o fato a ser presumido, já que a parte desfavorecida pode produzir provas com o objetivo de atacar o fato básico (não só pode como deve, se é que se preocupa em contribuir com um desfecho positivo do processo). Em segundo lugar, a negativa de produção de prova contrária ao fato a ser presumido decorre da própria irrelevância jurídica desse fato. Porque, se por um lado a presunção relativa dispensa a prova de certo fato, por outro, a presunção absoluta dispensa o

próprio fato. Ele se torna indiscutível. O legislador, em realidade, é indiferente quanto à sua ocorrência. Na presunção absoluta “Se P , então Q será presumido”, é a ocorrência do fato básico P o que efetivamente lhe importa; o fato a ser presumido Q , em realidade, é irrelevante.

Ora, aqui é que nos defrontamos, salvo engano, com a diferença essencial entre a presunção relativa e a presunção absoluta. Naquela, o que se dispensa é apenas a prova de certo fato; nesta, dispensa-se o próprio fato, em si mesmo. [...] A fórmula clássica, segundo a qual é inadmissível a “prova em contrário” – ainda com a retificação consistente na troca do “inadmissível or irrelevante” – não passa de biombo usado commodidatis causa: quem olhar através do biombo verificará que a circunstância de não aproveitar ao eventual interessado qualquer iniciativa tendente à demonstração de que o fato presumido não ocorreu, longe de representar simples limitação à atividade instrutória, constitui afinal mero corolário, lógico e inexorável, de uma premissa latente, a saber: a de que o fato presumido é fato sem relevância jurídica⁴⁹.

Através de uma presunção absoluta o legislador, com antecipação, elimina a pluralidade de raciocínios inferenciais que poderia ser realizado pelo juiz. Nas as situações para as quais não existe presunção absoluta, o juiz pode chegar à conclusão de que a ocorrência de P não é suficiente para se determinar a ocorrência de Q . E é justamente isso o que legislador pretende evitar que aconteça restringindo a liberdade do julgador de raciocinar sobre fatos, obrigando-lhe em todos os casos individuais a reconhecer idênticos efeitos a fatos distintos⁵⁰. Sempre que uma instância de P ocorra, o julgador tem o dever de lhe atribuir os efeitos originalmente atribuídos a Q . Ademais, desde a perspectiva do julgador, a regra limita a livre valoração da prova à confirmação do fato básico. Isto é, considerando a regra “Se P , então Q será presumido”, o legislador espera que o juiz proceda à livre valoração de P , mas proíbe a livre valoração de Q . Só a prova do fato básico poderá ser livremente apreciada. Na sequência dela – caso o julgador entenda que há prova suficiente do fato básico – não poderá deixar de aplicar a presunção. Simplesmente está fora de seu alcance a escolha por autorizar a

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, 1988: 64.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, 1988: 64: “Há, no fundo, uma equiparação de eficácia: a lei imprime ao esquema a+b a mesma eficácia que teria o esquema a+b+c, ou a+b+c+d, e assim por diante. Numa palavra: atribui efeitos iguais a diferentes esquemas de fato.

atividade probatória cujo objetivo seja questionar a ocorrência Q ou confirmar não- Q , de modo que, à continuação, possa livre e racionalmente concluir sobre a sua ocorrência ou inoocorrência. Para as partes, como a regra produz essa equivalência fática irreversível, o favorecido pela regra tem razões para esforçar-se na prova do fato básico já que, uma vez que o juiz chegue à conclusão de que há prova suficiente dele, a presunção se torna operativa e não pode mais ser afastada; por sua vez, o adversário da presunção, tem razões de sobra para concentrar todos os seus esforços probatórios combativos contra o fato básico P , pois, uma vez que P seja confirmado, não há nada mais que ele possa fazer para evitar a decisão negativa aos seus interesses.

1.5. Operatividade da presunção judicial

Apresentados os efeitos de cada tipo de regra identificado sob a etiqueta de presunção legal, vejamos o que se produz com a formulação de uma presunção judicial. Como vimos, uma presunção judicial nada mais é do que um raciocínio inferencial realizado pelo julgador ao concluir pela ocorrência de um fato não provado (fato principal, aquele a norma que se pede seja aplicada tem como antecedente) a partir de um fato básico cuja ocorrência haja sido determinada no curso do processo (ou fato secundário). Assim, do fato básico, ou indício, o juiz infere a ocorrência de um fato não provado através da aplicação de uma regularidade empírica que faz parte do seu esquema de crenças, do senso comum, das generalizações produzidas pela vida em sociedade, e que entende ser pertinente ao caso. As máximas são conhecimentos compartilhados pelos participantes de certa comunidade e que o juiz, como mais um integrante dela, aplica quando está a resolver um caso individual cujo conteúdo fático se configura subsumível à tal regularidade.

Os juristas ressaltam que elas não se confundem com os conhecimentos privados do juiz⁵¹. De modo que, são elementos da presunção judicial, (i) o fato básico (indício) que foi confirmado no processo, (ii) o fato não conhecido a ser presumido e (iii) a regularidade empírica em função da qual justamente se autoriza a passagem lógica de uma espécie de fato para outro. Na lição de PROTO PISANI, está-se diante de uma presunção judicial quando “adquirido o conhecimento de um fato secundário por meio de fontes materiais (ou tendo o fato se tornado incontroverso em razão de não contestação ou sendo *notório*) e elaborado um

⁵¹ WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO; MELLO, 2015: 655-656.

raciocínio judicial dirigido a dele deduzir o fato principal ignorado⁵². Sendo assim, a hipótese de uma presunção judicial, quanto ao juiz, representa o uso das suas faculdades cognitivas em busca da verdade, sem qualquer limitação imposta normativamente que se distinga dos limites da própria racionalidade. Trata-se do cenário de valoração livre (e racional) da prova.

Por outro lado, quanto às partes, os juristas costumam destacar o fato de que as presunções sempre são relativas e que, portanto, a sua formulação nos casos individuais implica a admissão de atividade probatória cujo objeto seja a sua confrontação. Logo, a parte que busca ser favorecida pela formulação de uma presunção judicial no seu caso deverá confirmar a ocorrência de um fato que alega ser indício do fato que busca seja tomado como verdadeiro. Apesar de que os processualistas não mencionem o ônus argumentativo da parte, como não há uma regra jurídica que tenha previamente estabelecido que um fato *P* significará juridicamente a ocorrência de um fato não provado *Q*, cabe à parte interessada na resolução de seu caso através de uma presunção judicial buscar oferecer boas razões para tanto. Não lhe convém esperar que o juiz chegue por sua exclusiva conta às conclusões lógicas que ela espera que sejam alcançadas. Logo, confirmar a ocorrência de um fato e argumentar a favor de sua qualificação como indício do fato principal configuram esforços que aquele que busca ser contemplado pelo que se chama de presunção judicial deve realizar.

Já do ponto de vista do adversário da presunção judicial, são três os caminhos possíveis: pode produzir prova com o objetivo de enfraquecer a confirmação do indício, prova que se dedique a rebater a máxima de experiência, demonstrando que ela não se corresponde à realidade do mundo, ou pode tentar demonstrar que, apesar de que a máxima e o fato básico sejam verdadeiros, seu caso é uma exceção. Nessa terceira estratégia combativa, aquele que busca evitar que uma presunção judicial torne-se operativa deverá atacar o fato presumido, demonstrando que ele efetivamente não ocorreu e que, portanto, seu caso configura uma exceção à generalização que se tentou empregar.

1.6. Breves conclusões e uma proposta de reclassificação das abordagens direcionadas à temática das presunções

Fica evidente que sob a terminologia das presunções reúnem-se os mais diversos

⁵²PROTO PISANI, 1994: 484. T.L.

expedientes de determinação dos fatos. Tanto regras quanto raciocínios; dentro das regras, tanto regras que admitem a realização de alguma atividade intelectual por parte do juiz quanto regras cujo propósito é de precisamente pôr em segundo plano as inferências que o julgador poderia realizar a respeito dos fatos individuais. A opção da tradição continental foi por sistematizar todos esses expedientes sob um único conceito; um conceito, por isso mesmo, “flexibilizado”; transformado em fonte de diversas ambiguidades e confusões. Até porque, cada uma das *espécies de presunções* apresenta profundas semelhanças e permanências quando comparadas a outros conceitos também desenvolvidos com vistas à organização do contexto da determinação dos fatos: as chamadas presunções legais relativas e as regras de ônus da prova; as chamadas presunções legais absolutas e as ficções jurídicas (legislativas) e, por fim, o raciocínio denominado por presunção judicial e as inferências que concluem sobre a ocorrência de fatos a partir da atividade probatória realizada em juízo. O viés dogmático aqui exposto cuidou de oferecer, na sua melhor versão, um bom panorama de como a terminologia das presunções é empregada na prática jurídica; tentando explicar e fazer caber num mesmo conceito uma perturbadora diversidade de hipóteses: (i) tanto regra como raciocínio; (ii) tanto regras que impõem algo como verdadeiro de modo absoluto, quanto regras que determinam que algo deva ser considerado verdadeiro somente na ausência de prova contrária; (iii) tanto regras que condicionam o resultado à um fato básico, quanto regras que carecem de qualquer menção a um fato básico.

Neste sentido, os desenvolvimentos dogmáticos representam uma abordagem que não problematiza as presunções e que repetem, de forma sistemática, a mesma explicação em todos os manuais. Essa forma de apresentar a temática das presunções chamarei de *descritivista*. Os descritivistas dão a conhecer as situações identificadas como situações de presunção de forma não-problemática, dado que inexistente uma reflexão crítica a respeito das dificuldades de se considerar pertencentes a um mesmo conceito situações cujos efeitos sejam tão discrepantes: conferir discricionariedade ao julgador para determinar fatos ou obrigá-lo a dar por verdadeiro um fato por meio de regra? Obrigar o julgador a ter *p* por verdadeiro se, aberta a possibilidade de produção de prova contrária não há, afinal, elemento suficiente, ou, obrigá-lo a ter algo por verdadeiro sem sequer abrir possibilidade de que se prove a falsidade? Obrigar ao julgador a ter algo por verdadeiro se há a prova de um fato dito básico ou obrigar sem impor condição alguma?

Em suma, o cenário armado a partir do panorama descritivista é propício a confusões, pois, quando tantas coisas diferentes podem ser designadas pela mesma terminologia, é provável que os seus diversos sentidos se cruzem acidentalmente, sem que os operadores estejam cientes da ambiguidade propagada. Então, se bem é certo que se trata de uma terminologia amplamente empregada, isso não se traduz num emprego exitoso. A falta de clareza, pelo contrário, borra a certeza quanto ao comportamento que deve ser realizado se se trate de uma hipótese de presunção ou de outra. Esse cenário confuso, no qual presumir quer dizer tantas coisas, acabou por captar a atenção da teoria do direito. As presunções passaram a ser objeto de análise crítica da área de investigação que se caracteriza pela tentativa de minimizar ao máximo incômodos conceituais e, assim, promover a empresa do conhecimento no âmbito do direito.

Dito isso, no capítulo seguinte vou me ocupar de examinar as principais propostas de análise do conceito de presunção no contexto da teoria do direito continental. E, já de partida, cabe dizer que, se a abordagem dos dogmáticos caracteriza-se por, no melhor dos casos, descrever um panorama dos usos (idiossincráticos) da terminologia das presunções, as propostas dos teóricos são mais ambiciosas, pois procuram oferecer uma reflexão que escapa aos contornos de uma apresentação meramente descritiva. Os filósofos do direito contribuem a um cenário mais promissor à compreensão de que são diversas as situações tratadas como hipóteses de presunção e, com isso, evidenciam as contradições presentes na versão dogmática do conceito de presunção.

A constatação dessas contradições, por sua vez, faz com que alguns tratamentos incluam em suas propostas a defesa da eliminação de certas hipóteses como hipóteses de presunção, reduzindo a área de incidência do conceito. Assim, considerando que tais desenvolvimentos teóricos ultrapassam sobradamente a agenda descritivista, proponho a adoção de uma classificação que lhes identifica como *abordagens reconstrutivistas*. Reconstrutivistas porque contribuem à construção de um conceito mais preciso de presunção, adequado a substituir o retrato, de linhas indefinidas, oferecido pelo dogmático. Não há, nas abordagens reconstrutivistas, um compromisso de conciliação absoluta com o tratamento dogmático. Querem prover uma redefinição que gere maior compreensão e, se necessário for, seus autores estão dispostos a “cortar arestas”, a modificar a área de incidência conceitual diminuindo o seu alcance.

Ademais, como ficará demonstrado, há análises que, apesar de não tomarem o conceito de presunção como centro de reflexão, auxiliam muito no processo de formação de uma compreensão mais completa da complexidade das presunções. Isso me traz a necessidade de subdividir as abordagens, pois não encontro justificada a exclusão de análises tão úteis à reconstrução do conceito de presunção pelo mero fato de que não fizeram da redefinição das presunções seu propósito central. Tendo isso em vista, identificarei os tratamentos do primeiro grupo como *reconstrutivistas diretos* e os de segundo grupo como de *reconstrutivistas indiretos*. Indiretos porque, muito embora as reflexões propostas por seus autores não tenham o objetivo principal de defender uma redefinição das presunções, não se pode desprezar as relevantes contribuições que realizam à delimitação dos novos contornos do conceito em questão. Como se verá logo, a classificação que proponho inspira-se numa classificação de WRÓBLEWSKI quando buscou sistematizar os tratamentos oferecidos às presunções. Entretanto, não considero esses exercícios classificatórios – o aqui proposto e o de WRÓBLEWSKI – idênticos em razão da complementação oferecida aqui: também vale a pena analisar as propostas teóricas que contribuem indiretamente à reconstrução do conceito de presunção; por isso, adicionei à classificação que verão ser de WRÓBLEWSKI mais uma subdivisão. Além de descritivistas e reconstrutivistas, proponho a soma de alguns tratamentos como reconstrutivistas indiretos.

CAPÍTULO 2. A PRESUNÇÃO SEGUNDO OS FILÓSOFOS JURISTAS: RECONSTRUTIVISTAS DIRETOS

2.1. Jerzy Wróblewski

Data de 1974 a publicação na qual JERZY WRÓBLEWSKI dedicou-se ao conceito de presunção. O autor inicia a sua jornada esclarecendo uma questão de carácter metodológico. Ele convida o leitor a reconhecer que a temática das presunções no direito pode ser abordada de dois modos: (1) descritiva; (2) reconstrutivamente⁵³.

Como vimos no capítulo primeiro, ocupam-se descritivamente das presunções os autores que se limitam a retratar e a repetir os distintos usos feitos do *termo presunção* e de tudo o que significa *presumir*. A abordagem descritiva cuida de *dar a conhecer* aos interessados o que se tem por “presunção”. Sendo assim, não cabe esperar de quem se dedica a esse tipo de abordagem a formulação de reflexões críticas sobre o que deveriam ser as presunções; sua agenda restringe-se ao que se considera presunção no contexto jurídico.

Daí que, para além da postura descritivista, é possível encontrar abordagens reconstrutivistas que, por sua vez, caracterizam-se por promover uma reconstrução; isto é, uma nova construção das presunções jurídicas com independência do que a juridicamente já se tem por presunções. Um suposto compromisso com a manutenção de um conteúdo dogmático para certo conceito é preterido em face de desenvolvimentos de novas propostas para o conceito sob análise, tendo o objetivo de considerá-lo em consonância com determinados propósitos a ele atribuídos. O tratamento de corte reconstrutivista desdobra-se em propostas ora mais moderadas, ora mais radicais; mais ou menos sensíveis aos usos terminológicos já abraçados pelos operadores do contexto sob análise.

WRÓBLEWSKI explica que, no caso do contexto jurídico, uma abordagem reconstrutivista moderada caracteriza-se por buscar conciliar a manutenção dos usos da linguagem e das estruturas da doutrina jurídica com o estabelecimento de premissas capazes

⁵³ WRÓBLEWSKI, 1974: 45.

de justificar essa decisão conceitual (isto é, a decisão sobre o que fica mantido e o que deve ser excluído de um conceito específico). Nessa linha, o autor afirma que a postura reconstrutivista aplicada às presunções serve a conciliar o conceito com a linguagem jurídica produzida e operacionalizada pela doutrina, à medida em que exige a rejeição de certas situações tradicionalmente tratadas como presunções (WRÓBLEWSKI se refere às “presunções do homem” e às “presunções absolutas”). WRÓBLEWSKI encerra o esclarecimento metodológico assumindo ser justamente partidário do reconstrutivismo moderado⁵⁴ ainda que sua pretensão seja de oferecer uma concepção de presunção jurídica que corresponda, de modo geral, a uma linguagem jurídica que seja livre de defeitos e avisa:

*Minha posição a favor do reconstrutivismo moderado demanda a redução das presunções a praesumptiones tantum. Deve-se excluir, à princípio, as praesumptiones hominis e as praesumptiones iuris et de iure*⁵⁵.

As presunções são técnica para a consecução de certos objetivos que, por sua vez, são determinados a partir de valores que uma determinada comunidade tem. Vejamos o porquê as presunções judiciais e absolutas são excluídas na proposta conceitual apresentada por WRÓBLEWSKI.

2.1.1. As presunções como normas jurídicas

WRÓBLEWSKI parte da distinção entre disposição normativa e norma jurídica para afirmar que as presunções são normas jurídicas. Assim, as presunções não se resumem a textos; são regras de comportamento de estrutura que possuem, ademais, condições nas quais certo comportamento torna-se devido. O autor representa as normas jurídicas através da seguinte fórmula:

C – B

⁵⁴ WRÓBLEWSKI, 1974: 46: “Eu declaro, portanto, minha preferência pelo reconstrutivismo moderado...”. p. 47: “Eu trato a presunção como uma regra de conduta expressa em textos jurídicos. Para uma análise teórica, devemos apresentá-la sob a forma de uma norma jurídica de posse de uma estrutura e um conteúdo determinados. O emprego das presunções está ligado aos raciocínios que são funções de aplicação das presunções. Estas presunções são o meio técnico para realizar certos objetivos, que dependem, de todo modo, dos valores aceitos.”. T.L.

⁵⁵ WRÓBLEWSKI, 1974: 47. T.L.

Nessa representação, C simboliza as condições de aplicação da norma; B , o comportamento devido caso as condições de aplicação sejam satisfeitas; “ \rightarrow ”, a relação normativa instituída pela norma. Buscando adicionar clareza ao seu raciocínio, WRÓBLEWSKI propõe um desdobramento lógico que especificaria a estrutura de uma norma de presunção. Nela, as condições de aplicação da regra C convertem-se em PP , premissa da presunção. O autor ressalta que a premissa da presunção costuma ser complexa, isto é; resultante da combinação de duas condições, a saber: do estado de coisas, simbolizado por E mais a ausência de prova contrária. A relação de combinação (conjunção lógica) entre esses dois elementos representa-se por “.”. A prova contrária, por sua vez, encontra-se simbolizada por PC e a ausência de prova contrária por $\sim PC$. PC é sigla que representa a conclusão da presunção. Por último, a relação normativa instituída entre a PP e CP simboliza-se por \xrightarrow{R} . Então, para WRÓBLEWSKI, as normas de presunção apresentam-se assim: se se dá um estado de coisas (E) e não há prova contrária ($\sim PC$), deve se reconhecer a conclusão da presunção (CP)⁵⁶.

$$E. \sim PC \xrightarrow{R} CP$$

Logo, se se dá o estado de coisas E e não se dá a ausência de prova contrária (portanto, há PC), não se deve reconhecer a conclusão da presunção.

$$E. PC \xrightarrow{R} \sim CP$$

2.1.2. As presunções formais

Nesse sentido, as presunções são normas que obrigam o seu destinatário a reconhecer uma conclusão (que é uma proposição fática) a partir da satisfação de certas condições. Essas condições de aplicação são primeiramente apresentadas por WRÓBLEWSKI como integrantes da premissa de presunção; estado de coisas E somada à ausência de prova contrária. Não obstante essa estrutura inicialmente ventilada, WRÓBLEWSKI também presta atenção às hipóteses nas quais as presunções estabelecem que uma conclusão deve ser tomada por verdadeira a partir da satisfação da única condição de ausência de prova contrária.

São as hipóteses por nós conhecidas como presunções formais; que não exigem a prova de um estado de coisas e que garantem resultados ao beneficiário sem qualquer

⁵⁶ WRÓBLEWSKI, 1974: 48.

exigência de prova de um estado de coisas (o que a dogmática processual identificou sob a expressão “fato básico”).

Assim, voltando à fórmula representativa das presunções oferecida por WRÓBLEWSKI, é correto dizer que as presunções formais não possuem a condição *E* (estado de coisas), sendo a sua premissa simples (e não complexa como a premissa das presunções chamadas de materiais pelo autor). No caso das presunções formais, o favorecido pela norma não precisa preocupar-se com o estabelecimento da condição *E* (estado de coisas); deve apenas dar atenção ao estabelecimento da condição negativa de prova contrária. Se lhe interessa que a presunção conserve-se operativa no julgamento de seu caso, o beneficiário deve se preocupar em neutralizar os elementos de juízo produzidos pelo adversário com o intuito de estabelecer suficiente prova contrária ao fato a ser presumido. Se logra neutralizar tais elementos e o juiz entende que não existe prova contrária (ou não existe prova contrária suficiente), então esse mesmo juiz deverá entender que é obrigatório que tome como verdadeira a conclusão da presunção (isso implica entender que, por outro lado, quando sobrevém prova contrária resta proibido que se tome como verdadeira a conclusão da presunção).

Para facilitar a compreensão de como funcionam as presunções formais, WRÓBLEWSKI traz a presunção de inocência como exemplo⁵⁷: o acusado não tem de provar qualquer estado de coisas para que a presunção em questão passe a lhe favorecer, o que significa que, a menos que sobrevenha prova contrária *PC*, a conclusão da presunção *CP* será obrigatória ao julgador. A representação da presunção formal é indicada por WRÓBLEWSKI por⁵⁸:

$$\sim PC \xrightarrow{R} CP$$

Em decorrência disso, opostamente quando está presente a condição de prova contrária *PC*, impõe-se que a conclusão da presunção *CP* não será observada. Logo:

$$PC \xrightarrow{R} \sim CP$$

Do tratamento que WRÓBLEWSKI despente a hipóteses como a presunção de inocência, posso concluir que, para o autor, não há óbice em considerar que são presunções normas que careçam de fato básico. Sua análise enfatiza o ponto de vista do julgador, que é certo, tanto

⁵⁷ WRÓBLEWSKI, 1974: 55.

⁵⁸ WRÓBLEWSKI, 1974: 55.

diante de normas que careçam de fato básico quanto diante de normas que disponham essa exigência, terá a obrigação de ter algo não provado como verdadeiro. Apesar da permanência do aspecto obrigacional da norma ao julgador, parece-me inadequado desconsiderar as diferenças de efeitos impostos às partes em uma e em outra situação: há tratamento consideravelmente mais assimétrico nas situações identificadas como presunções formais se as comparamos com as presunções que contam com fato básico. O beneficiário de presunções formais está numa posição consideravelmente mais cômoda para sentir seus efeitos quando o comparamos ao beneficiário de uma presunção que tenha um fato básico: apenas nas presunções formais o beneficiário pode aguardar inerte a produção de prova de seu adversário, sem qualquer preocupação com o estabelecimento da ocorrência do fato básico (ou da prova do estado de coisas, se aplicamos as expressões propostas por WRÓBLEWSKI). Pretendo apresentar, em seu tempo, boas razões para que descartemos esse tipo de regras da área de incidência do conceito de presunção.

2.1.3. A função das presunções

Após defender que as presunções são normas jurídicas e de haver apresentado uma proposta de representação lógica, o autor tece considerações sobre a função das presunções. Nesse ponto, afirma que elas consistem em técnica para a realização de certos valores aceitos por determinada comunidade e que devem ser perseguidos ao momento da decisão judicial⁵⁹. O autor sinaliza o fato que nas situações em que uma presunção é atuante: (a) a Corte tem a obrigação de decidir; (b) a decisão exige o reconhecimento de provas; (c) as provas são difíceis; (d) pretende-se estabelecer o ônus da prova de uma maneira especial; (e) a norma de presunção determina a direção da decisão quando não há prova contrária e em que condições a norma é operativa. WRÓBLEWSKI sublinha que as presunções formais (aquelas que não contêm a condição do estado de coisas *E* entre os componentes da premissa da presunção *PP*) servem unicamente para favorecer princípios ideológicos; enquanto que as presunções materiais (aquelas que contêm a condição do estado de coisas *E* entre os componentes da premissa da presunção *PP*) servem para oferecer uma decisão quando os fatos que precisam ter sua ocorrência determinada são difíceis de serem provados. Os fatos de difícil prova, nessas situações, não são conhecidos.

⁵⁹ WRÓBLEWSKI, 1974: 56.

Com isso, WRÓBLEWSKI quer salientar o caráter prático das presunções. Se é certo que a proposição fática será tomada por verdadeira, isso não deve ser confundido com um raciocínio teórico; trata-se do cumprimento do dever posto pela norma, e não de um raciocínio teórico em busca da verdade realizado pelo juiz. Não se chega à conclusão da presunção *CP* por meio de um raciocínio desinteressado do ponto de vista prático (comprometido apenas com a determinação da verdade), senão que esse passo é dado porque se trata de algo necessário à formulação da decisão judicial. A preocupação que subjaz o estabelecimento de uma presunção é prática, e não teórica. Ela tem o objetivo de prover tratamento a incertezas fáticas e garantir um cenário de estabilidade institucional aos sistemas jurídicos de que faz parte. O direito produzirá a sua decisão judicial sempre, seja preferentemente através de atividade probatória, seja mediante as normas de presunção naquelas situações em que a atividade probatória não foi suficiente. Uma presunção, nesse sentido, vem suprir as decisões judiciais do necessário elemento da premissa fática (premissa menor). Responde, portanto, a um compromisso de ordem prática. Para WRÓBLEWSKI, a forma através da qual o direito estabelece o que deverá ser tido por verdadeiro é uma forma absolutamente distinta à forma empregada por qualquer outro contexto de atividade humana. É uma técnica jurídica que dá tratamento à incerteza fática de maneira absolutamente diferenciada. Em razão dessa especificidade é que WRÓBLEWSKI propõe a exclusão das presunções *homini* da linguagem do direito⁶⁰. As presunções são situações em que o direito ordena que algo seja tomado por verdadeiro, *mesmo e precisamente* porque não há prova de que seja verdadeiro.

Para WRÓBLEWSKI, uma presunção defende escolhas ideológicas determinadas pelo legislador no papel de representante de certa comunidade e, nas situações em que, por vezes, precisa reparar situações de difícil prova, também cuida de garantir o valor de caráter técnico de eficácia processual e da decisão judicial. Agora, é interessante notar que mesmo nas situações em que se cuida de viabilizar a eficácia processual e prestar garantia de que haverá uma decisão judicial a pôr fim à contenda, mesmo nessas situações, para WRÓBLEWSKI, há preponderância de valores ideológicos. Isso se deve ao fato de que a decisão judicial garantida por uma presunção pretere e prefere as partes em razão da maneira como dificulta e facilita efeitos jurídicos a umas a custa de outras: a distribuição do ônus entre as partes

⁶⁰ WRÓBLEWSKI, 1974: 55.

realizada pela presunção representa a proteção de valores ideológicos. De acordo com WRÓBLEWSKI o valor técnico de certeza de uma decisão judicial, de eficácia processual, são instrumentais aos valores ideológicos. Em última instância, a decisão judicial em hipóteses de presunção, serve precisamente a garantir os valores ideológicos escolhidos como prioritários à dada comunidade⁶¹. A decisão judicial garante a não-culpabilidade sem provas, a filiação de uma criança, a certeza jurídica sobre a vida/morte de alguém.

2.1.4. Presunções *para-empíricas*, *anti-empíricas* e *não-empíricas*

O objetivo de proteger valores ideológicos, no entanto, pode ser satisfeito a partir da preocupação de fazer com que a regra de presunção reflita as regularidades do mundo ou não. WRÓBLEWSKI é consciente de que quando o legislador estabelece uma presunção, tanto é possível que a norma tenha a pretensão de encontrar seu fundamento em regularidades empíricas observáveis no mundo, como é possível também que a regra desconsidere essas regularidades. Por essa razão, o autor propõe classificá-las em presunções (i) *para-empíricas*, (ii) *anti-empíricas* e (iii) *não-empíricas*.

(i) As presunções para-empíricas são aquelas regras produzidas levando-se em conta a regularidade empírica entre dois fatos. Se voltamos à fórmula de presunção indicada por WRÓBLEWSKI e seus termos específicos, o estado de coisas *E* geralmente/ provavelmente é seguido pela conclusão da presunção *CP*. Trata-se de uma generalização feita pelo legislador em função da relação de regularidade entre dois fatos que já se sabe existir na realidade objetiva do mundo. Nas palavras de WRÓBLEWSKI, uma presunção é para-empírica “quando a relação entre a premissa e a conclusão da presunção é uma analogia da relação empírica fundada na ciência e na experiência”⁶². Agora, é importante notar que, mesmo que esse tipo de presunção seja fundada numa regularidade empiricamente observada, como se trata de uma generalização, é preciso ter em conta que ela é compatível com casos nos quais a conclusão tomada por verdadeira finalmente seja falsa. O respeito ao princípio da verdade material, de que fala WRÓBLEWSKI, não exige que em todas as situações o declarado como verdadeiro processualmente seja efetivamente correspondente à realidade objetiva. Até porque, como ressalta o autor, a operacionalidade da presunção nos casos individuais

⁶¹ WRÓBLEWSKI, 1974: 58: “Os valores técnicos são então instrumentos para os valores ideológicos”.

⁶² WRÓBLEWSKI, 1974: 59.

depende de ausência de prova contrária; o protagonismo da presunção e a possibilidade de entrada do falso em função das presunções depende de que se dê um cenário em que a busca pela verdade já estaria comprometida em função de falta de provas. Quando as provas de que a conclusão é falsa inexistem, os sistemas jurídicos dão espaço ao que as ciências e a experiência dizem ser o mais provável⁶³.

Outro ponto salientado pelo autor é que, sendo norma, a presunção não é passível de ser verdadeira ou falsa. Ela não é uma mera descrição da relação entre fatos; não se identifica com a regularidade em si (daí o uso do termo “analogia” para descrever a relação entre o estado de coisas *E* da premissa da presunção *PP* e a sua conclusão *CP*). A presunção é uma norma de comportamento que obriga o seu destinatário a reconhecer certa conclusão como verdadeira, atribuindo-lhes as consequências jurídicas cabíveis⁶⁴. Sendo assim, fica claro que conclusão da presunção no contexto de um caso individual não tem a pretensão de se corresponder à realidade daquele caso individual: a sua aplicação é compatível com situações nas quais, muito embora o estado de coisas *E* tenha tido a sua ocorrência determinada, o fato que ocupa a posição de conclusão da presunção *CP* não tenha ocorrido. Em outras palavras, a presunção para-empírica é compatível com a superveniência de decisões judiciais cuja premissa fática não se corresponda a como os fatos se deram naqueles casos individuais. A proposição fática presumida verdadeira pode, em realidade, ser falsa.

A aplicação de uma norma de presunção para-empírica é compatível com a conclusão de proposição fática falsa no caso individual. Aqui não há qualquer contradição, uma vez que a regularidade empírica que dá suporte à presunção para-empírica pode não ser uma generalização universal e, portanto, pode apresentar exceções. “Quando o fato *P* acontece, é provável que *Q* também aconteça” representa uma relação de regularidade que pode apresentar exceções, isto é; ela é compatível com *p* ter acontecido e *q* não. Nesse sentido, se a regularidade em questão é vista pelo legislador como uma informação relevante para a formulação de uma presunção, esse legislador assume a possibilidade de que casos

⁶³ WRÓBLEWSKI, 1974: 59: ““As presunções para-empíricas não são, portanto, contrárias ao princípio da verdade material. São empregadas quando quer se considerar a *realidade*, especificamente preocupada com a verdade material (objetiva). O desenvolvimento das ciências e técnicas científicas podem influenciar a evolução das presunções para-empíricas”.

⁶⁴ WRÓBLEWSKI, 1974: 59.

excepcionais sejam julgados como se se correspondessem à regularidade empírica. De acordo com WRÓBLEWSKI, isso acontecerá: (a) nos casos em que a prova contrária não seja produzida e (b) nos casos em que o direito inadmita a prova contrária⁶⁵. De minha parte, vejo certa contradição no reconhecimento de WRÓBLEWSKI às situações em que ocorram (b). Explico meu estranhamento: WRÓBLEWSKI logo no início do artigo esclarece que realizará uma análise reconstrutivista moderada; a partir dessa proposta normativa de um melhor conceito de presunção o autor afirma que se deve excluir as presunções absolutas. Ora, se se deve excluir as presunções absolutas, não há sentido em que se venha a conceder (b).

(ii) As presunções anti-empíricas seriam aquelas normas que relacionam juridicamente dois fatos que não estão relacionados na realidade objetiva, dispondo-os como premissa da presunção e conclusão da presunção. Elas vão contra o princípio da verdade material. WRÓBLEWSKI cita como exemplo a relação entre “ser bruxa” e “reações do corpo em contato com a água ou com o fogo”. Não há, na realidade objetiva, qualquer relação entre a forma como os corpos reagem quando entram em contato com os elementos de água e fogo com “ser bruxa”. WRÓBLEWSKI afirma que qualquer sistema jurídico que tenha certo nível de desenvolvimento não apresenta presunções desse tipo⁶⁶.

(iii) Por último, sobre as presunções não-empíricas, WRÓBLEWSKI aponta que não há fundamento empírico entre a premissa da presunção *PP* e a sua conclusão *CP*. O autor afirma que a conclusão desse tipo de presunção é *arbitrária*, diferente do que acontece com a presunção para-empírica. No entanto, esse tipo de presunção prevê a possibilidade de prova contrária, o que torna possível que tal conclusão arbitrária venha a ser substituída por uma conclusão empiricamente justificada. Diferente do que acontece com as presunções anti-empíricas, a sua aplicação nos casos individuais é compatível com resultados correspondentes ao fatos efetivamente acontecidos. Se bem essas presunções não buscam diretamente resultados correspondentes à realidade empírica, é certo dizer que elas abrem oportunidade para que a realidade empírica concernente ao caso individual tome o espaço da conclusão arbitrariamente posta pela regra. A conclusão arbitrária só ocupará o espaço de premissa fática do raciocínio do julgador se e somente se no caso concreto inexistir prova que lhe contrarie.

⁶⁵ WRÓBLEWSKI, 1974: 59.

⁶⁶ WRÓBLEWSKI, 1974: 59

Para ilustrar melhor as presunções não-empíricas, o autor novamente faz referência à presunção de inocência, dado que não há fundamento empírico que relacione ser acusado e ser inocente⁶⁷. Essa presunção não está fundada em qualquer juízo de probabilidade de que os acusados sejam inocentes, trata-se da garantia do valor ideológico de se proteger os cidadãos em face do poder persecutório estatal. O estabelecimento de provas da culpabilidade de um acusado representa uma condição inafastável para a sua condenação; a regra serve, então, precisamente para determinar que o ônus da prova corre a cargo da acusação. Como uma presunção não-empírica, muito embora a presunção de inocência cristalize uma relação entre premissa da presunção e conclusão da presunção que é arbitrária, é certo que ela não fecha a porta para a possibilidade de que as premissas fáticas cheguem a se corresponder à realidade. A conclusão da presunção só passa a ocupar o lugar de premissa do raciocínio decisório nos casos em que finalmente inexista prova que contrarie a conclusão arbitrária.

2.1.5. A prova contrária

A prova contrária é outro aspecto importante sobre o qual WRÓBLEWSKI desenvolve reflexão. Como vimos, trata-se de um dos elementos condicionantes à conclusão de uma presunção. A ausência de prova contrária, na proposta de compreensão desse autor, aparece como uma condição negativa de aplicação da regra; um dos integrantes da premissa da presunção quando há estado de coisas ($E. \sim PC \xrightarrow{R} CP$) ou único integrante da premissa da presunção ($\sim PC \xrightarrow{R} CP$). E, tal como a relação entre premissa e conclusão da presunção é de caráter normativo – pois se trata de uma *norma jurídica* instituída pelo legislador, a prova em contrário também é determinada normativamente: é o legislador quem decide se e de que maneira o elemento condicionante vai aparecer na norma de presunção.

Assim, em sua opinião, faz sentido pensar as normas a partir de um *continuum* entre dois extremos: num ponto há regras cuja previsão de norma contrária não sofre limitação jurídica, sendo admitida a prática de qualquer elemento – lícito – de prova que sirva a desbancar a proposição que será eventualmente presumida verdadeira; na outra ponta do espectro encontram-se os casos nos quais a prova contrária é inadmissível⁶⁸. Entre esses dois extremos, estão localizadas as presunções nas quais a prova contrária está sujeita a

⁶⁷ WRÓBLEWSKI, 1974: 60-61.

⁶⁸ WRÓBLEWSKI, 1974: 63.

determinadas limitações processuais. De acordo com WRÓBLEWSKI, pensar a partir do *continuum* permite dar conta da distinção entre presunções *iuris tantum* e *iuris et de iure*, entre as que admitem prova em contrário (com algumas ou nenhuma restrição jurídica) e as que em nenhum caso prevêem essa possibilidade⁶⁹. O recurso ao *continuum* torna evidente o fato de que há presunções mais deferentes e menos deferentes à realidade objetiva; sendo isso diretamente proporcional à porosidade que apresentam à admissão de prova contrária à proposição a ser presumida verdadeira.

A propósito, justamente em vista da constatação de que um tipo de presunção fecha a porta de forma absoluta à realidade objetiva, para como as coisas efetivamente tenham ocorrido no caso individual, é que a proposta reconstrutivista de WRÓBLEWSKI contempla a exclusão das chamadas *praesumptiones iuris et de iure* do conceito de presunção. Muito embora as presunções absolutas também sejam regras jurídicas que apresentam o objetivo de garantir certo valor ideológico, não o fazem mediante a regulação do ônus da prova. O que fazem é vincular certas consequências jurídicas a certos fatos apresentando uma estrutura simples como de qualquer regra jurídica, e não complexa como a das presunções⁷⁰.

2.1.6. As *praesumptiones homini*

Finalmente, como o próprio WRÓBLEWSKI já nos havia adiantado, também as presunções *homini*, as presunções formuladas pelo próprio julgador ao momento da decisão judicial, ficam de fora da sua proposta de redefinição conceitual. Isso se deve ao fato de que não são normas jurídicas, mas tão-somente o resultado de se raciocinar sobre provas e fatos, produzindo inferências a partir da aplicação de regras de experiência até que se determine que o fato de que depende a aplicação do direito ao caso individual foi suficientemente provado ou, diversamente, apesar da atividade probatória realizada, não há provas suficientes do fato principal. São regras de experiência integradas pelo próprio julgador, amparado pelo princípio da livre valoração da prova, que chegam a produzir a proposição fática que servirá

⁶⁹ Sobre essa reflexão proposta por WRÓBLEWSKI, é muito clara a descrição oferecida por RAYMUNDO GAMA. GAMA, 2011, 317.

⁷⁰ WRÓBLEWSKI, 1974, 69: “A estrutura presente na *praesumptio iuris et de iure* não é a de uma presunção. A estrutura dessa presunção é simples – apenas especifica as condições nas quais o direito deve reconhecer certas consequências jurídicas. Corresponde-se à forma elementar de toda e qualquer norma jurídica”. T.L.

de base à decisão judicial. O fundamento desse tipo de raciocínio sempre é a experiência e os conhecimentos já acumulados; diferente do que acontece com as presunções. WRÓBLEWSKI ressalta que certamente seria possível encaixar esse raciocínio na fórmula das presunções que admitem prova contrária, mas que não vê razão para tanto. O elemento normativo, parece ser, pois, decisivo para a reconstrução oferecida por WRÓBLEWSKI.

Seria possível adicionar à argumentação de WRÓBLEWSKI de que se tratam de coisas distintas o fato de que a presunção não tem a pretensão de que a sua conclusão corresponda-se em todos os casos à realidade; no entanto, quando o julgador formula a “presunção judicial” seu objetivo é de justamente aproximar ao máximo a conclusão de seu raciocínio sobre os fatos à realidade objetiva. A distinção entre a decisão guiada por uma presunção e a decisão guiada por esse raciocínio identificado por “presunção judicial” fica mais clara a partir da reflexão de GONZÁLEZ LAGIER e os tipos de inferências probatórias. Esse ponto será trazido futuramente.

2.1.7. Breves considerações sobre a proposta de Jerzy Wróblewski

WRÓBLEWSKI é o primeiro dos autores de abordagem reconstrutivista do conceito jurídico de presunções. Apesar de que se tenha considerado a si mesmo como um reconstrutivista não radical, ele propõe dois grandes ajustes ao conceito em questão: sua redefinição conceitual de deixa de fora do âmbito das presunções as regras conhecidas como “presunções *iuris et de iure*” (absolutas) e os raciocínios aos quais faz-se referência por meio da expressão “presunção judicial” (simples, ou *hominis*). Disso, é adequado concluir que, para o autor, as presunções jurídicas sempre são normas que apresentam entre seus elementos condicionantes de aplicação a admissibilidade de prova contrária.

Ademais, em razão da classificação das presunções por ele proposta, fica claro que WRÓBLEWSKI defende um conceito de presunção que contempla as chamadas presunções formais dentro de seu escopo. São, ao ver de WRÓBLEWSKI, presunções não-empíricas que, se bem não se apoiam em fundamentos empíricos, ao menos não fecham as portas para o ingresso de proposições fáticas que se correspondam às relações de regularidade entre os fatos, tal qual se dão na realidade objetiva.

Assim, segundo o autor, para que algo seja *presunção jurídica*, esse algo:

- (a) necessariamente deve ser uma *norma jurídica*,
- (b) necessariamente contará com a previsão de *prova contrária* e
- (c) contingencialmente apresentará *fundamento empírico*.

No que se refere à função, vimos que WRÓBLEWSKI explica que a *presunção* dedica-se a facilitar situações de deliberação prática. Seu valor é prático – e não teórico, no sentido de que serve a um instrumental pela verdade. Há um momento em que os conflitos judiciais precisam ser estabilizados, tenha-se elementos para a determinação dos fatos por provas suficientes ou não. Há situações para as quais os sistemas jurídicos estabelecem *presunções* como modo de remediar a insuficiência de provas, sendo estratégias perfeitamente compatíveis com a ocorrência de casos individuais nos quais a conclusão da *presunção CP*, a ser integrada como premissa menor do silogismo prático do julgador, seja finalmente uma proposição fática *falsa*. Para WRÓBLEWSKI, o importante é que todas as hipóteses contem com a admissão da prova contrária. Isso faz com que as *presunções* respondam a valores técnicos e ideológicos de uma só vez, que sirvam a expressar tanto escolhas valorativas morais institucionalizadas quanto a necessidade de se colocar fim a conflitos jurídicos.

Muito embora a análise de WRÓBLEWSKI seja um desafiador ponto de partida, não vejo razão para que as *presunções* formais sejam mantidas sob a área de incidência já redefinida do conceito. WRÓBLEWSKI afirma que a sua pretensão é de oferecer uma concepção de *presunção jurídica* que reflita uma linguagem jurídica livre de defeitos e, no entanto, não vê problema em manter sob um mesmo conceito situações que entregam resultados tão diferentes. Ele inclusive formula uma classificação para dar conta desses resultados tão diferentes: as *presunções* formais serviriam a garantir escolhas ideológicas sem buscar refletir uma anterior regularidade empírica. Mas, para isso, já não temos o ônus da prova? Enfim, a construção de uma linguagem livre de defeitos, em minha opinião, também deve buscar evitar ambiguidades desnecessárias e sobreposições terminológicas que, longe de apenas representarem sinônimos, podem contribuir à sedimentação de uma prática confusa.

2.2. Michele Taruffo

TARUFFO é amplamente conhecido como processualista destacado da *Università di*

Pavia, com trabalhos publicados em diversos idiomas sobre a motivação das decisões judiciais, a relação entre os fatos e as provas no direito, precedentes etc. Muito embora a sua origem seja dogmática, ao longo dos anos e com a publicação de tantos trabalhos, não há como se deixar de notar o emprego da metodologia analítica e conceitual de que o autor se serve quando quer evidenciar as imperfeições das regras processuais – tendo em vista o fim para o qual elas supostamente foram formuladas. Além do emprego da análise conceitual, a farta bibliografia que vai além da dogmática processual e conta com inúmeros títulos da filosofia do direito e da filosofia geral expressa a dedicação do autor ao que se pode identificar como filosofia do direito aplicada. Aliás, o discurso de TARUFFO transita entre o que se chama de alta dogmática⁷¹ e filosofia do direito aplicada. Sobre a temática das presunções, destaca-se um artigo seu de 1991, em que aborda o problema do uso da terminologia – presumir, presunção, presunções – por operadores do direito, quando o que querem é referir-se a “fenômenos radicalmente diferentes”⁷². A linha condutora da exposição que oferecerei da análise de TARUFFO sobre a temática das presunções será o artigo de 1991, ao qual adicionarei referências de outras obras do autor sempre que julgar oportunas.

Pois bem, TARUFFO começa o artigo de 1991 descrevendo o tratamento

⁷¹ A expressão “alta dogmática” foi usada por ATIENZA E RUIZ MANERO quando se referiram a um nível de abstração na análise que se coloca entre o discurso dogmático e o discurso teórico. Dividem com seus leitores a necessidade de compatibilizar a condição de filósofos ou teóricos do gerais do Direito com o propósito de poder se dirigir a um público amplo de juristas e, de algum modo, poder oferecer ferramentas analíticas úteis à prática jurídica, ATIENZA; RUIZ MANERO, 2014, em “Apresentação”. Em minha opinião, o discurso de TARUFFO por vezes apresenta essas características, pois, apesar de partir de dispositivos legais, o autor sempre contribui à reflexão sobre os conceitos jurídicos referentes à temática do processo e da prova.

⁷² Em TARUFFO, 2002: 471 observa-se o retorno de afirmação semelhante. A definição de presunção empregada por uma destacável tradição “provém de um erro conceitual que consiste em considerar como se fossem idênticos fenômenos que, em realidade, são distintos”. Segundo o autor, a definição de presunção como inferência que parte de um fato conhecido a um fato desconhecido apenas é adequada para dar conta de presunções levadas a cabo por um juiz a partir de circunstâncias de um caso concreto, através do emprego de máximas de experiência. Nesse sentido, ela é inadequada às presunções legais. As presunções legais são normas, e não inferências. GAMA (2016: 370) explica que, para TARUFFO “A referência ao esquema presuntivo eventualmente serviria para identificar a ratio da norma que estabelece a presunção, pois é bastante frequente que o legislador se apoie em situações que ocorrem normalmente no momento de formular a disposição”. GAMA explica que o esquema presuntivo em TARUFFO “não faz parte do conteúdo senão do plano justificativo ou explicativo da mesma, e o que é mais importante, não proporcionam elementos de julgamento para a prova dos fatos nem representam uma modalidade de conhecimento dos fatos”. T.L.

tradicionalmente conferido às presunções no direito. No direito, relata o autor, reúne-se sob a explicação de *presunções* norma e raciocínio os quais, supostamente, partem de um fato conhecido para concluir sobre a ocorrência de um fato desconhecido. Para TARUFFO, no entanto, se bem a definição mostra-se adequada aos raciocínios, no caso das normas identificadas como normas de presunção a definição não se encaixa de forma perfeita. Ou seja, é adequada a compreensão do raciocínio conhecido como *raciocínio por presunção* como a conclusão da ocorrência de um fato não conhecido a partir de um fato conhecido, mas o encaixe entre essa definição e as normas de *presunção* não se repete. As normas de presunção não oferecem uma inferência que vai de um fato conhecido a um fato desconhecido e, para complexificar ainda mais as coisas, as normas de presunção ainda são divididas entre as que admitem e as que proíbem prova contrária. Por tudo isso, para TARUFFO, a explicação das presunções a partir de uma definição única representa um grave equívoco.

Motivado a esclarecer a temática das presunções, TARUFFO traça uma estratégia diversa do tratamento uniformizador proposto pela dogmática processual. Ele ocupa-se precisamente em iluminar os traços que diferenciam cada tipo de presunção. Ao contrário daqueles que se esforçam por reuni-las todas sob um mesmo conceito, TARUFFO pretende iluminar as características que distanciam as presunções legais das presunções judiciais, as presunções absolutas das presunções relativas, as presunções jurisprudenciais das presunções simples.

Guiar-me-ei pela sistematização oferecida pelo próprio TARUFFO no desenvolvimento do artigo já mencionado; os itens que aqui se seguem reproduzem os itens contemplados pelo próprio autor no artigo de 91. A eles, adicionei um referente à noção de máximas de experiências por duas razões: em primeiro lugar, como veremos, a operacionalização das chamadas presunções judiciais (ou simples, como TARUFFO as chama) está profundamente vinculada à noção de máximas de experiência; em segundo lugar, TARUFFO desenvolveu, em outros trabalhos, análises críticas bastante úteis sobre as máximas de experiência. Neste sentido, abordar os desenvolvimentos teóricos de TARUFFO com respeito às máximas de experiência configura-se como um desdobramento adequado à compreensão do que ele pensa sobre as próprias presunções.

2.2.1. A tipologia das presunções

Para tratar das presunções no direito, TARUFFO parte da análise do que consta no dispositivo legal italiano, o artigo 2727. De acordo com esse dispositivo, Taruffo observa que as presunções são definidas como, “as consequências que a lei ou o juiz determinam, a partir do conhecimento de um fato a ocorrência de um fato não conhecido”. Há menção expressa a duas classes de fato: fato conhecido e fato não conhecido. A ocorrência do fato não conhecido será inferida a partir do fato conhecido. TARUFFO acentua que a definição brindada pelo texto normativo faz alusão a um conceito homogêneo de presunção, cuja única variação interna refere-se a quem determina tal consequência presuntiva: quando é o legislador, o caso é de presunção legal; quando é o juiz, o caso é de presunção simples (ou judicial). Como consequência disso, anota TARUFFO, as presunções legais são definidas como gerais e abstratas, enquanto que as presunções judiciais são entendidas como formulações no caso individual.

Essa caracterização unificadora das presunções não é confiável para TARUFFO, principalmente no que se refere às presunções formuladas pelo legislador. TARUFFO cita o exemplo da presunção de boa-fé. A norma que ordena que a boa-fé deve ser presumida não está estruturada conforme o artigo 2727; não há qualquer fato conhecido do qual se deva inferir o fato desconhecido. Que a norma de presunção de boa-fé possa ser explicada a partir da máxima de experiência segundo a qual “(normalmente) o possuidor tem boa fé” não faz com que automaticamente a presunção passe a contar com um fato conhecido (nessa interpretação, a qualidade de ser possuidor funcionaria como fato conhecido do qual se inferiria a boa fé). Essa é uma explicação psicologista que TARUFFO descarta. Para o autor, a regra do 2727 descreve perfeitamente a presunção judicial, mas está longe de representar o que acontece quando se decide a partir de uma presunção legal. A tipologia das presunções é muito mais complexa e diversificada do que a definição disposta no artigo 2727⁷³.

2.2.2. As presunções legais absolutas

Novamente partindo do exame de dispositivo legal, TARUFFO volta-se ao artigo 2728 do Código processual italiano. A redação do dispositivo está alinhada com a noção unitária do

⁷³ TARUFFO, 1991: 1: “Essa equiparação [entre presunção legal e judicial], muito embora derive de uma forte tradição histórica, não é confiável, sobretudo se se considera as presunções ‘conhecidas’ como legais”. T.L.

que seja presunção no direito (cristalizada pelo artigo 2727), mas prevê uma “distinção indireta”, de acordo com a qual a presunção pode ou não admitir prova contrária.

Ou seja, o artigo 2727 não se desdobra numa distinção geral das presunções legais, mas o artigo 2728 determina que as presunções podem sim diferenciar-se em função do elemento da prova contrária. Salvo exceção expressamente prevista, a prova contrária não é admitida. O fundamento é que a lei considera este ato nulo e não admite a sua ação em juízo. Trata-se de uma diferença radical: enquanto a presunção relativa é posta por norma que afirma um fato verdadeiro se e apenas se não há prova contrária, a presunção absoluta é posta por norma que afirma um fato verdadeiro impedindo a prova contrária. De acordo com TARUFFO, esse tipo de norma não impõe uma presunção, mas somente declara um ato nulo e o exclui do processo sob o fundamento de um raciocínio presuntivo que se supõe tenha sido formulado pelo legislador como uma premissa da qual resultou a norma formulada. A presunção não é o conteúdo da norma; é antes a sua explicação, é um “fundamento externo”⁷⁴ da norma. De acordo com TARUFFO, não se pode dizer que se trate de uma norma de presunção, dado que ela se limita a prever um efeito jurídico sem explicitar qualquer presunção.

*Essa [a presunção absoluta] pode ser compreendida como justificação da norma, mas não lhe constitui nem lhe modifica o conteúdo*⁷⁵.

Assim, a norma que tradicionalmente conhece-se por impor uma presunção absoluta, em realidade, não contém qualquer presunção. Ela pressupõe uma presunção. O legislador produz uma regra com base numa relação entre fatos: “Quando *P* ocorre, *Q* também ocorre”, por exemplo. Com base numa regularidade empírica como a existente entre as classes de fatos *P* e *Q*, o legislador que já tinha atribuído consequências jurídicas a *Q* por diversa e anterior disposição legal, resolve, atribuir a *P* os mesmos efeitos de *Q*. A relevância reconhecida a essa relação empírica e faz com que o legislador produza uma equiparação entre certas categorias de fatos. Em suma, se há alguma presunção, ela não está presente na norma, senão que faz parte de discussões de política legislativa realizadas precisamente com

⁷⁴ TARUFFO, 1991: 1.

⁷⁵ TARUFFO, 1991: 1. T.L.

o objetivo de que se produzir o texto⁷⁶. No entanto, como sabemos, nem tudo o que é discutido para se formular o texto é finalmente plasmado nele.

Tal equiparação é tão, mas tão importante, para o legislador que ele a blinda com a proibição de prova contrária ao fato a ser presumido. Aliás, TARUFFO esclarece que a exclusão de prova contrária não é fenômeno de natureza processual: trata-se de excluir a eventualidade de que, provando um determinado fato, a parte possa desaparecer com o pressuposto de existência do efeito jurídico previsto na norma. Significa que o objetivo do legislador é mesmo de conferir consequências jurídicas à ocorrência de um novo fato; isto é, ao fato que nas presunções ocupa a posição de fato básico. Ou seja: nas presunções absolutas, é a ocorrência do fato básico o que importa. Na presunção absoluta, a ocorrência do fato presumido é irrelevante. O fato a ser presumido é relevante em sede de discussão legislativa, mas na norma ele é, em realidade, irrelevante. É exatamente por força de sua irrelevância que se proíbe a prova contrária⁷⁷. Não há que se perder tempo ou que se dedicar esforços à prova de fatos irrelevantes.

Ademais, como acentua TARUFFO, se a relação de normalidade entre o fato conhecido

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, 1988: 62: “São considerações que dizem respeito a uma opção do legislador e, portanto, se inscrevem no plano da política legislativa. Sua relevância é, por assim dizer, pré-jurídica. Uma vez editada a norma, a respectiva eficácia manifesta-se com autonomia em relação aos motivos de conveniência ou de oportunidade que porventura a tenham inspirado; nem fica obscurecida essa verdade pelo papel que eventualmente possa desempenhar a ratio legis em matéria de interpretação”.

⁷⁷ TARUFFO, (1991: 2), a presunção absoluta é “uma técnica normativa dirigida a reforçar o rigor da disciplina substancial da *fattispecie*, subtraindo-a da disponibilidade do sujeito interessado, o qual ainda prescinde do fato de que a explicação da norma se funde sobre uma presunção do legislador”. T.L. Ou seja, para TARUFFO, é o direito substantivo que confere ou deixa de conferir relevância ao fato conhecido; o fato ausente da área de relevância jurídica tem a sua ocorrência posta fora de discussão. Trata-se de uma técnica de conferir efeitos jurídicos diretamente ao “fato básico”. Essa observação de TARUFFO parece ser compatível com a afirmação feita por BARBOSA MOREIRA segundo a qual a presunção absoluta tornava o próprio fato irrelevante. BARBOSA MOREIRA, 1988: 64: “A fórmula clássica, segundo a qual é inadmissível aqui a ‘prova em contrário’ – ainda com a retificação consistente na troca de ‘inadmissível’ por ‘irrelevante’ – não passa de biombo usado *commodidatis causa*: quem olhar através do biombo verificará que a circunstância de não aproveitar ao eventual interessado qualquer iniciativa tendente à demonstração de que o fato presumido não ocorreu, longe de representar simples limitação à atividade instrutória, constitui mero corolário, lógico e inexorável, de uma premissa latente, a saber: a de que o fato presumido é o fato sem relevância jurídica. Há, no fundo, uma equiparação de eficácia: a lei imprime ao esquema a+b a mesma eficácia que teria o esquema a+b+c, ou a+b+c+d, e assim por diante. Numa palavra: atribui efeitos iguais a diferentes esquemas de fato”.

e o fato desconhecido localiza-se no âmbito das discussões de política jurídica sem ser plasmada nas regras, a distinção conceitual entre normas de presunção absoluta e normas de ficção jurídica não se sustenta. Se se tem claro que as presunções absolutas apenas são inspiradas em regularidades empíricas – sem expressa referência na disposição textual –, não há linha que demarque sobriamente os limites dela com as ficções legais. As ficções legais ordenam que se tenha por verdadeira uma proposição fática sabidamente falsa, servindo para atribuir efeitos a certos fatos tais como seriam atribuídos a outros (os verdadeiros). As presunções absolutas servem para atribuir efeitos a certas categorias de fatos do mesmo modo que antes eram atribuídos a outros. Assentir que no caso das presunções absolutas a regularidade empírica entre essas categorias de fatos reduz-se à mera inspiração legislativa implica reconhecer que tal regularidade empírica não se faz presente na norma. Sendo assim, a presunção absoluta e a ficção legal desempenham o mesmíssimo papel: tanto umas quanto outras dispõem que satisfeitas as condições de aplicação, fica o juiz proibido de autorizar prova contrária à proposição a ser tomada como verdadeira. Em ambas as hipóteses, pouco importa se há provas contrárias e se a proposição fática em realidade é falsa⁷⁸.

2.2.3. As presunções legais relativas

Definida a presunção legal absoluta como uma técnica legislativa para mera atribuição de efeitos na qual inexistente qualquer presunção, TARUFFO afirma existir uma “radical diferença”⁷⁹ entre ela e a presunção legal relativa.

*Enquanto as segundas [presunções relativas] estão contidas nas normas e servem para afirmar um fato como verdadeiro se não há prova contrária, as primeiras [presunções absolutas] não estão contidas na normas as quais, por sua vez, servem para afirmar um fato como verdadeiro excluindo a prova contrária*⁸⁰.

Ou seja, de acordo com o autor, merece considerável atenção o fato de que as presunções relativas apresentam efetivamente o conteúdo de presunção; nelas não está pressuposto o dever de tomar um fato como verdadeiro. Seu efeito é de que precisamente o

⁷⁸ TARUFFO, 1991: 2.

⁷⁹ TARUFFO, 1991: 2.

⁸⁰ TARUFFO, 1991: 2. T.L.

juiz deve decidir como se uma proposição fática fosse verdadeira, desde que não haja prova que lhe seja contrária. Isto é, nos casos em que inexistam provas suficientes que contrariem a proposição fática em questão, o legislador pré-fixa a decisão sobre os fatos através de presunção. Essas normas determinam efeitos a fato cuja ocorrência não foi determinada, simplesmente porque tal ocorrência tampouco foi contrariada. Refletindo a partir das ideias de TARUFFO e, colocando em termos proposicionais, significa que: nas hipóteses em que não há provas de p nem de $não-p$, o legislador decide que o juiz deverá decidir como se p fosse verdadeiro. O legislador não deixa o significado da ausência de provas de p e de $não-p$ à discricionariedade do julgador; ele previamente determina. Essa determinação prévia serve a favorecer uma das partes.

Por isso é que TARUFFO esclarece ao leitor que a relação entre as presunções legais relativas e o ônus da prova é próxima. Nas palavras de TARUFFO, esse tipo de presunção serve para *inverter* o ônus da prova⁸¹. A afirmação de TARUFFO é parcialmente correta. Explico: se, de acordo com os princípios gerais de ônus da prova entende-se que “aquele que alega tem de provar o conteúdo da alegação”, então é certo que a presunção relativa serve para eximir a parte que beneficia da necessidade de provar o alegado. Inverte o ônus porque impõe ao adversário o risco da falta de provas contrárias, e não à parte beneficiada o risco da falta de provas favoráveis ao alegado. Mas, se consideramos as regras processuais cujo conteúdo é de distribuição do ônus da prova e as comparamos com presunções relativas, veremos que nem sempre as presunções invertem o ônus. Há vezes em que elas simplesmente especificam a regra geral de ônus segundo a qual o autor prova os fatos constitutivos do direito pretendido, enquanto que o réu prova os fatos que extinguem, modificam ou impedem a pretensão do autor. Não trazem qualquer exceção, mas tão-somente especificação. A “presunção de inocência”, por exemplo, em termos processuais não inverte o ônus; ela especifica que o autor (a acusação) que alega a culpabilidade, corre com o ônus de prová-la⁸². A presunção e o ônus da prova beneficiam uma mesma parte, por assim dizer: a regra de ônus estabelece que é o autor quem deve provar o fato que suporta a sua pretensão, sendo a acusação quem deve provar a culpabilidade do réu; por sua vez, a presunção de inocência dispõe que o fato inocência deverá ser presumido até que se prove o contrário (a culpabilidade), especificando

⁸¹ TARUFFO, 1991: 2.

⁸² Se, como veremos a seguir, TARUFFO considera a regra referente à boa-fé um exemplo adequado de presunção relativa, pela mesma razão, consideraria a regra referente à inocência outro exemplo adequado.

que é a acusação quem deve se esforçar a culpabilidade. Então, A afirmação de TARUFFO segundo a qual a presunção serve para inverter o ônus da prova é correta se se considera como ponto de partida apenas a regra em questão, pois é inquestionável que a função da regra seja o de jogar para a outra parte o esforço de contraprová-la; mas, se tomamos como ponto de partida não somente a regra que estabelece a presunção, mas a comparamos com as regras que já cuidam de distribuir o ônus da prova em dado sistema jurídico, pode ser que a regra que estabelece a presunção cuide apenas de repetir a mesma distribuição para uma *fattispecie* específica. Seria, pois, o que acontece com a “presunção de inocência”. Poder-se-ia pensar: para quê formular uma regra para que só repita o já posto por outra? A resposta poderia ser de que o objetivo é de ênfase; de que o legislador tenha querido enfatizar dada a relevância de certas situações específicas. Isso, por outro lado, implica reconhecer que a maior utilidade prática das presunções é mesmo de inverter o disposto pelas regras processuais que distribuem o ônus da prova entre as partes, redistribuindo de modo diferente em algumas situações específicas.

De todo modo, o que TARUFFO pretendeu acentuar é que as presunções relativas cumprem a função de atribuir efeitos jurídicos a uma das partes pela mera alegação da ocorrência de um fato, dado que estabelece o dever de tomá-lo como verdadeiro sempre e quando inexistam provas contrárias suficientes. O risco de ausência dessas provas contrárias suficientes pesará sobre o seu adversário. Se o adversário não abandona a inércia, se não abraça a iniciativa probatória rumo aos fatos contrários à presunção, os efeitos deverão ser entregues ao beneficiário que nada teve que provar para tanto. Para ilustrar a relação entre a atribuição de efeitos e a dispensa de atividade probatória, TARUFFO oferece o exemplo da presunção de boa fé do possuidor. Nela, o possuidor não precisa demonstrar a sua boa-fé, senão que ao adversário é que cabe a prova da má-fé; só assim pode evitar os efeitos atribuídos à posse de boa-fé. Na hipótese de que se trate de uma ação de usucapião, o autor da ação apenas terá de ver-se com o ônus de alegação da boa-fé na posse, cabendo exclusivamente àquele que quer evitar os efeitos da posse de boa-fé os riscos de ausência ou insuficiência de prova da má-fé⁸³.

⁸³ A presunção relativa autoriza efeitos jurídicos àquele que apenas alega um fato. Produz hipóteses nas quais quem alega, não precisa provar. Diante desse fenômeno, TARUFFO chega a ocupar a expressão de “inversão de ônus da prova”, no sentido de que a presunção relativa concede inércia à parte que alega, atribuindo ao adversário os riscos de eventual ausência de prova, o que, conseqüentemente, serve a fomentar a produção de

O exemplo da boa-fé serve a dois propósitos: esclarecer o efeito probatório de se facilitar a entrega de consequências jurídicas a uma das partes em detrimento do peso posto sobre a outra e, num segundo momento, o exemplo também para fundamentar a afirmação de TARUFFO de que as presunções relativas não representam uma modalidade de conhecimento de fatos. Já vimos em que sentido as presunções relativas implicam efeitos probatórios às partes, agora veremos em que sentido elas não representam uma modalidade de conhecimento dos fatos. Segundo TARUFFO isso se deve ao fato de que as presunções relativas não têm estrutura inferencial; não partem de um fato conhecido e rumam a um fato desconhecido. Quando em razão de uma presunção se afirma um fato como verdadeiro, isso é feito exclusivamente para que se lhe atribuam dadas consequências jurídicas, não havendo qualquer pretensão de que essa afirmação corresponda-se à realidade objetiva. Só há janela para decisão com base em conhecimento dos fatos quando a conclusão da presunção relativa é afastada pelo advento de provas contrárias: quando há provas contrárias, pode-se dizer – segundo TARUFFO – que há decisão com base no conhecimento dos fatos; quando não há provas contrárias e a decisão seja por presunção, não há qualquer pretensão de verdade na

prova contrária ao fato a ser presumido. A menção à inversão da regra geral de ônus da prova como sendo a principal função das presunções está em TARUFFO, 1991: 2: “O efeito imediato das presunções legais relativas é o da inversão do ônus da prova sobre o fato a ser presumido: a presunção elimina a necessidade de que aquele que alega forneça a demonstração segundo o princípio geral do artigo 2697, impondo à contraparte o ônus de fornecer a contraprova se quer evitar que se realize o efeito jurídico da categoria de fato ao qual o fato a ser presumido pertence”. T.L. No entanto, as presunções relativas não necessariamente servem à inversão. É possível que uma presunção legal relativa apenas especifique a regra geral de distribuição de ônus da prova, sem qualquer inversão. A presunção de inocência, por exemplo, especifica ao contexto processual a regra segundo a qual “quem alega tem de provar”; é a acusação quem alega um fato e é a mesma acusação quem tem de prová-lo. Não há, pois, qualquer inversão. Afirmando justamente o caráter *contingencial* da relação entre a presunção relativa e a função de inverter o ônus da prova, ver BARBOSA MOREIRA, 1988: 60-61: “Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em inversão do ônus da prova. Com efeito, o resultado da aplicação da regra especial (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente coincidir, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus. [...] é claro que a importância da presunção legal avilta precipuamente nos casos de não-coincidência, pois nestes é que ela produz efeitos práticos apreciáveis; mas permanece válida a observação de que as presunções legais não constituem exceções à regra comum sobre distribuição de ônus da prova: as normas que as consagram são, isso sim, normas especiais, que prevalecem sobre a geral, sem necessidade de contradizê-la em concreto”.

afirmação de que certo fato é verdadeiro. Essas duas situações não devem ser confundidas⁸⁴. Em suma, para TARUFFO, a norma reflete uma vontade do legislador de facilitar a determinação dos fatos a partir de critérios que podem ser distintos à aproximação da verdade e, neste sentido, não se configura um instrumento para conhecimento dos fatos. Até porque, diz o autor, “seria absurdo pensar numa técnica de conhecimento dos fatos predeterminada pela norma”⁸⁵.

Finalmente, merece registro o fato de que TARUFFO trata das presunções jurisprudenciais no interior do item dedicado às presunções legais relativas. Essa escolha deve-se ao efeito produzido pelas presunções jurisprudenciais: à semelhança das presunções legais relativas, elas servem a distribuir o ônus da provas, antecipando às partes como será a decisão do julgador na hipótese de que ele se encontre em estado de dúvida quanto aos fatos. À semelhança do que se consegue através da formulação de uma presunção legal relativa, ela também estabelece uma regra de julgamento antecipado para os casos de falta ou insuficiência probatória, de maneira que, não se produzindo prova contrária ao fato a ser presumido, será o adversário da presunção quem deverá ser brindado com efeitos negativos. A identidade de efeitos entre as presunções legais relativas e as jurisprudencialmente formuladas é que faz com que TARUFFO veja como oportuno o esclarecimento de que essas últimas não merecem ser confundidas com as presunções simples (ou judiciais).

O fato de que tais presunções não sejam postas pela lei não implica que se trate de presunções simples, sendo seu efeito típico o de provocar uma inversão do ônus da prova, não aquele que conduz à determinação da ocorrência do fato contestado; não se trata, tampouco, de um tertium genus, ou de um híbrido entre presunção legal relativa e presunção simples, o que seria absurdo dada a completa diversidade dos dois fenômenos. Parece, ao contrário, evidente que a estrutura característica da presunção jurisprudencial é análoga àquela da presunção legal relativa, porquanto se move de um fato a ser presumido a favor de uma parte de modo a atribuir a outra o ônus da prova contrária. Na realização dessa operação, a jurisprudência não formula uma inferência do fato conhecido ao fato cuja ocorrência se desconhece para determiná-lo por presunção; presume-o sem determiná-lo reservando ao juiz o seu conhecimento apenas no caso em que a

⁸⁴ TARUFFO, 1991: 3.

⁸⁵ TARUFFO, 1991: 3.

*parte onerada produza prova contrária. Trata-se, como é evidente, de uma operação em tudo semelhante àquela que o legislador realizou estabelece uma presunção legal relativa: ambas prescindem da determinação da verdade do fato presumido, ambas têm efeito somente no plano da distribuição do ônus probatório entre as partes*⁸⁶.

Não há qualquer inferência do julgador entre a relação de regularidade entre categorias de fatos que justifique a sua aproximação com as presunções simples (ou judiciais). Sobre elas, Taruffo não deixa de expor o questionamento acerca de se o juiz está autorizado a criar presunções com o objetivo de regular o ônus da prova no caso individual de forma diferente da estabelecida pela regra geral⁸⁷.

2.2.4. As presunções simples

Por último, TARUFFO desenvolve o argumento de que as presunções simples (ou judiciais) destoam totalmente das presunções legais (e também das jurisprudenciais). Sua compreensão apoia-se numa análise quanto aos efeitos tão distintos que são produzidos por umas e outras. Como vimos, as presunções legais e jurisprudenciais representam estratégias de distribuição e redistribuição do ônus da prova e, como tais, atuam na facilitação da determinação processual dos fatos relevantes para a solução de mérito. Quando o juiz aplica alguma dessas presunções não pode afirmar que chegou a conhecer o fato que, por força delas, afirma ser verdadeiro (salvo nas hipóteses em que o julgador pode decidir com base na prova contrária). Em suma, de acordo com TARUFFO, em nenhuma delas é possível que o juiz afirme que conhece o fato dito como verdadeiro. São meros instrumentos de determinação institucional dos fatos porquanto vinculados à distribuição do ônus da prova entre as partes. Por outro lado, segundo TARUFFO, as presunções simples são as únicas que envolvem efetivamente um raciocínio inferencial que parte de um fato conhecido e conclui pela ocorrência de um fato desconhecido⁸⁸. De forma mais precisa, TARUFFO afirma que “a

⁸⁶ TARUFFO, 1991: 3. T.L.

⁸⁷ TARUFFO, 1991: 3: “A esse respeito [referindo-se às presunções jurisprudenciais], o problema é de se o juiz pode ou não criar presunção desse gênero, invertendo o ônus da prova entre as partes sem que alguma norma expressamente consinta”. T.L.

⁸⁸ Aliás, sobre a expressão “fato desconhecido”, TARUFFO esclarece que a categoria do fato juridicamente relevante é de conhecimento do juiz; o que ele propriamente não sabe é se a proposição fática referente a ele, no

presunção deriva de uma inferência que assume o fato conhecido como premissa e conduz à formulação de uma conclusão sobre a existência ou inexistência de um fato ignorado”. A presunção é uma inferência realizada a partir da aplicação de um “critério cognoscitivo”, é ele quem instaura a conexão entre uma classe de fato (a classe de fato do fato conhecido) e outra (a classe de fato do fato até então desconhecido). Esse critério cognoscitivo de que depende a conexão entre as classes de fato é tradicionalmente conhecido como o *id quod plerumque accidit*, ou “máxima de experiência”.

Assim, considerando hipoteticamente que se haja partido de uma determinação correta do fato que serve de premissa (isto é, a proposição fática referente ao fato conhecido é correta), a confiabilidade do raciocínio inferencial fica a depender da confiabilidade da máxima de experiência. Por isso, TARUFFO acaba reconhecendo que “a complexa problemática das máximas de experiência acaba se refletindo inteiramente sobre a noção de presunção simples”⁸⁹. O valor de verdade que pode ser atribuído à conclusão (fato desconhecido ou fato presumido) dependerá diretamente da qualidade da máxima de experiência que integra a presunção simples formulada pelo julgador.

Faz sentido, portanto, a preocupação do legislador italiano com os requisitos para o uso das presunções simples: ao mesmo tempo em que deixa à prudência do julgador a formulação de presunções judiciais, o legislador desconfia do que pode ser prudente ao olhos do juiz e lhe impõe limites⁹⁰. A regulamentação das presunções simples é o último item do artigo de 91. Nele, TARUFFO analisa a exigência jurídica de que as presunções formuladas pelo julgador sejam graves, precisas e concordantes. O juiz tem discricionariedade para a integração de máximas de experiência que julgue pertinentes ao fato conhecido e ao fato que

caso particular, é falsa ou verdadeira. TARUFFO, 1991: 4: “*Fato desconhecido* significa, assim, fato relevante ainda que sua ocorrência não tenha sido determinada de forma definitiva; e não um fato completamente desconhecido pelo juiz”. T.L.

⁸⁹ TARUFFO, 1991: 4.

⁹⁰ TARUFFO, 2002: 471: “[...] O legislador deixa as presunções à ‘prudência’ do juiz, como diz o artigo 2729 do cod. civ. it., precisamente porque se trata de raciocínios e inferências que dependem necessariamente de sua convicção discricional e não podem ser de nenhum modo reguladas e determinadas pela lei. Contudo, ao mesmo tempo o legislador demonstra uma neta desconfiança frente a essa ‘prudência’ do juiz e de sua capacidade de formular inferências fáticas aceitáveis e logicamente fundamentadas, introduzindo a esse respeito limites legais”. T.L.

quer conhecer, mas, nessa atividade, deve preocupar-se em formular presunções que sejam graves, precisas e concordantes.

A ratio da norma é clara: nem toda inferência que parta de um “fato conhecido” a um “fato desconhecido” oferece a prova deste último, dado que podem existir inferências duvidosas, vagas, contraditórias ou, em todo caso, demasiado “fracas” para ser suficientes a esse efeito; por outro lado, é concebível que a prova se obtenha quando as inferências formuladas pelo juiz sejam suficientemente “seguras” e “fortes” para reduzir a margem de erro e de inaceitabilidade do raciocínio por presunção⁹¹.

O requisito da gravidade refere-se ao grau de confiabilidade da a inferência presuntiva que parte do fato conhecido e conclui pela ocorrência do fato desconhecido. Nas palavras de TARUFFO, há gravidade quando “a presunção fornece uma base cognoscitiva suficiente para justificar a conclusão que o fato a ser determinado seja verdadeiro”⁹², e isso ocorre quando a probabilidade de que o fato desconhecido tenha acontecido é superior à hipótese oposta: quando o fato conhecido acontece, é mais provável a hipótese de ocorrência do fato desconhecido do que a hipótese de sua inoocorrência. Ademais, as presunções devem ser precisas. Isso quer dizer que o sentido da ocorrência do fato conhecido deve ser a ocorrência do fato desconhecido; deve haver univocidade entre fato conhecido e fato que se quer determinar a ocorrência. A inferência que parte do fato conhecido permite derivar conclusão referente ao fato presumido e não a outros. Ora, sobre isso, apesar de que TARUFFO tenha chegado a afirmar que a precisão é um requisito implícito ao da gravidade – pois, “é evidente que a presunção não pode atribuir um adequado grau de confiabilidade à hipótese do fato desconhecido se não é unívoca e privada de contradições”⁹³ –, ele sabe que não ser tão simples assim. Em texto diverso, TARUFFO foi mais feliz em 92, quando reconheceu que os fatos que conhecemos podem ter distintos desdobramentos, diferentes conclusões.

O critério da univocidade não pode ser entendido de forma logicamente absoluta (de modo que se daria apenas no caso impossível em que o fato

⁹¹ TARUFFO, 1991: 4. T.L.

⁹² TARUFFO, 1991: 4.

⁹³ TARUFFO, 1991: 4.

conhecido fundamentara uma única inferência e essa estivesse referida ao fato a se provar), mas somente de forma relativa⁹⁴.

TARUFFO explica ao leitor que o requisito da precisão deve ser interpretado como uma exigência univocidade prática. Muito embora o fato conhecido possa teoricamente fundamentar uma série de conclusões para além da conclusão de que o fato desconhecido ocorreu, é suficiente que, no caso concreto, a conclusão pela ocorrência do fato desconhecido seja a mais provável dentre todas as conclusões alternativas. Univocidade prática é univocidade relativa a um contexto: naquele contexto específico a presunção satisfaz o requisito da precisão quando a conclusão que ela oferece é a mais provável dentre todas as conclusões possíveis.

Finalmente, o requisito da concordância carrega consigo a exigência de que haja mais de uma presunção simples e que elas apontem a uma mesma conclusão de ocorrência do fato a ser presumido. Partindo-se de distintos fatos conhecidos chega-se à conclusão de que o fato cuja ocorrência se desconhece aconteceu. Como ressaltado por TARUFFO, um cenário que conte com várias inferências probatórias as quais compartilham o mesmo ponto final (do fato a ser presumido) é epistemicamente positivo porque traduzem um maior grau de confirmação. Mas, que isso seja desejável não significa que seja necessário: não é razoável exigir que todas as presunções simples concordem entre si; é possível que somente a concordância de algumas sejam baste, ou, até mesmo, que uma única presunção seja suficiente. Casos que contem com concordância de algumas e discordância de outras dependerá do grau de confirmação conferido pelas máximas que servem de ponte à formulação das inferências. É possível, inclusive, pensar em cenários onde não haja mais de uma presunção, mas que esta única presunção formulada seja forte o suficiente para confirmar a hipótese do fato desconhecido.

O requisito da concordância das presunções simples não se apresenta de forma absoluta (isto é, necessariamente válido para todas as presunções formuláveis em um caso concreto), senão que de forma relativa e concebida razoavelmente em termos de prevalência. Isto é, resultará provada a hipótese sobre o fato que se fundamente sobre diversas inferências presuntivas convergentes (isto é, sobre diversas presunções concordantes) quando essa

⁹⁴ TARUFFO, 2002: 474. T.L.

*hipótese esteja dotada de um grau de confirmação prevalecente se comparada a outras hipóteses as quais se referem a outras inferências presuntivas*⁹⁵.

Assim, o tema das presunções judiciais acaba por ser influenciado diretamente pelas generalizações entre as categorias de fatos aos quais fato conhecido e desconhecido, básico e presumido, encaixam-se finalmente ao se realizar o raciocínio tido como “por presunção”. Em decorrência de tal reconhecimento, TARUFFO dedica-se a analisar criticamente a noção de máxima de experiência em outros escritos seus. O item seguinte se ocupa precisamente desse importante componente das presunções judiciais o qual, como bem acentuado por TARUFFO, merece especial atenção. A racionalidade das chamadas presunções judiciais depende largamente daquilo que fará o papel de ponte entre as informações e os fatos que se quer provar.

2.2.5. A noção de “máximas de experiência” ou a necessidade de generalizações

Tradicionalmente, quando se trata de asignar a área do conhecimento onde estariam localizadas as máximas de experiência, a resposta que usualmente se dá é de que fazem parte da cultura média, do senso comum, daquele conjunto de noções que constituem o patrimônio cultural de um certo lugar e de um certo momento histórico. No entanto, TARUFFO faz questão de recordar que “se bem é certo que as máximas pertencem à cultura média, também é certo que nela não se esgotam”⁹⁶. Seja qual for a relação entre as máximas e a cultura média e com o senso comum – se são reduzíveis a meras expressões do senso comum ou não – geralmente se concorda com o fato de que a sua origem está *fora* dos limites jurídicos. Isso significa assumir que “em grande parte o raciocínio do julgador não se regula por normas jurídicas, nem é determinado por critérios que só pertencem ao direito”⁹⁷. Para desenvolver uma análise crítica das máximas de experiência que leve em conta os perigos de entrada à irracionalidade e conseqüente *deficit* de justificação das decisões judiciais⁹⁸, TARUFFO recorre à noção de

⁹⁵ TARUFFO, 2002: 476. T.L.

⁹⁶ TARUFFO, 2009: 440.

⁹⁷ TARUFFO, 2001: 665.

⁹⁸ TARUFFO, 2002: 667: “O verdadeiro problema é o de compreender que coisa acontece quando o raciocínio do juiz ultrapassa os confins disso que convencionalmente se entende como ‘direito’, e, portanto, de identificar quais são as garantias de racionalidade e de razoabilidade, de confiança, de aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que – simplesmente – não são diretamente ou indiretamente

stock of knowledge (acúmulo de conhecimentos)⁹⁹, de TWINING, e à distinção oferecida por SCHAUER, entre *generalizações espúrias e não-espúrias*¹⁰⁰.

De posse dessas reflexões, TARUFFO toma distância do tradicional tratamento conferido por STEIN, de acordo com o qual a partir de máximas de experiência seriam realizadas “inferências de caráter dedutivo rumo à determinação dos fatos”¹⁰¹. Ele se afasta desse tratamento por saber que as inferências que concluem pela ocorrência/inocorrência de um fato, na maior parte das vezes, não apresentam um caráter rigorosamente dedutivo¹⁰²: há generalizações que, não sendo universais, abrem a possibilidade de que a conclusão da inferência seja falsa; a despeito de que as premissas sejam verdadeiras; que a verdade das premissas não resulte na verdade da conclusão faz do raciocínio por máxima de experiência encaixar-se num raciocínio de caráter não-dedutivo¹⁰³. Considerando que a terminologia de “máxima de experiência” caracteriza-se tradicionalmente pela pretensão de integrar inferências de caráter dedutivo e garantidoras de certezas absolutas, TARUFFO crê oportuno recorrer a noções que se compatibilizem com o reconhecimento de que no contexto jurídico não lidamos com certezas absolutas. Nesse sentido, é importante refletir sobre a atividade intelectual realizada no direito a partir de teorizações que se dediquem a modos não-dedutivos como que incluídos numa proposta de racionalidade. O raciocínio probatório não é exclusivamente dedutivo; aliás, sequer em sua maior parte seria correto afirmá-lo como de caráter dedutivo¹⁰⁴.

controláveis ou determináveis pelo direito”. T.L.

⁹⁹ TWINING, 2006b: 332-343.

¹⁰⁰ SCHAUER, 2003.

¹⁰¹ STEIN, 1893 (1990).

¹⁰² A crítica a STEIN está em TARUFFO, 2009: 443.

¹⁰³ Faço uso da distinção entre raciocínios dedutivos e não-dedutivos para afastar-me de uma discussão que, apesar de importante à teoria do direito e do raciocínio jurídico, não interfere nas conclusões a ser extraídas na temática das presunções. Refiro-me à distinção entre indução e abdução, que aqui não será abordada. Para os interessados em se aprofundar nela, ver TUZET, 2014b.

¹⁰⁴ GAMA (2013: 85) lhe acompanha na conclusão de que o direito caracteriza-se sobradamente por raciocínios não-dedutivos: “[...] autores como TARUFFO puseram ênfase que se trata de uma noção (a de máximas de experiência) sumamente ampla e indefinida que integra um conjunto amplo, indefinido e heterogêneo de critérios. O extenso conjunto de enunciados que os juristas costumam reconduzir (frequentemente de maneira

Dito isso, TARUFFO propõe que se compreenda as máximas como integrantes de nosso *stock of knowledge*, de nosso esquema de crenças. Nas palavras de TWINING,

Esse amontoado de crenças não representa um conjunto de proposições individuais empiricamente testadas e perfeitamente articuladas; pelo contrário, tanto individual quanto coletivamente, nós temos aglomerações de crenças definidas de modo falho e que tipicamente consistem num caldo complexo de informações mais ou menos bem fundamentadas, modelos sofisticados, memórias anedóticas, impressões, histórias, mitos, provérbios, desejos, estereótipos, especulações e preconceitos. Não há uma demarcação rígida entre fato e valor. Nem entre fato, fantasia e ficção. Tampouco se pode esperar consistência e coerência de um stock of knowledge individual ou social¹⁰⁵.

As máximas, portanto, localizam-se nesse amontoado de crenças que formam o nosso senso comum. Enunciam-se na forma de regras, em proposições de caráter tendencialmente geral. Frise-se “tendencialmente”. Ademais, de acordo com TARUFFO, deve-se destacar que as máximas referem-se a uma pluralidade de fatos ou de comportamentos cujo conhecimento se supõe derivado da experiência e da observação. São descrições de regularidade da ocorrência de fatos. Descrições da regularidade entre categorias de fatos que podem ser mais ou menos

inadvertida) à noção de máxima de experiência abarca desde leis naturais ou leis lógicas a noções científicas, generalizações empíricas, tendências genéricas, regras extraídas do sentido comum, frequências estatísticas, opiniões ou prejuízos difundidos, noções vulgarizadas e superficiais provenientes de distintos campos (psicologia, economia, sociologia, ética, etc). Do anterior, deriva-se uma consequência que é importante advertir: da heterogeneidade de critérios que integram a noção de máximas de experiência se desprende uma correspondente heterogeneidade de tipos de raciocínio presuntivo. Neste sentido, como enfatiza TARUFFO, quando a máxima de experiência consiste em um enunciado de caráter universal (como uma lei natural ou científica) a presunção deriva de uma inferência dedutiva capaz de dotar de certeza a conclusão extraída a partir de um fato conhecido. Se bem este tipo de inferências são possíveis de serem formuladas no terreno jurídico, são pouco frequentes. Na maior parte dos casos, contudo, a máxima de experiência expressa unicamente uma conexão provável entre o fato conhecido e o fato desconhecido, com graus de probabilidade sumamente diversos. Nestes casos, a presunção deriva de uma inferência indutiva que só é capaz de conduzir a conclusões prováveis. Em outros termos, o grau de aceitabilidade da inferência presuntiva está determinado, portanto, pela natureza e conteúdo da máxima de experiência utilizada como regra de inferência”. T.L. Neste mesmo sentido, IGARTUA SALAVERRIA, 2003: 164. “O equadramento intelectual das máximas de experiência se desdobra em duas famílias: as leis científicas e as generalizações de senso comum. No que se traduz a diferença mais destacável entre umas e outras? De pronto, um grau diferente de probabilidade”. T.L.

¹⁰⁵ TWINING, 2006b: 338. A referência ao *stock of knowledge* em Taruffo pode ser vista em TARUFFO, 2009: 440.

gerais, conter ou não exceções. É neste ponto que TARUFFO se apoia na distinção proposta por SCHAUER, entre *generalizações espúrias e não-espúrias*¹⁰⁶. *Generalizações não-espúrias* são aquelas que contam com fundamentos empíricos e as espúrias são aquelas que carecem disso. SCHAUER refere-se expressamente a “bases estatísticas sólidas”¹⁰⁷. Portanto, as generalizações não-espúrias são enunciados descritivos, descrições de regularidades entre fatos que se fundam em bases estatísticas sólidas; as generalizações espúrias, pelo contrário, são descrições defeituosas porque não se correspondem à realidade. E não se correspondem à realidade – como pretendem – porque carecem de bases empíricas sólidas no seu fundamento. Elas falham na descrição da realidade e, quando empregadas num raciocínio inferencial, dão origem a falsas conclusões sobre os fatos; promovem proposições fáticas que não refletem a realidade objetiva sequer numa considerável maioria de vezes.

Essas são considerações críticas que TARUFFO faz questão de realizar quando presta tratamento ao raciocínio formulado pelo julgador quando o objetivo é de determinar a ocorrência dos fatos nos casos concretos. Quando o juiz formula uma inferência que vai de um fato conhecido ao fato que se quer provar, seu raciocínio necessariamente compõe-se de uma generalização cujo conteúdo versa sobre as categorias de fatos das quais os fatos do caso concreto são instâncias particulares). Só é possível determinar a ocorrência de q a partir de p mediante o suporte da generalização segundo a qual “Quando P ocorre, Q ocorre também”. Dito isso, ao menos dois são os cuidados que requer sejam tomados: (1) é preciso evitar as generalizações espúrias em função de sua questionável credibilidade e (2) é preciso ser consciente de que as generalizações não-espúrias são distintas entre si, e, por isso, prestam-se a oferecer garantias de distintos graus de força às inferências presuntivas. Essas reflexões de SCHAUER servem para demonstrar como em nossa vida cotidiana julgamos justificado o uso de generalizações não-universais em determinadas situações.

(1) Quanto ao perigo da generalização espúria. A conclusão a que se chegue a partir do emprego de uma generalização desse tipo será igualmente questionável e não merecedora de que se lhe conceda valor de verdade. Pense-se hipoteticamente na conclusão de que foi Antonio quem cometeu a conduta de agressão porque ele é o único do signo zodiacal de áries dentre os envolvidos. Apesar da popularidade da astrologia, a generalização de que “Os

¹⁰⁶ SCHAUER, 2003: 7 e ss.

¹⁰⁷ SCHAUER, 2003: 7.

arianos são agressivos” ainda não foi confirmada por estudos que demonstrem pelo menos uma das alternativas seguintes: (a) que todas as pessoas do signo de áries sejam agressivas; (b) que a maioria das pessoas do signo de áries seja agressiva, considerando o conjunto total de arianos, ou (c) de que comparando o número de pessoas agressivas do signo de áries ao número de pessoas agressivas de outros signos, a quantidade de pessoas arianas agressivas é proporcionalmente superior à quantidade de pessoas agressivas de qualquer dos demais signos¹⁰⁸. Como a proposição generalizadora não corresponde a qualquer das alternativas, a afirmação de que “Os arianos são agressivos” simplesmente não prospera a partir de uma perspectiva racional e, por consequência, não serve a fundamentar a conclusão de que uma pessoa específica seja a responsável por alguma agressão pelo fato de que ela seja do signo de áries¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Quando empregada em sentido comparativo, “*X é Y*” é generalização não-universal que se ampara no fato de que *Y* é uma qualidade que aparece mais em *X* do que em outras categorias alternativas a *X* desde um ponto de vista comparativo. O exemplo oferecido por SCHAUER refere-se à raça de cachorros bulldogs e à característica de possuírem problemas de costela. Quando afirmamos que “Os *bulldogs* têm costelas ruins” não necessariamente estamos dizendo que todos os bulldogs têm costelas ruins, nem mesmo que a maioria dos bulldogs tem costelas ruins. Podemos estar a afirmar que uma percentagem considerável dos bulldogs tem problemas de costelas se comparada à percentagem de cachorros que têm problemas de costelas dentro da categoria *cachorros* como um todo ou se comparada à percentagem de cachorros com problemas de costelas de outras raças específicas. Schauer afirma que entenderíamos como sólida a afirmação de que bulldogs têm costelas ruins mesmo que apenas 30% dos bulldogs apresentassem essa característica, desde que a percentagem de cachorros com problemas de costelas considerando todos os animais *cachorros* ou considerando uma raça específica fosse, digamos, de 5% (um número bem abaixo bem abaixo e que justificasse a ênfase posta através da generalização). Ver SCHAUER, 2003: 10.

¹⁰⁹ SCHAUER oferece outros exemplos de generalizações espúrias. SCHAUER, 2003: 14-15: “No Japão, e mais recentemente na China, há uma crença difundida de que se pode generalizar sobre as personalidades das pessoas sobre a base de seu tipo sanguíneo. Consequentemente, pessoas as vezes não são contratadas para funções para as quais são qualificadas por causa de seu tipo sanguíneo, a despeito da inexistência de provas da relação entre tipo de sangue e personalidade, assim como não há provas da relação entre signo astrológico ou tamanho e forma de crânio e traços de personalidade. Um exemplo mais próximo, considere a bastante acreditada generalização de que homens gays não possuem coragem. Outra vez, assuma que podemos distinguir homens gays de homens heterossexuais. E assuma também que exista alguma medida para coragem, como a disposição para o risco de morrer por uma causa em que se acredita, como um soldado que não desobedece comandos e foge mesmo em situações de fogo direto contra si. A generalização de que homens gays não possuem coragem seria sólida estatisticamente desde que homens gays tivessem a tendência à coragem numa proporção menor daquela possuída por todos os homens, ou por todas as pessoas, ou numa proporção menor do que a apresentada por homens heterossexuais. Não há qualquer estudo que demonstre isso”. T.L.

(2) Mas, não basta evitar as generalizações espúrias. Também importa que se reconheça que as generalizações não-espúrias (aquelas nas quais podemos confiar) emprestam garantias com distintos graus de força às inferências presuntivas as quais integram: generalizações não-espúrias universais emprestam uma garantia mais forte às conclusões do que as não-universais, ambas são ferramentas úteis a um processo epistemicamente comprometido, apesar de forças diferentes. Um processo no qual se parta de um fato conhecido p e da proposição generalizadora “Sempre que P ocorre, Q também ocorre” chega à conclusão de que q ocorreu de forma robustamente autorizada. Pois, se se i) sabe que p ocorreu e também se sabe que ii) “sempre que P ocorre, Q também ocorre”, a conclusão a qual se chega é de que iii) q ocorreu. No entanto, a atividade intelectual realizada na determinação dos fatos em contexto judicial não se resolve com exclusiva aplicação de generalizações universais, do tipo que “Sempre que P ocorre, Q também ocorre”. Ao contrário, constantemente há que se lidar com a necessidade de se averiguar a ocorrência de fatos a partir de juízos de probabilidade; de modo que as conclusões necessariamente verdadeiras terminam convertendo-se distantes do horizonte jurídico¹¹⁰: as generalizações não-universais terão de ser empregadas também; mais do que as generalizações universais. Imagine-se um caso em que uma embarcação tenha naufragado. Naufrágios costumam resultar em mortes. A morte dos passageiros é provável; mais provável ainda a morte de passageiros idosos ou de passageiros crianças (no caso dos idosos, em razão de limitações físicas próprias do avançar da idade – como nadar, mover-se com rapidez etc; no caso das crianças, por não terem desenvolvido habilidades importantes para tais condições – como nadar, mover-se com rapidez etc.). Nada disso impede que se encontrem sobreviventes e mais; que entre os sobreviventes, existam idosos e crianças. Por outro lado, a possibilidade de que existam sobreviventes não invalida um raciocínio que considere a probabilidade de que idosos e crianças tenham morrido após o término dos procedimentos de busca. Muitas vezes, nos mais variados contextos, o melhor que podemos ter são proposições fáticas prováveis.

Neste sentido, a análise realizada por TARUFFO de autores como TWINING e SCHAUER serve a colocar em relevo o raciocínio não-dedutivo na determinação dos fatos no contexto

¹¹⁰ Aliás, não apenas no contexto judicial. Também em nossa vida cotidiana julgamos justificado o uso de generalizações não-universais em determinadas situações. A sua qualificação de algumas generalizações não-universais como generalizações não-espúrias reflete a adesão social prestada a afirmações desse tipo: que não sejam universais não significa que sejam infundadas.

jurídico. Pensar criticamente no esquema de crenças a partir do qual o juiz interpreta a realidade, ter atenção aos perigos que rodeiam as generalizações com as quais as suas inferências são formuladas configuram dois grandes conselhos de TARUFFO. A racionalidade das decisões judiciais depende disso. Com vistas a garantir a racionalidade das decisões, os sistemas jurídicos devem contar com mecanismos hábeis a descartar o ingresso de generalizações espúrias. A formulação das chamadas presunções judiciais deve descartar generalizações espúrias, as quais infundadamente descrevem relações entre categorias de fatos. O problema das presunções judiciais é o problema do ingresso das generalizações espúrias.

2.2.6. Breves considerações sobre a proposta de Michele Taruffo

Como disse ao princípio, o objetivo de TARUFFO é de iluminar as distinções existentes entre todas as situações identificadas como “presunções”. Muito embora a dogmática processual tenha se esforçado por unificar diversas hipóteses como espécies de presunção – todas espécies de um mesmo gênero –, TARUFFO quis salientar o oposto. As características supostamente unificadoras – de estarem estruturadas entre fato básico e fato a ser presumido e de serem a institucionalização de uma “máxima de experiência” – são objeto do olhar crítico de TARUFFO: nem tudo o que chamamos de presunção apresenta a estrutura que contém um fato básico; nem tudo o que chamamos de presunção cristaliza uma máxima de experiência. TARUFFO afirma que a definição legal italiana de que “toda presunção consiste na inferência que vai de um fato conhecido a um fato desconhecido que se quer determinar” somente é adequada à presunção simples; às presunções legais não. Ele usa o exemplo da regra que ordena se tenha por verdadeira a boa-fé na falta de prova da má-fé. Nela, não há um fato conhecido do qual se parta e, muito embora seja possível tentar compreender a *ratio* da regra a partir da máxima de experiência (segundo a qual na maior parte das vezes o possuidor tem boa-fé), há que se reconhecer que essa não está presente na própria regra; que, como muito, é um pressuposto, um motivo legislativo .

Pois bem, apesar de encontrar acertada a denúncia de TARUFFO de que o esforço unificador das presunções é artificial, não vejo porquê tomar a regra de boa-fé como o exemplo mais adequado das presunções relativas. Se deferimos à tipologia oferecida pela dogmática tradicional por um instante, veremos que há regras identificadas como presunções

relativas que apresentam um fato básico em sua estrutura. Portanto, quanto à estrutura, é excessivamente forte afirmar que as presunções legais relativas e as presunções judiciais sempre divergem. Há vezes em que não; como na regra que determina que o *ausente deve ser considerado morto*, que *a carta enviada deve ser considerada recebida*, que *o marido da mãe deve ser considerado o pai*.

Até porque, o reconhecimento da existência de presunções relativas que contêm fato básico (tais como as presunções judiciais) não implica numa perda argumentativa importante para TARUFFO. Mesmo no caso em que raciocínio e regra apresentem os mesmos elementos os efeitos serão radicalmente distintos em função não da presença de elementos, mas do justo fato de que num caso é regra, e no outro é raciocínio. Regras que determinem que certo fato deve ser considerado verdadeiro (seja condicionando esse efeito à mera ausência de prova contrária, seja condicionando esse efeito à soma de ausência de prova contrária e fixação de um fato básico) sempre restringem a atividade intelectual do julgador, substituindo o seu melhor juízo sobre os fatos individuais pelo melhor juízo da autoridade normativa que positivou a regra que impõe efeitos a certas categorias de fatos em determinadas circunstâncias. Seria possível dizer que as presunções legais expressam inferências? Sim, há presunções que expressam a inferência de uma categoria de fato a outro a partir de dados empíricos julgados relevantes o suficiente para ser institucionalizados em regras; como é o caso da relação empírica provável entre estar ausente por certa quantidade de tempo e estar morto; ou do envio de uma correspondência e seu recebimento. De todo modo, quando essa inferência é realizada pelo legislador o objetivo é de que ela não seja revista pelo julgador. A menos que existam provas de que se trata de um caso que é exceção à inferência legislativa, a relação entre fatos institucionalizada pela regra deverá prosperar. E isso não é, como os dogmáticos processualistas pretendem que seja, coisa menor. TARUFFO astutamente sinaliza que situações que imponham inferências do legislador não podem ser confundidas com situações nas quais abre-se espaço às melhores inferências do juiz. Há apostas cognitivas distintas numa e noutra hipótese, por assim dizer.

Intimamente relacionada a isso está a afirmação de que as presunções legais não são uma forma de conhecimento de fatos. A aplicação dessas regras gera uma proposição que será tida por verdadeira para a atribuição de efeitos jurídicos, mas, o que TARUFFO parece querer alertar é que o valor de verdade atribuído a essa proposição não deve ser confundido com

conhecimento. A obediência a uma norma jurídica não produz conhecimento. Neste ponto, não há como se discordar de TARUFFO: não foi a atividade intelectual que produziu a crença de que p é verdadeira; foi a obediência à regra jurídica que determinou que se considerasse p verdadeira.

No entanto, se é certo que o resultado da aplicação de presunções legais não satisfaz as condições para se gerar conhecimento¹¹¹ sobre os fatos ao julgador, também há que se reconhecer que, mesmo em situações nas quais a determinação dos fatos se dê mediante provas robustamente produzidas e livremente valoradas, é possível que o julgador formule crenças falsas (com pretensão de que sejam verdadeiras) as quais tampouco serão capazes de finalmente entregarem proposições fáticas que se correspondam a conhecimento. Nestas situações, o estado mental do julgador confunde-se em aparência com o de conhecimento, mas não há correspondência entre as crenças que ele tem sobre a realidade e a realidade objetiva em si. Isso, no entanto, não significa que a crença falsa não possa estar justificada. É perfeitamente possível que, com base no conjunto de elementos de prova em questão, a decisão racional a que todos chegaríamos fosse a que resultou em crença falsa; tal qual o julgador. Assim, é forçoso reconhecer que o processo judicial pode brindar-nos com situações cujas proposições sejam falsas, mas de que sejam falsas não se conclui que sejam também injustificadas.

Assim, a falta de uma das condições para a formação de conhecimento (crença verdadeira) não é, por si só, incompatível com o desenho de um processo epistemicamente comprometido. Como tratarei de demonstrar no capítulo quarto, acredito que é possível – e conveniente – proceder a uma redefinição das presunções. Em lugar de serem tantas coisas ao mesmo tempo, poderão ser as regras que representam a segunda melhor alternativa à determinação dos fatos; o mais próxima possível da realidade objetiva. Se há que se concordar com TARUFFO de que elas não geram conhecimento (do juiz) sobre os fatos do caso, pelo menos podemos redefinir as presunções como expressão do conhecimento acumulado (do legislador) sobre as categorias de fatos. As presunções podem e devem ser redefinidas como uma estratégia que permita decisões fundadas em proposições fáticas que são comprometidas com a busca da verdade, ainda que o resultado de sua aplicação possa não ser identificado com o conhecimento de fatos individuais.

¹¹¹ Faço referência ao conceito de conhecimento como crença verdadeira e justificada.

Desse modo, é possível perceber que a abordagem que TARUFFO faz das presunções responde ao propósito de iluminar os distintos efeitos que são produzidos por cada uma das situações identificadas como presunções. As presunções judiciais e legais foram equivocadamente reunidas sob espécies de um mesmo gênero e o que TARUFFO trata de fazer é sublinhar que consistem em operações sumamente distintas. As presunções legais, para o autor, não trazem presunção alguma. Isso significa que em sua proposta reside um certa deferencia ao sentido ordinário do termo presumir, que é relacionado a uma atividade intelectual de supor, pressupor, inferir que o próprio agente cognitivo decide realizar. Pelas razões que irei oferecer no capítulo seguinte, creio que podemos nos apartar do sentido ordinário e confeccionar um sentido técnico-jurídico de presunção que seja responsável por produzir um tipo de resultado no contexto de determinação dos fatos radicalmente distinto dos resultados entregues por outras estratégias de resolução de indeterminação fática. Acredito que a terminologia das presunções tem um potencial que merece ser explorado.

2.3. Daniel Mendonca

É de 1998 o artigo de MENDONCA que trata do tema das presunções no direito, “Presunciones”¹¹². Nele, o autor parte da análise de um artigo de ULLMANN-MARGALIT – “On presumptions” – para problematizar as principais características das presunções no direito. MENDONCA reconhece acertos de ULLMANN-MARGALIT e o fato de que seu artigo gera reflexões úteis, mas não deixa de dividir com os seus leitores os estranhamentos produzidos pelas expressões e fórmulas escolhidas por ULLMANN-MARGALIT. Mendonca sugere mudanças à proposta de ULLMANN-MARGALIT e, com isso, faz a sua entrada no debate analítico referente ao que significa “presumir” no contexto jurídico.

Analizarei a seguir alguns dos pontos centrais da proposta de Ullmann-Margalit. Centrarei minha atenção basicamente no seguinte: a noção de presunção, o status dos enunciados de presunção, o caráter e a função das normas de presunção e a maneira de as representar; considerarei, finalmente,

¹¹² Minha análise será dedicada à versão em castelhano, MENDONCA, 1998b da versão em inglês, MENDONCA, 1998a.

*um par de estratégias destinadas a impedir que uma presunção opere num caso específico*¹¹³.

De minha parte, seguirei a ordem empregada por MENDONCA para apresentar as suas principais ideias.

2.3.1. A noção de presunção

Apesar de reconhecer que *presumir* possa ter diversos sentidos a depender do contexto em que se insere, MENDONCA sinaliza que partirá da ideia de que existe um conjunto “bastante-homogêneo de verbos emparentados semanticamente”¹¹⁴: *suspeitar*, *conjeturar*, *supor*, *crer*, *assumir*, *hipotetizar*, *dar [por]* são alguns dos verbos citados pelo autor como versões sinônimas ou próximas do que seja *presumir*, de maneira que, ora faz-se uso indiferente desses verbos e *presumir*, ora se emprega *presumir* para significar uma ação equivalente ou próxima dessas que foram enumeradas. ULLMANN-MARGALIT, autora que interessa a MENDONCA, faz uso da expressão “tomar por verdadeiro”. Um “tomar por verdadeiro” que serviria a evitar impasses, oferecendo uma resposta antecipada a situações de incerteza fática. Ainda que esteja de acordo com a afirmação de que as presunções no direito requerem esse “tomar por verdadeiro”, MENDONCA é da opinião de que tanto é possível quanto conveniente dar um passo adiante. Em outras palavras, MENDONCA aposta na possibilidade e utilidade de um maior aprofundamento sobre o que seja “dar por verdadeiro um fato”¹¹⁵. Esse passo é dado através do conceito de *aceitação*, de COHEN¹¹⁶. Como esclarece

¹¹³ MENDONCA, 1998a: 84. T.L.

¹¹⁴ MENDONCA, 1998a: 84.

¹¹⁵ MENDONCA, 1998a: 85: “[P]roporei um modo de conceber a noção de presunção que leve a um passo adiante a ideia de tomar como verdadeiro, proposta por ULLMANN-MARGALIT como suporte da noção de presunção”. T.L.

¹¹⁶ Mendonca refere-se a COHEN, 1989. Aliás, sobre o conceito de aceitação, COHEN também escreveu *An essay on Belief & Acceptance*, de 1992. Uma de suas principais defesas é a de no campo das atitudes proposicionais se deve distinguir a aceitação da crença. Sobre isso, afirma (1989: 368, 1992: 4): “No sentido em que emprego, aceitar que *p* ter ou adotar a política de afirmar, declarar ou postular que *p* – isto é, ir adiante com essa proposição (tanto a longo prazo ou somente para propósitos imediatos) como uma premissa em algum ou todos os contextos para suas próprias evidências e de outros, argumentações, inferências, deliberações, etc.”. T.L. A crença, por outro lado, é uma disposição para sentir que *p*, sem que seja necessário que *p* desempenhe um papel de premissa (1989: 368). Sobre esse longo debate acerca da distinção entre crer e aceitar, ver a coletânea de artigos organizada por ENGEL, *Believing and Accepting*, de 2000. Ademais dela, uma lista de publicações

MENDONCA, o exame do que seja a aceitação insere-se na discussão sobre atitudes proposicionais, que, por sua vez, significa a atitude (estado mental) de um sujeito (ou vários) em relação a uma proposição. Para o autor, o estudo das atitudes proposicionais pode contribuir à compreensão das presunções, mas ele faz a ressalva de que esse estudo interessa desde que se separe o plano psicológico do plano lógico. Dito de outro modo, a referência às atitudes proposicionais interessa à compreensão das presunções a partir de um raciocínio justificatório e não meramente descritivo do que ocorre na cabeça do julgador quando presume algo. O que interessa a MENDONCA é, partindo de ULLMANN-MARGALIT, oferecer uma compreensão das presunções como parte de um raciocínio justificatório. E, considerando-se o caráter justificatório desse raciocínio é o que se deve buscar quando se mira às atitudes proposicionais; é preciso determinar qual das atitudes proposicionais encaixa-se melhor ao propósito justificatório que as presunções desempenham no contexto judicial¹¹⁷.

Feito o esclarecimento de que o que importa quando se olha às atitudes proposicionais, MENDONCA passa a explicar, sinteticamente, que aceitar consiste em “adotar uma política (ou uma estratégia) de tomar (assumir, postular) p como uma premissa em algum contexto (ou em todos os contextos), a partir de certas provas, argumentos ou deliberações”¹¹⁸. MENDONCA pertinentes à temática incluem WILLIAMS, B, 1973; ENGEL, P., 1998; BRATMAN, M.E., 1992; STALNAKER, R. C., 1995; ULLMANN-MARGALIT, 1992, entre outros.

¹¹⁷ MENDONCA, 1998b: 91. “Qualificar as atitudes de proposicionais se deve ao fato de que os filósofos e lógicos que se ocuparam de sua análise consideraram, em geral, que a oração subordinada (“ x [verbo atitudinal] que p ”) expressa uma proposição relativa a um estado psicológico ou mental de um ou vários sujeitos a respeito de uma proposição. Neste estudo, contudo, me interessará a aceitação como atitude proposicional a partir de um ponto de vista estritamente lógico, o que quer dizer que me interessará a aceitação como operação de incorporação de proposições a raciocínios, isto é, pelas relações de inferência que ela supõe. Interessa-me separar claramente o plano lógico do plano psicológico no qual as presunções se movem, sobretudo no contexto do seu emprego com fins justificatórios. Confundir esses planos representaria, em minha opinião, um erro de peso”. T.L.

¹¹⁸ MENDONCA, 1998b: 85; em COHEN, 1989: 368. FERRER BELTRÁN também aproxima-se de COHEN para analisar o contexto de decisão sobre os fatos. Em FERRER BELTRÁN: 2006 é possível encontrar uma defesa da utilidade do conceito de aceitação pois se trata da atitude proposicional que dá melhor conta do que esperamos seja realizado pelos julgadores em decisões tomadas racionalmente. As restrições jurídico-contextuais quanto às provas que finalmente podem fundamentar decisões fazem necessário partir de algo distinto da *crença* para que reflitamos melhor sobre o que seja uma adequada atividade jurisdicional. Não raro informações conseguidas em desrespeito a garantias fundamentais (como o direito à intimidade), em sistemas jurídicos que proíbem a prova

entende que COHEN quando elaborou a sua proposta tinha em mente apenas o raciocínio teórico, mas defende a ampliação da área de aplicação da aceitação para além do raciocínio teórico. Ao ver de MENDONCA, não há razão para deixar de usar a aceitação para a melhor compreensão de alguns contextos de raciocínio prático. Assim, aceitação de uma proposição pode servir para justificar ações e decisões¹¹⁹. MENDONCA se ocupa em defender a compatibilidade da aceitação a contextos de raciocínio prático porque, em sua opinião, ela serve pra se compreender melhor como se raciocina através das presunções. Há outros candidatos, mas é a aceitação a atitude proposicional que ilumina o que ocorre quando se raciocina a partir de uma presunção.

A exposição que contrasta as características da aceitação com a suposição e, depois, entre a aceitação e a crença é a estratégia traçada por MENDONCA. De acordo com o autor, a suposição se assemelha à aceitação porque também requer a integração de uma premissa ao raciocínio do sujeito. No entanto, o conceito de suposição se distancia de um compromisso com a ação. Se acompanhamos a ULLMANN-MARGALIT no entendimento de que as presunções cobram relevância no raciocínio prático (voltado à ação), o descarte da suposição a que MENDONCA procede mostra-se perfeitamente compreensível. Como ambas, suposição e aceitação, exigem a integração de uma proposição como premissa de um raciocínio e apenas a suposição carece de compatibilidade com o raciocínio prático, entende-se a escolha de MENDONCA por aproximar as presunções da aceitação. De acordo com a interpretação de Mendonca, a aceitação “está diretamente vinculada com a ação, no sentido de que gera uma expectativa de que sejam realizados determinados atos conformes ao conteúdo aceito”. É certo que a aceitação não garante a execução da ação, mas, em sua opinião, a aceitação representa um motivo capaz de dar lugar à ação¹²⁰. Após descartar a suposição, MENDONCA analisa as possíveis compatibilidades entre as presunções e a crença. Novamente, a sua estratégia consiste na comparação entre as características da crença e da aceitação;

ilícita, não podem servir de fundamento de decisão por muito que o juiz tenha desenvolvido a *crença* de que tais informações sejam úteis à reconstrução da realidade objetiva então sob discussão. Uma crítica à compreensão proposta por FERRER BELTRÁN e a respeito de sua incorporação à distinção entre crença e aceitação pode ser encontrada em TUZET, 2014a.

¹¹⁹ MENDONCA, 1998b: 85.

¹²⁰ MENDONCA, 1998b: 86.

iluminando o que cada uma chegaria a cumprir de tudo o que se espera das presunções no direito. “Tomar um fato como verdadeiro” em decorrência de uma presunção assemelha-se mais à crença ou à aceitação? Esse é o seguinte questionamento a que MENDONCA se dedica.

Sobre a crença, a primeira observação feita é de que não existe uma conexão conceitual entre crença e aceitação. De uma parte, crer em p é atribuir pretensão de verdade a p ; de outra parte, aceitar p é integrá-la como premissa de um raciocínio justificatório (ou teórico). Essas duas atitudes, crer e aceitar, não estão necessariamente conectadas: crer que p é compatível com não aceitar p e mesmo com aceitar não- p ; aceitar p é igualmente compatível a crer que p , crer que não- p , e a não crer nem que p , nem que não- p ¹²¹. Essas observações quanto à independência conceitual entre crença e aceitação tornam evidentes diferenças importantes entre crença e aceitação: a crença não se dissocia da pretensão de verdade e é involuntária. Dizer que o sujeito crê que p é o caso é o mesmo que dizer que o sujeito atribui valor de verdade a p . Ademais, a crença é algo que acontece ao sujeito, não há como se escolher crer que p . Se se pudesse decidir ter crenças, seria possível decidir ter crenças falsas, desde que não está a nosso alcance decidir ter crenças falsas, é preciso reconhecer que não se pode decidir ter crenças¹²². A involuntariedade da crença se desdobra noutro traço seu, que é a independência contextual: se o sujeito crê que p , ele crê que p com independência do sujeito em que esteja: tanto na empresa onde trabalho quanto em casa, tanto quando estou com meus amigos como quando estou sozinha ou na companhia de meus familiares; p simplesmente integra meu esquema de crenças pois acoplou-se harmonicamente

¹²¹ MENDONCA, 1998b: 86. “Aceitar p não implica, pois, qualquer crença a seu respeito: um sujeito pode aceitar p , no sentido de usá-la como premissa de um raciocínio justificatório (ou teórico), e não ter crença a respeito da verdade ou falsidade de p . Nada impede, a partir desse ponto de vista, afirmar ‘aceito p , mas não é o caso de que creia em p ’. T.L. O contrário, aliás, também vale: um sujeito pode crer que p e, em determinadas circunstâncias, não aceitar p , isto é, não usá-la como premissa de um raciocínio justificatório, apesar da sua crença na verdade dela. Assim, cabe aceitar, a partir de outro ponto de vista, ‘creio que p , mas não aceito p ’ (neste contexto, ou aos efeitos deste raciocínio).

¹²² Esse argumento está em WILLIAMS, 1973: 148. WILLIAMS compara a decisão sobre ter crenças com a decisão sobre ‘ruborizar’ (*to blush*) e ‘segurar a respiração’. “Se eu pudesse adquirir uma crença a partir da minha vontade, eu poderia adquirir uma crença com independência de que fosse ou não verdadeira; mais do que isso, eu saberia que eu poderia adquiri-la sendo ou não verdadeira. Se em completa consciência eu pudesse desejar adquirir uma “crença” com independência de sua verdade, então não é claro que, diante desse evento, eu pudesse seriamente pensar nisso como uma crença, isto é, como algo com pretensões de representar a realidade”. T.L.

às demais crenças que possuo.

De outra parte, quando se aceita p não se pretende necessariamente a verdade de p , o que equivale a reconhecer que as razões subjacentes à atitude de aceitar p tanto podem ser epistêmicas quanto podem ser práticas: serão epistêmicas quando aceitar p seja combinado à crença de que p , serão práticas quando a aceitação de p não venha acompanhada por uma crença de que seja o caso de que p . Isso é possível porque a aceitação é voluntária; o sujeito pode decidir quando aceitar p , o que, por sua vez, desdobra-se na característica da dependência contextual: é possível que o sujeito aceite p num contexto x e, no contexto y não aceite p . MENDONCA ainda sublinha o fato de que a aceitação também pode variar quanto ao tempo; é possível que se aceite p em T_0 e, em cambio, deixe de aceitar p ou se aceite não- p , em T_1 . Segundo o autor, a aceitação não requer uma “estabilidade mínima”; é própria da aceitação o traço da “transitoriedade”. Isso, não obstante, não deve ser confundido com uma suposta possibilidade de que se aceite p e não- p ao mesmo tempo, num mesmo contexto, pois, aceitar uma proposição implica a aceitação de suas consequências lógicas¹²³.

2.3.2. Os enunciados de presunção

Defendida a proposta conceitual de aproximar presumir e aceitar, MENDONCA passa a dedicar-se à formulação da presunção oferecida por ULLMANN-MARGALIT. De acordo com a sua interpretação, os enunciados de presunção de ULLMANN-MARGALIT são passíveis de duas leituras distintas, uma descritiva, outra prescritiva. Um exemplo de formulação descritiva que se encontra em ULLMANN-MARGALIT é “Existe a presunção, a partir de P , que Q ”; enquanto que “Dado que é o caso de que P , deve-se proceder como se Q ” seria exemplo de formulação prescritiva. No primeiro caso, descreve-se a existência de uma norma de presunção; no segundo caso, através de uma norma, ordena-se o comportamento de presumir. MENDONCA explica as distintas leituras contidas na proposta da autora a partir da ambiguidade característica das chamadas orações deônticas (as orações que contêm termos como “proibido”, “obrigatório”, “permitido”), que tanto podem ser interpretadas como expressões

¹²³ MENDONCA, 1998b: 87.

de normas como de proposições normativas (descrições da existência de uma norma)¹²⁴. MENDONCA apresenta objeções a cada uma dessas leituras.

À leitura descritiva, MENDONCA oferece a objeção de que são enunciados incompletos. Se suas formulações são lidas como proposições normativas, é preciso ter-se em mente que a função de uma descrição consiste em dar algo a conhecer. As proposições normativas, como descrições de normas, querem oferecer a informação à respeito da existência de uma norma. E a existência de uma norma é sempre relativa a um sistema normativo. Como enfatiza MENDONCA, “P é obrigatória” pode ser proposição verdadeira quanto ao sistema normativo *x* e não sê-lo se se toma como referência o sistema normativo *y*. Se não indica o sistema normativo de que se trata, a proposição não pode ser julgada se verdadeira ou falsa; ela será incompleta. É exatamente essa incompletude que acomete os enunciados de ULLMANN-MARGALIT quando lidos descritivamente¹²⁵.

Por outro lado, a leitura prescritivista dos enunciados de presunção de ULLMANN-MARGALIT têm de ver-se ao lado de uma confusa afirmação feita pela autora e notada por MENDONCA, de acordo com a qual “a fórmula de presunção é de natureza proposicional”. Ora, se a fórmula tem natureza proposicional, a proposta de ULLMANN-MARGALIT acabaria por afastar as presunções de sua versão prescritiva e, por ende, de uma função justificatória das decisões. Descrever a existência de normas é insuficiente para justificar decisões. Do juiz requer-se que reconheça a existência de uma regra e que, ademais, aplique o seu conteúdo ao caso que tem sob análise. Na hipótese de uma norma de presunção, o juiz tem a obrigação de aceitar certa proposição como verdadeira e atribuir as consequências jurídicas previstas para ela. As proposições não têm poder justificatório, apenas as normas, e, com base nisso, uma leitura prescritiva das formulações propostas pela autora requeriria ajustes. Vejamos:

(1) existe a presunção de que a criança nascida na constância do casamento é filho (a) legítima;

(2) Adam (uma criança em concreto) nasceu na constância do casamento;

¹²⁴ MENDONCA, 1998b: 87.

¹²⁵ MENDONCA, 1998b: 88.

*(3) existe a presunção de que Adam é filho legítimo*¹²⁶.

Ao ver de MENDONCA, esse raciocínio não possui caráter justificatório, dado que é composto por proposições normativas, e não por normas. Nesse passo, MENDONCA sugere a substituição das proposições normativas que ocupam as posições (1) e (3) por (1') e (3'). Com o ajuste de MENDONCA, a formulação seria:

(1') É obrigatório presumir que a criança nascida na constância do casamento é filho(a) legítima;

(2) Adam (uma criança em concreto) nasceu na constância do casamento;

*(3') É obrigatório presumir que Adam é filho legítimo*¹²⁷.

Pelas razões apontadas, tanto a leitura descritiva quanto a leitura prescritiva dos enunciados de presunção oferecidos por ULLMANN-MARGALIT, ao ver de MENDONCA, deveriam passar por ajustes.

2.3.3. O caráter e a função das presunções

MENDONCA também trata de corroborar o entendimento segundo o qual as presunções jurídicas são mandatos legislativos em virtude dos quais se ordena a ter um fato como verdadeiro, sempre que outro fato, indicador do primeiro, tenha sido suficientemente comprovado. Mas, seu tom de análise continua sendo pela maior precisão das afirmações. Para além de que sejam mandatos legislativos, MENDONCA especifica que elas impõem o “dever muito particular” de que seu destinatário aceite uma proposição em determinadas circunstâncias; que elas, normas que são, apresentam um caráter prescritivo e que, mais precisamente, impõem um dever. O dever de aceitar uma proposição fática como verdadeira se se satisfazem as condições de aplicação contidas na norma. Daí parecer tão “inquietante” a MENDONCA o que ele qualifica como “versão vacilante”¹²⁸ de ULLMANN-MARGALIT, quem ao mesmo tempo reconhece que a presunção é ostensivamente sobre fatos e afirma que ela não é

¹²⁶ Mendonca informa diligentemente ao leitor que o exemplo encontra-se em na p. 145 do artigo de Ullmann-Margalit sob análise.

¹²⁷ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 89.

¹²⁸ Mendonca usa expressões fortes quando se refere às passagens de Ullmann-Margalit referentes aos enunciados de presunção: “inquietante” e “vacilante”. MENDONCA, 1998b: 90.

“tanto preocupada com a determinação deles (dos fatos), mas sim com o proceder a partir deles”. ULLMANN-MARGALIT afirma com todas as letras que “as presunções pertencem ao reino da prática, e não à teoria”¹²⁹, ao mesmo tempo em que afirma ter “natureza proposicional”. A combinação desse tipo de afirmação torna o discurso de ULLMANN-MARGALIT confuso.

Note-se primeiro que a fórmula de presunção tem natureza proposicional (“P autoriza a presunção de que Q”); ela é ostensivamente sobre fatos. No entanto, entendo que ela tem o objetivo não tanto de determinar os fatos, mas sim de autorizar que se proceda com base neles. [...] Seu objetivo é nos habilitar a resolver assuntos de todos os tipos, eliminar impasses, facilitar e agilizar a ação¹³⁰.

Diante dessas contradições, MENDONCA se posiciona afirmando que não tem qualquer problema em concordar com ULLMANN-MARGALIT, caso seu objetivo tenha sido de fazer notar que em algum sentido as normas de presunção versam sobre proposições. Em todo caso, Mendonca alerta que é importante não confundir o caráter prescritivo dessas normas com o conteúdo proposicional que impõem: a obrigação é de aceitar, e o que deve ser aceito consiste numa proposição fática¹³¹. Isso é tudo. A obrigação de incorporar uma proposição fática como premissa de raciocínio não deve ser confundida com a mera descrição de um estado de coisas, pois esse não é o efeito que a presunção produz em seu destinatário final (o julgador). Ela não é estabelecida para tão-somente informá-lo sobre a existência de uma relação de fatos; senão que o legislador quer é que o juiz realize certo comportamento que em seu conteúdo encontra-se especificado. Mendonca tende por uma interpretação da proposta de ULLMANN-MARGALIT que reconhece o caráter normativo da presunção – muito embora a redação dela seja um tanto confusa em alguns trechos. Há trechos em que autora é mais clara quando ao caráter prescritivo das normas de presunção, como quando afirma que as presunções não são regras de raciocínio, ou como inferir. No seu conteúdo há uma inferência já realizada, mas isso não é o mesmo que dizer que as presunções representam a obrigação de presumir q implicaria a obrigação de inferir q .

¹²⁹ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 147.

¹³⁰ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 147. T.L.

¹³¹ MENDONCA, 1998b: 90.

[Considerando a fórmula pres (P, Q)] Entendo que uma norma de presunção não envolve qualquer compromisso, nem garantia, quanto ao valor de verdade do fato presumido q. Não há qualquer afirmação quanto ao sistema cognitivo ou epistêmico do sujeito em questão. A norma determina que o sujeito tome q como verdade para o propósito de se concluir sua deliberação prática ou a questão que está pendente; isso não requer nem determina que o sujeito creia que q¹³².

Essa afirmação reforça a proposta de MENDONCA de associar as presunções à aceitação. Para o autor, trata-se de uma norma jurídica que estabelece uma obrigação específica de incorporar uma proposição fática no seu raciocínio prático, sem necessária concordância interna quanto ao seu conteúdo.

Aliás, em defesa desse entendimento, MENDONCA chega a tecer críticas à reconstrução de WRÓBLEWSKI. Segundo MENDONCA, seria “ao menos terminologicamente bastante confuso”¹³³ dizer que as presunções forçam reconhecer conclusões. Para Mendonca, trata-se da obrigação de incorporar proposições como premissas do raciocínio; a presunção não consiste numa norma que impõe uma conclusão, como defende WRÓBLEWSKI. No entanto, como já notado por GAMA, a crítica de MENDONCA é exagerada, dado que ele e WRÓBLEWSKI estão a olhar para partes diferentes de um mesmo raciocínio: WRÓBLEWSKI centra atenção ao momento em que havendo um fato conhecido, deve-se aplicar a presunção e determinar que certa proposição fática, na qualidade de conclusão da presunção CP, é verdadeira; já MENDONCA, olha para a última parte do raciocínio decisório em que cabe ao juiz atribuir as consequências jurídicas à proposição fática do fato presumido na qualidade de premissa menor¹³⁴. Em outras palavras, enquanto WRÓBLEWSKI está preocupado com a operacionalização da regra através da qual se constrói a premissa menor (a premissa fática)

¹³² ULLMANN-MARGALIT, 1983: 149. T.L.

¹³³ MENDONCA, 1998b: 91: “WRÓBLEWSKI sustenta que ‘a presunção é uma regra que obriga a reconhecer certa conclusão em determinadas condições’ e que ‘as normas de presunção, como todas as normas, regulam o comportamento dos destinatários: as presunções forçam reconhecer a conclusão da presunção quando as premissas se encontram verificadas’. A explicação de WRÓBLEWSKI é, ao menos terminologicamente, bastante confusa, posto que as presunções não impõem conclusões, como ele parece pretender, senão premissas. Desse modo, as presunções podem ser vinculadas a raciocínios, sem conter regras de inferências nem estabelecer conclusões”. T.L.

¹³⁴ GAMA, 2011, 315.

que representa o caso concreto, MENDONCA está a um passo adiante, dedicando seu olhar ao momento de formulação do silogismo prático que conferirá consequências jurídicas ao caso concreto.

Trata-se de uma discordância apenas aparente e seria mais justo dizer que as análises de um e de outro, com diferentes pontos de atenção, são complementares. Nos termos de autoria do próprio WRÓBLEWSKI, é correto afirmar que a análise está voltada à justificação externa, isto é, especificamente orientada à construção da premissa fática; já sobre a análise de MENDONCA seria correto dizer que ela enfatiza um momento posterior, no qual a proposição fática resultante da aplicação da norma de presunção deve ser obrigatoriamente incorporada à decisão judicial comumente representada pelo silogismo prático¹³⁵. Desse

¹³⁵ Wróblewski análise da justificação das decisões jurídica distinguindo a justificação interna da justificação externa. WRÓBLEWSKI, 2008: 52: “A justificação interna (a qual de aqui em diante me referirei como justificação-IN) está relacionada à racionalidade interna da decisão jurídica. Uma decisão está justificada-IN se se infere de suas premissas segundo as regras de inferência aceitas. A condição de justificação IN é a existência de uma regra com a qual se pode verificar a racionalidade interna da decisão. A validade das premissas é pressuposta. A justificação externa (a qual de aqui em diante me referirei como justificação-EX) relaciona-se à racionalidade externa da decisão jurídica. Uma decisão está justificada-EX quando suas premissas estão qualificadas como boas segundo os standards utilizados por aqueles que fazem a qualificação. É evidente que a decisão jurídica poderia estar justificada-IN e não ter justificação-EX, se, por exemplo, os dados científicos ou valorações utilizados por aquele que toma a decisão são rechaçados pela pessoa que analisa a decisão”. T.L. A justificação externa depende da qualidade de duas premissas (normativa e fática, ou, nos termos empregados por Wróblewski, axiológica e epistêmica). Sobre a justificação da premissa epistêmica, WRÓBLEWSKI, 1992: 213: “O controle da premissa epistêmica toma a forma de um questionamento sobre se o conhecimento usado pelo tomador da decisão para justificar a sua decisão foi adequado a partir de um ponto de vista crítico. ‘Conhecimento adequado’ nesse contexto significa conhecimento adequado a uma justificação apropriada da decisão e é, assim, relativa aos requerimentos de uma decisão concreta e não para ser avaliada em abstrato. Avaliar o que é adequado pode, no entanto, ser controverso, a partir das decisões o que conta como prova, especialmente quando se trata de testemunhos de experts com técnicas científicas de prova. Por isso é que o *standard* de ‘conhecimento adequado’ não pode ser tratado como simples transferência de opinião científica à opinião do tribunal, especialmene quando as opiniões dos experts são divergentes ou, do ponto de vista da opinião judicial, não tão profundamente ancoradas na experiência”. T.L. É certo que o contexto analisado por WRÓBLEWSKI é de valoração livre e racional da prova na qual o julgador não se encontra obrigado a seguir uma regra que lhe ordena presumir algo como verdadeiro, mas o que quero ressaltar, é que a justificação externa se refere à construção dessa premissa menor (fática), enquanto que a justificação interna pressupõe a premissa menor já construída e se dá na medida em que a conclusão da decisão judicial pode ser inferida da subsunção da premissa menor (fática) à premissa maior (normativa), oferecendo ao caso individual as consequências jurídicas previamente anunciadas na norma.

modo, independente de se se reconstrói as presunções como a obrigação de tomar como verdadeira uma proposição fática na qualidade de conclusão da presunção *CP* (WRÓBLEWSKI), ou como a ordem de incorporar tal proposição fática no raciocínio decisório na qualidade de premissa menor (MENDONCA), há que se reconhecer que ambos os autores optaram pela interpretação que confere caráter normativo às presunções. Cabe lembrar que MENDONCA soma à afirmação de que as presunções são prescrições a proposta de compreendê-las a partir da aceitação (à diferença de WRÓBLEWSKI, quem se limita à primeira parte da afirmação; ou seja, de que apresentam caráter normativo). Isso é feito por MENDONCA com o objetivo de especificar ao máximo os efeitos pretendidos através das presunções; como esclarece no princípio do seu artigo, ele quer dar um passo adiante da mera afirmação de que se trate de um “tomar por verdadeiro”¹³⁶.

Quanto à função, MENDONCA entende que as presunções cumprem um papel instrumental no direito. Sua função básica consiste no oferecimento de um critério de decisão de modo a superar situações de impasse, quando não há elementos de juízo favoráveis ou contrários à proposição fática que é relevante para a solução dos casos concretos. A incorporação de presunções legislativas constitui “um mecanismo do qual o direito se vale, em geral, para resolver num sentido específico aqueles casos sobre os quais paira incerteza [“certa incertidumbre”]”¹³⁷. Neste sentido, acompanha a afirmação de ULLMANN-MARGALIT de que toda presunção expressa *parcialidade*. Trata-se de uma preferência antecipada por uma certa solução, pendendo para ela diante de todas as outras possibilidades de solução.

Tal como ULLMANN-MARGALIT, MENDONCA entende que essa parcialidade justifica-se apoiando-se em diferentes razões. Em razões probabilísticas (é mais ou menos frequente *Q*

¹³⁶ Esse “passo adiante” acerca do que seja o “tomar por verdadeiro” é finalmente dado pela própria Ullmann-Margalit em ULLMANN-MARGALIT, 1992. Neste *paper*, a autora propõe uma análise sobre uma série de atitudes proposicionais *belief related* (p. 169). *Holding as true* é apresentada pela autora como a atitude proposicional das presunções. Especificamente sobre as presunções e *holding as true*, p. 171: “A noção de *holding as true*, nós mantemos, é uma noção presuntiva. Queremos que a atenção seja voltada à tratamento das presunções oferecido por Ullmann-Margalit em outro *paper* [referindo-se a *On presumption*] o qual toma a referência do papel das presunções na teoria do direito. A função de uma presunção (de que *p* é o caso), como o ponto de tomar uma sentença como se verdadeira, é prático, não teórico. O sujeito presume que *p* de modo a agir a partir disso, numa situação na qual a decisão da ação depende se é o caso ou não de que *p*. O sujeito incorpora *p* como uma premissa de seu raciocínio prático e procede como se [*p*] fosse verdadeira”. T.L.

¹³⁷ MENDONCA, 1998b: 95.

que não- Q , no caso de P), valorativas (as consequências de se presumir Q , no caso de P , seriam mais/menos graves que as consequências de se presumir não- Q , no caso de P) e processuais (é mais/menos fácil se produzir prova a favor de Q que de não- Q , no caso de P)¹³⁸.

2.3.4. A fórmula de presunção

Dando desenvolvimento ao intento de precisar mais o que se pode esperar das presunções no direito, MENDONCA oferece mais uma objeção às ideias de ULLMANN-MARGALIT. Dessa vez aos elementos contidos na sua formulação. Para MENDONCA, a representação oferecida por ULLMANN-MARGALIT deixa de prestar adequada atenção à prova contrária. A presunção *iuris tantum* só se torna operativa se se satisfazem duas condições, quais sejam, a prova do fato básico e a ausência de prova contrária¹³⁹. Considerando Q a categoria de fato a ser presumido de acordo com alguma norma de presunção e P o fato de que se deve partir, o juiz só se verá obrigado a aceitar Q como premissa de seu raciocínio decisório, se e somente se, haja prova de P e não haja prova contrária a Q . Logo, para MENDONCA, a representação lógica adequada a captar em detalhe as normas de presunção seria:

Se está provado (P) e não está provado (Não- Q), então é obrigatório presumir
(Q)

Em termos formais, MENDONCA propõe:

$[Pro(P) \ \& \ \dot{A}Pro(\dot{A}Q)] \ \dot{U} \ O \ Pre(Q)$

Nessa proposta, tal como na de WRÓBLEWSKI¹⁴⁰, há a representação da condição

¹³⁸ MENDONCA, 1998b: 95; ULLMANN-MARGALIT, 1983: 154-ss.

¹³⁹ Sobre as condições que obrigam a aplicação da presunção, MENDONCA, 1998b: 91-92: “Convém ter em mente que certas circunstâncias devem se dar para que entre a operar a obrigação de presumir a proposição que a norma determina. Essas circunstâncias remetem, basicamente, à prova de uma proposição acerca de um estado de coisas determinado e à ausência de prova de negação da proposição presumida. Nisso, encontram-se duas condições determinantes, uma *positiva* e outra *negativa*: a positiva seria a existência de elementos de juízo a favor de uma proposição determinada (P , no esquema de Ullmann-Margalit) e a negativa seria a ausência de elementos de juízo a favor da negação da proposição presumida (Q , no esquema indicado)”. (Grifei, T.L.)

¹⁴⁰ A condição negativa está mencionada em WRÓBLEWSKI, 1974: 48.

negativa. Isso, ao ver de MENDONCA, justifica mais do que um ajuste à formulação de ULLMANN-MARGALIT¹⁴¹. O leitor atento já deve ter percebido que MENDONCA tem a pretensão de precisar mais e mais as ideias de ULLMANN-MARGALIT, mas não há, na proposta de MENDONCA, o objetivo de sistematizar tudo o que se identifica pela terminologia das presunções no contexto jurídico. Tanto é assim que há passagens nas quais o autor reconhece certo tratamento oferecido pela dogmática tradicional sem que lhe pareça problemático. O autor assume a estrutura que tradicionalmente atribuiu-se às presunções no direito – composta por uma afirmação base, uma afirmação presumida e uma conexão entre essas afirmações (as máximas de experiência) – e a toma por “basicamente correta” para representar tanto as presunções legais como também as presunções judiciais. Diferente do que se encontra em WRÓBLEWSKI, em MENDONCA não há qualquer objeção à reconstrução do raciocínio probatório que o juiz realiza, integrando as conexões que ele entende pertinentes ao caso, como uma espécie do gênero comum “presunção jurídica”¹⁴². Além do mais, no que toca às chamadas presunções formais, tampouco há um posicionamento menos deferente ao tratamento doutrinário tradicional, tanto é que, ao analisar a formalização de ULLMANN-MARGALIT, MENDONCA afirma que ela se assemelha à de Hansson, que, por sua vez, apresenta melhores alternativas para se representar normas categóricas, que não apresentem estrutura condicional. Segundo o autor, a representação de HANSSON oferece a possibilidade de se integrar um elemento tautológico no lugar que seria originalmente preenchido por uma condição¹⁴³. Que MENDONCA avalie a formalização de ULLMANN-MARGALIT como que

¹⁴¹ MENDONCA, 1998b: 94: “[...] Não quero deixar passar uma modificação que me parece importante a respeito da representação das presunções condicionais. Sucede que, como a própria Ullmann-Margalit admite, as normas de presunção contêm uma cláusula de prova contrária com as formas ‘a não ser que’ ou ‘até que’, de modo que a presunção resulta inaplicável quando o sujeito tem razões suficientes para crer que não é o caso de que q, momento em que a presunção deixa de operar. Isso supõe, segundo o antecipado, que as presunções (limite-me às presunções iuris tantum) exigem a prova da proposição base e a ausência da prova da negação da proposição presumida. Por isso, certo é que a fórmula deveria conter essa variável em seu antecedente...”. T.L.

¹⁴² MENDONCA, 1998b: 92: “No caso das presunções legais, a conexão entre a afirmação base e a afirmação presumida está predeterminado ou fixado pelo legislador, em função de determinados elementos de juízo, à diferença do que sucede com as presunções judiciais, nas quais a conexão é efetuada pelo julgador em atenção às chamadas “máximas de experiência”. Esse difundido esquema me parece basicamente correto e lhes prestarei maior atenção. No entanto, me limitarei às presunções legais”. T.L.

¹⁴³ MENDONCA, 1998b: 93-94: “[A] formalização proposta por Ullmann-Margalit se assemelha muito ao formalismo de Hansson para a representação de normas e creio que dele pode-se tirar algum proveito adicional.

contendo um ponto positivo em função de sua sensibilidade às presunções formais, sem que haja ressalva qualquer quanto à reconstrução a essas regras como presunções, a meu ver, representa uma ausência de pretensão em MENDONCA de questionar a tipologia tradicional das presunções.

MENDONCA até assume que poderia chegar a modificar seu próprio esquema para dar conta desse tipo de presunção, mas que “deixará a questão para um outro momento”¹⁴⁴. Além disso, no que se refere às normas dogmaticamente identificadas como presunções absolutas (*iuris et de iure*), MENDONCA limita-se a dizer que não são todas as estratégias que servem para tornar inoperantes as presunções relativas (*iuris tantum*) que podem ser direcionadas a elas. Aliás, deve-se justamente à limitação de estratégias destinadas à inaplicação desse tipo de normas a sua qualificação de “absolutas”. Ou seja, a forma como MENDONCA apresenta a vantagem da formalização de ULLMANN-MARGALIT para as “presunções formais” e o modo como ele sistematiza e explica as estratégias que podem ser esgrimidas contra a operacionalização das presunções relativas e absolutas pressupõe a sua anuência quanto ao tratamento vigente.

A seguir, exporei a análise que MENDONCA faz dos mecanismos de afastamento das presunções dos casos individuais e, em seguida, retorno às conclusões que podem ser extraídas a respeito da proposta de MENDONCA.

2.3.5. Bloqueio e destruição

De acordo com a reconstrução de Hansson, as normas condicionais são representadas pelo esquema $O(p/q)$, que se lê ‘ q é obrigatório na condição p ’, à diferença das normas incondicionais ou categóricas, que são representadas mediante um operador monádico Oq , introduzido como abreviatura do esquema $O(t/q)$ onde t representa uma tautologia qualquer, pelo que o esquema se lê como ‘ q é obrigatórias em condições tautológicas’. Essa reconstrução permitiria a Ullmann-Margalit dar conta das presunções legais que não se encontram sujeitas a condições específicas, como a presunção de inocência, presunção que não exige a prova de nenhum fato base como condição para que a presunção entre a operar, pois basta que não exista prova do fato imputado. Sobre esta base, a formalização de Ullmann-Margalit poderia dar conta desse tipo de presunção sob a forma $Pres(t, Q)$, em virtude da qual será presumido Q em condições tautológicas. A partir daí, *meu próprio esquema poderia ser modificado para dar conta dessas presunções categóricas. Deixarei, contudo, essa questão pendente*”. (Grifei, T.L.)

¹⁴⁴ Conforme se pode conferir na nota anterior.

Finalmente, MENDONCA dedica-se ao elemento da prova contrária. Parte da distinção entre presunção relativa e absoluta consagrada pela dogmática e lança a ideia de um *continuum* (algo que, por sinal, já estava presente em WRÓBLEWSKI¹⁴⁵): numa ponta, localizam-se as normas que não limitam a prova contrária; no extremo oposto, as normas que proíbem a produção das provas contrárias; no meio, encontrar-se-iam as normas que fazem pesar determinadas restrições à produção de provas contrárias.

A ideia de prova contrária para atacar uma presunção deve se localizar em um continuum entre dois extremos: as provas contrárias que não se encontram limitadas normativamente de modo algum, por um lado, e as provas contrárias que resultam inadmissíveis, por outro: entre umas e outras encontram-se as provas contrárias sobre as que pesam determinadas restrições processuais. Esta é a maneira habitual de se traçar a distinção mencionada entre presunções iuris et de iure e iuris tantum, isto é, entre as que não admitem prova em contrário e as que sim admitem tais provas, com ou sem limitações¹⁴⁶.

MENDONCA não deixa de adverter que a proibição de prova contrária não atinge a possibilidade de se produzir prova cujo objetivo seja atacar a afirmação base da presunção, o fato básico. O que a presunção absoluta suprime é que se produza prova contrária ao fato a ser presumido uma vez que já se tenha determinada a ocorrência do fato básico. “Bloqueio” é a estratégia que se dirige ao fato básico e ela está alcance tanto daquele que quer afastar uma presunção relativa quanto daquele que se opõe a aplicação de uma presunção absoluta. Nos termos de MENDONCA, a presunção “Dado que P , Q deverá ser presumida” é bloqueada se, e apenas se, justifica-se que não está provado p em c , ou se se prova a negação de p em c ¹⁴⁷.

No entanto, há uma outra estratégia que somente pode ser utilizada pelos que querem evitar a aplicação de uma presunção relativa. Trata-se do que Mendonca denominou “destruição”. Nos termos de MENDONCA, a presunção “Dado que P , Q deverá ser presumida” é destruída se, e apenas se, se prova a negação de q em c ¹⁴⁸. A proibição da prova de não- q significa precisamente a exclusão da estratégia de destruição da presunção a seu adversário.

¹⁴⁵ WRÓBLEWSKI, 1974: 63.

¹⁴⁶ MENDONCA, 1998b: 97. T.L.

¹⁴⁷ MENDONCA, 1998b: 97.

¹⁴⁸ MENDONCA, 1998b: 97.

Se não lhe funcionou o bloqueio, a proposição fática resultante da aplicação da presunção deverá ser aceita pelo julgador, que, por sua vez, deverá decidir como se ela fosse verdadeira.

2.3.6. Breves considerações sobre a proposta de Mendonca

Um dos méritos de MENDONCA está em haver relacionado as presunções com a aceitação. Ele se nega a se referir a elas como um tomar por verdadeiro um fato que não foi provado pois entende que é preciso maior profundidade. Usa COHEN e ULLMANN-MARGALIT e traz densidade à análise jurídico-filosófica das presunções. A partir de MENDONCA, fica esclarecida convincentemente a desvinculação das presunções com estados de crença. Presumir que p não requer crer que p ; quando um sujeito presume p simplesmente não se vem ao caso se ele crê que p ou não. Aquele que presume p adota a estratégia de incorporar p como premissa de raciocínio, aceita p e age com base em p . A aceitação como atitude proposicional é um bom ponto de partida para compreender melhor o raciocínio com base numa presunção. Esse *insight* que relaciona o emprego de uma presunção à atitude de aceitação e não de crença se deve à MENDONCA.

Agora, a que presunções MENDONCA se refere em seu texto? As duas primeiras palavras com as quais o autor decide começar seu *paper* formam a expressão “presunções legais”. Essa é uma pista a qual o autor adiciona uma série de outras explícitas referências às presunções legais, aos mandatos legislativos, ao longo das páginas que compõem seu trabalho¹⁴⁹. Não há dúvidas que a sua proposta de análise está pensada para contribuir à melhor compreensão das presunções legais, não sendo aplicáveis ao que se identifica tradicionalmente por presunções judiciais. Interessa-lhe iluminar o raciocínio do julgador diante de uma regra que lhe obriga decidir como se determinada proposição fática fosse verdadeira em contextos nos quais inexistam provas que corroborem a atribuição do valor de verdade a tal proposição. MENDONCA faz uma única menção às presunções judiciais, justamente para excluí-las de sua análise¹⁵⁰. Ele sabe que se tratam de formas distintas de se chegar a uma decisão sobre os fatos e o que funciona para compreender melhor uma dessas formas é inadequado à outra. O que contribui à melhor compreensão das presunções legais

¹⁴⁹ MENDONCA, 1998b: 85; 89; 90; 92; 94; 97.

¹⁵⁰ MENDONCA, 1998b: 92.

não serve para as presunções judiciais; sendo assim, MENDONCA opta por oferecer uma análise direcionada às presunções legais.

Ademais de isolar as presunções legais como seu objeto de análise, MENDONCA vai além e especifica que tipo de presunção legal lhe interessa como centro de análise. São as presunções relativas que apresentam fato básico. MENDONCA chega a mencionar uma possível modificação na representação lógica das presunções a partir de HANSSON e que permitiria dar conta de representar o que ele chama de “presunções categóricas”¹⁵¹, isto é, as presunções que não apresentam fato básico, como a presunção de inocência. De todo modo, MENDONCA avisa ao leitor que “deixará pendente a questão”¹⁵². Além da explícita passagem na qual MENDONCA admite que deixará pendente questão sobre as presunções incondicionadas (formais como WRÓBLEWSKI identifica, ou categóricas como MENDONCA) também servem a confirmar o fato de que são as presunções com fato básico que importam a MENDONCA, outros trechos:

*[Referente à definição de presunção legal] Afirma-se adequadamente, em termos gerais, que as presunções legais constituem mandatos legislativos em virtude dos quais se ordena ter por estabelecido um fato, sempre que da ocorrência de outro fato, indicador do primeiro, haja sido comprovada suficientemente. Sustentarei, sobre a base anterior, que as presunções legais são, com maior rigor, normas que impõem o dever de aceitar uma proposição, sempre que outra proposição se encontre devidamente provada*¹⁵³.

[...]

[Referente à representação lógica das presunções relativas] O que eu não gostaria de deixar passar é uma modificação que me parece importante a respeito da representação das presunções condicionais. Sucede que, como admite Ullmann-Margalit, as normas presuntivas contêm uma cláusula de prova em contrário “a não ser que” ou “até que”, de modo que a presunção resulta inaplicável quando o sujeito tem razões suficientes para crer que não é o caso que q, momento em que a presunção deixa de operar (p. 149-50). Isso supõe, segundo antecipado, que as presunções (limito-me às presunções

¹⁵¹ MENDONCA, 1998b: 93-94.

¹⁵² MENDONCA, 1998b: 94.

¹⁵³ MENDONCA, 1998b: 89. T.L.

iuris tantum) exigem a prova da proposição base e a ausência de prova referente à negação da proposição presumida¹⁵⁴.

Esses são trechos indicativos de que interesse central de MENDONCA está nas as presunções legais relativas que contêm fato básico. Isso, contudo, não lhe impede tecer algumas observações destinadas às presunções absolutas. MENDONCA faz referência a elas quando trata das estratégias de destruição e bloqueio das presunções¹⁵⁵. Como vimos, ele explica que tanto as presunções relativas quanto absolutas estão sujeitas à tentativa de bloqueio pelo adversário, mas que não está a estratégia de destruição não ao alcance do adversário das presunção absoluta. Determinada a ocorrência do fato básico por insuficiente bloqueio, não há mais nada o que possa ser feito para descaracterizar o caso como hipótese de aplicação da regra. O juiz deverá aceitar que *p* e a parte prejudicada pela presunção deverá se ver com as consequências jurídicas que lhe serão atribuídas. De todo o dito, fica claro que MENDONCA não oferece uma proposta de redefinição do conceito de presunção. Seu objetivo é de oferecer categorias conceituais que sirvam a demonstrar os diferentes aspectos envolvidos quando se tem em conta a temática das presunções. Portanto, não há como se negar os ganhos de compreensão resultantes de seus desenvolvimentos teóricos:

- (i) a conexão entre presunção (legal) e a atitude proposicional de aceitação;
- (ii) o caráter normativo (em oposição ao caráter proposicional que supostamente seria possível atribuir às presunções, visto que são ostensivamente sobre fatos). Não se deve confundir as presunções com as regularidades empíricas que lhe servem de fundamento.

Esses são os principais pontos aos quais MENDONCA contribui fortemente e que, como veremos, estarão presentes na proposta de redefinição a qual essa tese se dedica.

2.4. Lorenzo Peña e Txetu Ausín

PEÑA E AUSÍN apresentam uma proposta absolutamente diferente ao conceito de presunção. Se até agora as alternativas expostas tinham em comum a defesa das presunções legais como instrumentos do raciocínio prático, os autores de “La inferencia de hechos

¹⁵⁴ MENDONCA, 1998b: 94. T.L.

¹⁵⁵ MENDONCA, 1998b: 97.

presuntos en la argumentación probatoria¹⁵⁶ entendem que elas pertencem ao *raciocínio teórico*.

Defenderemos que as presunções legais são regras de inferência indutiva, e daremos ênfase em seu caráter de inferências teóricas, no fato de que estabelecem determinadas crenças ou estados epistêmicos e, por conseguinte, negaremos que as presunções sejam mero assunto de decisão, ou de raciocínio prático, ou simples pautas prudenciais¹⁵⁷.

[...]

[as presunções são] raciocínios teóricos que levam de premissas, que se afirmam verdadeiras (são dadas por verdadeiras, assumidas como verdadeiras) a conclusões cuja verdade vem afirmada precisamente em virtude da presunção¹⁵⁸.

Afirmações como essas seriam mais compreensíveis se tivessem sido direcionadas ao que se identifica por presunção judicial. PEÑA E AUSÍN não seriam os primeiros a demarcar a distinção entre raciocínio teórico e prático entre elas, entre a uma pretensão de verdade e ausência. Foi a estratégia de TARUFFO e, como ainda veremos, a estratégia de AGUILÓ REGLA. Foi também em razão dessa distinção que MENDONCA explicitou que seu desenvolvimento sobre aceitação e presunções é aplicável somente às presunções legais. Opondo-se a TARUFFO, a AGUILÓ REGLA e a MENDONCA, PEÑA E AUSÍN afirmam que as presunções legais, os mandatos legislativos que determinam que algo deva ser tomado como verdadeiro, consistem em regras de inferência teóricas impostas aos juízes. Regras que determinam como os juízes devem pensar e que, portanto, influenciam em seus estados mentais, em suas crenças.

De sorte que, para PEÑA E AUSÍN, não se trata de se determinar um ponto de partida para uma decisão judicial que precisa ser tomada em função da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, mas de proporcionar um “conhecimento específico do que se espera que ocorra com certas propriedades de certos indivíduos em certos domínios; isto é,

¹⁵⁶ PEÑA; AUSÍN, 2001: 95-125.

¹⁵⁷ PEÑA; AUSÍN, 2001: abstract. T.L.

¹⁵⁸ PEÑA; AUSÍN, 2001: 2. Referem-se a ULLMANN-MARGALIT. T.L.

com certa noção de normalidade”¹⁵⁹.

No entanto, a referências à *conhecimento específico* e à *raciocínio teórico* parece-me contraditória com outras partes do texto, como quando afirmam que

*A melhor inferência indutiva não é a que, em circunstâncias do caso, brinda-nos o maior grau de probabilidade, senão a que se ajusta a um modo de proceder que é o que apresenta a tendência a conduzir conclusões mais prováveis*¹⁶⁰.

De acordo com PEÑA E AUSÍN, as presunções são inferências indutivas que produzem conhecimento específico. Diante disso, pergunto: o conhecimento específico ao que os autores fazem referência despreza as circunstâncias do caso? É o que esse trecho anterior sugere. Além disso, os autores afirmam que as melhores presunções são as que se ajustam a um modo de proceder que tem potencial de produzir um número mais elevado de conclusões mais prováveis; ou seja: mais acertos do que erros, mais casos nos quais o que se presume ser verdadeiro efetivamente é verdadeiro (efetivamente corresponde-se à realidade objetiva). Ora, essa afirmação encaixa-se perfeitamente a minha maneira de compreender as presunções legais; entendo que têm o propósito de gerar, a longo prazo, mais acertos do que erros quanto à determinação dos fatos. Devem-se ajustar a esse “modo de proceder” (expressão – frise-se – de PEÑA E AUSÍN) que pretende um elevado número de conclusões acertadas, e não apenas elevada probabilidade de uma conclusão acertada; de um caso individual bem resolvido.

Justamente porque as presunções refletem uma preocupação que vai além das maiores probabilidades de acerto num caso isolado; porque miram acertos *in the long run* no interior do sistema jurídico de referência, não vejo como negar que elas sejam de caráter prático. O objetivo de quando se formula uma presunção legal – aliás, objetivo compartilhado por qualquer regra – é de oferecer uma regulamentação a uma pluralidade de casos, o que é compatível com casos que sejam exceções; com casos nos quais a proposição fática tida por verdadeira em realidade é falsa. Como afirmar, nessas condições, que o objetivo das presunções é proporcionar conhecimento? Se ela é compatível com proposições falsas tidas como verdadeiras – como reconhecem os autores – não vejo como afirmar que o conhecimento seja o seu propósito.

¹⁵⁹ PEÑA; AUSÍN, 2001: 6.

¹⁶⁰ PEÑA; AUSÍN, 2001: 6. T.L.

Em suma, a preocupação com a correção da proposição fática presumida no maior número de casos possível (isso sendo compatível com cenários nos quais exceções sejam julgadas como se regras fossem, repito) e o desprezo pelas circunstâncias do caso individual são, ambas, características que PEÑA E AUSÍN atribuem às presunções legais, o que torna problemática a atribuição de um caráter teórico a elas. A partir do caráter teórico das presunções legais, PEÑA E AUSÍN desenvolvem suas ideias a respeito das presunções e o processo de formação de crença e de como as presumir não é um assunto de decisão. Veremos com mais profundidade esses dois desenvolvimentos nos itens a seguir e, ao final, seguirei com as breves conclusões que podem ser extraídas da proposta desses autores e de que modo elas contribuem para essa tese.

2.4.1. As presunções e o processo de formação de crenças

As presunções legais são um caso particular do raciocínio presuntivo em geral¹⁶¹. Para Peña e Ausín, a presunção parte de um conjunto de premissas já provadas ou admitidas a uma conclusão que é o fato a ser presumido. Por meio das presunções obtém-se conclusões a partir de informações fáticas acumuladas, elas, por sua vez, combinadas à falta de outros dados. É importante salientar que esse tipo de raciocínio caracteriza-se pelo aspecto da provisoriedade, dado que há a possibilidade de que a conclusão sofra modificações se nova informação é proporcionada. Isso faz com que PEÑA E AUSÍN assumam a clássica distinção entre presunções judiciais e legais, que unifica sob um mesmo gênero duas formas de se determinar a ocorrência de fatos: as presunções legais são inferências que a Lei obriga o juiz a fazer, as judiciais são aquelas que a Lei permite que o juiz faça de acordo com o seu juízo de pertinência¹⁶². Após avisarem que as presunções formuladas livremente pelos juizes não lhes interessa, Peña e Ausín seguem à exposição dos argumentos de porquê as presunções legais são inferências que influem na crença dos julgadores e que apresentam a pretensão de produzir conhecimento. Para os autores, o resultado das presunções legais são a formulação de crenças. Revisáveis? Sem dúvidas, mas ainda assim crenças. Vejamos.

Um aspecto importante para os autores está no que empresta fundamento às presunções

¹⁶¹ PEÑA; AUSÍN, 2001: 1: “As presunções no direito não passam de um caso particular do raciocínio presuntivo em geral”. T.L.

¹⁶² PEÑA; AUSÍN, 2001: 1.

legais. “As presunções em geral se fundamentam principalmente – ainda que não exclusivamente – em um juízo de probabilidade, de normalidade, fruto da experiência (...)”¹⁶³. A atenção que o legislador dá a como os fatos geralmente se relacionam na realidade objetiva; a ligação (*enlace*) entre fato conhecido (*fato indício ou base*) e um fato que se tomará como certo (o fato a ser presumido) é um elemento fortemente enfatizado em PEÑA E AUSÍN. Há uma regularidade entre fatos a qual o direito – através dos legisladores – concede deferência quando formula as presunções legais.

Essas presunções legais, por sua vez, porque apresentam esse tipo de fundamento, influenciariam o estado mental do julgador, fomentando crenças a elas conforme. A lei impõe o uso obrigatório de certas regras de inferência tais que na presença de certas premissas e ausência de outras (a prova contrária), o juiz deverá extrair certas conclusões¹⁶⁴. Essas conclusões, em PEÑA E AUSÍN, são crenças. Apesar de reconhecerem que pode parecer “inquietante” que o ordenamento imponha uma forma de raciocinar, eles insistem que as presunções legais produzem crenças sobre os fatos, e não aceitação. São raciocínios teóricos, e não práticos. São sobre se uma proposição fática é ou não verdadeira, e não sobre como agir a partir dessa informação.

A justificação para a adoção dessas pautas de raciocínio – de presunções legais – reside, segundo PEÑA E AUSÍN reconhecem – num critério prático de economia informativa ou de simplicidade: as presunções legais proporcionam conhecimento do que se espera que ocorra considerando certas características, com base em certa noção de normalidade. No direito, há que se facilitar a determinação dos fatos nas situações de especial incerteza. É neste contexto que fazem a afirmação de que “se uma presunção está bem escolhida, a maioria das inferências será correta”¹⁶⁵. Os termos dessa afirmação causam-me incômodo: em primeiro lugar, as presunções são formuladas, não escolhidas. Não estão prontas no mundo, como mercadorias numa prateleira, prontas para que sejam escolhidas. Em segundo lugar, a inferência é legislativa e está expressada na regra; é justamente esta inferência que impede que outras inferências (no plural, termo usado por PEÑA E AUSÍN) sejam formuladas depois. Logo, “a maioria de inferências será correta” deveria, a meu ver, ser substituída por a maioria

¹⁶³ PEÑA; AUSÍN, 2001: 2. T.L.

¹⁶⁴ PEÑA; AUSÍN, 2001: 2.

¹⁶⁵ PEÑA; AUSÍN, 2001: 6.

dos resultados de aplicação da regra jurídica será correta. Os resultados serão corretos e refletirão a verdade na maior parte dos casos, mas não em função de inferências corretamente realizadas pelo julgador, senão pela obediência por ele demonstrada à inferência imposta pelo legislador.

Para desenvolver o ponto de que se trata de crença, PEÑA E AUSÍN partem de um exemplo não-jurídico, no qual o que está em jogo é a determinação da autoria de um quadro encontrado num palácio de Sevilha. “O quadro é de Murillo?”. No exemplo, de acordo com o conjunto de critérios majoritários de avaliação de peças de arte a resposta seria de que sim; segundo o bom olho de um experto particularmente qualificado que nunca errou até então, é de que não; o quadro não é obra de Murillo. No raciocínio presuntivo – defendem os autores – seria metodologicamente prudente ater-se ao critério majoritário e ignorar o que diz o expert particularmente qualificado; “ainda que seja mais provável o que ele sustenta”¹⁶⁶. PEÑA E AUSÍN defendem que a inferência formulada a partir de critérios majoritários acabaria por persuadir o sujeito racional; a crença de que o quadro é de Murillo seria formada a partir de uma espécie de adesão intelectual do sujeito às critérios majoritários, ainda que no caso, a conclusão deles resultante pareça menos provável.

A adoção do dissidente é, nestas circunstâncias, mais provável, mas também mais arriscada, porque adotá-la significa deixar de aderir ao cânone de critérios comumente aceitos entre os especialistas, sem que haja outro motivo para fazê-lo.

[...]

As boas inferências indutivas são, pois, as que vêm avalizadas por regras mais prováveis, não as que conduzem a conclusões mais prováveis. Quando vêm avalizadas por regras mais prováveis são conclusões mais seguras, ainda que sejam, no caso concreto, menos prováveis¹⁶⁷.

Pois bem, a proposta de PEÑA E AUSÍN contempla que se tenha de fazer uma escolha entre crenças alternativas. Mantendo-nos no exemplo sobre a dúvida quanto à autoria do quadro, a inferência com base em critérios majoritários leva à crença de que o quadro é de Murillo, enquanto que a inferência com base na opinião de um único expert que até então nunca se equivocou leva à crença oposta; de que o quadro não é de Murillo. Diante dessas

¹⁶⁶ PEÑA; AUSÍN, 2001: 7.

¹⁶⁷ PEÑA; AUSÍN, 2001: 7. T.L.

candidatas à crença, PEÑA E AUSÍN afirmam que se tratam de alternativas teóricas. As presunções (tanto no mundo da arte como no mundo do direito) seriam caso de crenças, mas não de decisão; seriam caso de crença e de escolha entre crenças. Alternativas teóricas e não de decisão prática. Vejamos com mais vagar essa tentativa de distinção.

2.4.2. As presunções como “alternativas teóricas”

Ainda com atenção ao exemplo da dúvida quanto à autoria do quadro, PEÑA E AUSÍN desenvolvem seu argumento de que as presunções resultam em crenças, mas não em decisão.

Não se trata de decidir se o quadro é ou não de Murillo. Não tem sentido decidir isso. Um sujeito pode decidir dizer que é ou que não é, mas não pode decidir que seja ou que não seja. O que se debate não é assunto de decisão, senão de opinião, de crença, de afirmação e de negação¹⁶⁸.

Ora, se as presunções influem no conjunto de crenças do sujeito, no exemplo do quadro de Murillo a presunção formulada com base no conjunto de critérios majoritários para avaliação de arte seria suficiente para convencer o sujeito e, nesse sentido, levar-lhe a inferir o que os critérios majoritários determinam como resultado mais provável (no exemplo, de que sim se trata de obra de autoria de Murillo). No mundo da arte, esse seria um exemplo de operacionalização de uma presunção. Não nos esqueçamos que, para PEÑA E AUSÍN, as presunções jurídicas são um caso particular do “raciocínio presuntivo” em geral.

Isso significa que o que vale para compreender presunções em geral, vale para compreender as presunções no direito. Tanto fora, como dentro do direito as presunções são um caminho para resultados que se correspondem a proposições fáticas verdadeiras na maior parte dos casos. Ademais, de acordo com os autores, tanto fora, como dentro do direito o processo de formação das crenças pode ser revisto pelo advento de novas informações. O sujeito racional, agente epistemicamente comprometido, deixa-se guiar pelo que a experiência social, a ciência, a repetição de eventos ensinam, sem deixar de manter aberto certo espaço para dados específicos que contrariem generalizações. Tal como somos capazes de revisar as crenças à medida em que recebemos mais informações nos mais variados contextos sociais, também no direito as presunções funcionariam do mesmo modo. Daí a importância da previsão de prova contrária nas presunções relativas; ela refletiria a forma

¹⁶⁸ PEÑA; AUSÍN, 2001: 7. T.L.

como formamos nossas crenças e, tal como nós, os juízes.

Igual modificamos nosso conjunto de crenças quando nova informação contraditória com a anterior nos é proporcionada, do mesmo modo uma presunção (jurídica) pode ser destruída mediante prova contrário ou dados que desmintam ou lhe contradigam¹⁶⁹.

Por esse motivo, as presunções jurídicas seriam assunto de crença. O sujeito seria convencido pelo confronto das informações que tem e as generalizações provindas da ciência, da experiência social, das repetições fáticas observadas na realidade objetiva. Partindo da presunção legal de “Se P , então Q deverá ser presumido”, em função de seu fundamento empírico, o juiz formularia a inferência de que como tem uma instância individual de P no caso individual (p), isso lhe levaria a crer que uma instância individual de Q (q) também ocorreu. Para PEÑA E AUSÍN não seria correto retratar tais situações como hipóteses nas quais o juiz decide que q , senão que o juiz crê em q (raciocínio teórico) e, com base nisso, depois decide dizer que crê que q ; decide atribuir as consequências jurídicas a q porque crê que q . A presunção, como regra de inferência, conduziria o raciocínio do juiz sobre os fatos. Inclusive nos casos em que houvesse mais de uma alternativa, a presunção garantiria que o julgador escolhesse a inferência mais provável considerando uma pluralidade de casos e não apenas o caso isolado. Essa “escolha” entre caminhos alternativos, e, no fim das contas, entre crenças diferentes, sobre a qual as presunções agem não se confundiria com uma decisão prática.

A alternativa entre duas teorias é sem dúvidas uma alternativa teórica. É prática, e assunto de decisão, para cada um a questão de dizer se crê ou não, e até talvez prática e de decisão a [questão] de se dizer a si mesmo, em seu foro interno, que as coisas são assim. Mas crer que o são não é assunto de decisão¹⁷⁰.

Então, fazem uma distinção entre decidir e escolher entre alternativas. A crença racional, segundo PEÑA E AUSÍN, é uma escolha, mas não uma escolha decisional ou prática, senão uma alternativa entre crer e não crer, ou entre crer numa coisa ou noutra. Com essa distinção entre escolha e decisão, os autores acreditam ter “dissipado” a confusão entre tipos de raciocínio e, que estejam interligados não significa que possam ser misturados. Uma coisa é dizer que se crê em tal coisa, e isso é um assunto prático. Crer não é um assunto prático,

¹⁶⁹ PEÑA; AUSÍN, 2001: 8. T.L.

¹⁷⁰ PEÑA; AUSÍN, 2001: 8. T.L.

mas, como assunto teórico que é, está sujeito a escolhas que variam conforme as melhores informações. Essas melhores informações servem de ponto de partida na formulação das presunções legais e as identificamos como “fato básico”. A formação da crença do julgador partiria da prova do fato básico e expressaria a qualificação do caso individual como instância particular da generalização que serve de fundamento à presunção legal.

Igual acontece no mundo do cientista, no da prova judicial as inferências se reputam por seus merecimentos para conduzir à verdade, e a opção por umas pautas de inferência por presunção se faz porque a experiência passada leva à conclusão de que essa regra é mais segura, mas sã, ou mais suscetível de levar à verdade¹⁷¹.

Ademais, tal como nos mais diversos contextos de experiência, no direito a formação de crenças seria um processo revisável desde que surgem novas informações relevantes. Daí a relevância do elemento da *prova contrária*, pois, muito embora a presunção expresse uma regularidade entre dois fatos, é possível que o fato indício ocorra e não ocorra o fato desconhecido. A prova contrária é a estratégia que serve a demonstrar que o caso concreto representa uma exceção à relação de normalidade existente entre os dois fatos e se expressa mediante locuções como “salvo que”, “a não ser que”, “até que”, como ressalvam.

Igualmente modificamos nosso conjunto de crenças quando nova informação contraditória com o anterior nos é proporcionada, do mesmo modo uma presunção (jurídica) pode ser destruída mediante prova contrária ou dados que a desmintam ou a contradigam¹⁷².

Pois bem, se a prova contrária consiste num elemento tão importante das presunções dentro e fora do direito, faz sentido pensar que os autores a listem como um elemento necessário para que se esteja diante de uma presunção. Assim é. No item seguinte veremos a lista de elementos que para PEÑA E AUSÍN completam o conceito de presunção.

2.4.3. O caráter veritativo das presunções

As presunções são inferências teóricas e apresentam pretensões de verdade. Como vimos, para PEÑA E AUSÍN que não se trata de que sejam infalíveis, mas que sejam tendentes a

¹⁷¹ PEÑA; AUSÍN, 2001: 10. T.L.

¹⁷² PEÑA; AUSÍN, 2001: 8

produzir “conclusões mais prováveis” na maior parte dos casos, ou que “a maioria das inferências seja correta”. A produção de conclusões mais prováveis na maior parte dos casos é conseguida em função do fundamento empírico da regra. As regras de presunção são fruto da experiência social. Essa vocação de fazer corresponder a conclusão do raciocínio jurídico sobre os fatos com a realidade objetiva, PEÑA E AUSÍN identificam como “critério veritativo” ou “cogoscitivo” das presunções.

Para esclarecer do que falam, PEÑA E AUSÍN lançam mão da presunção de morte nos casos legalmente estabelecidos para a declaração de falecimento. Trata-se de uma regra que reflete o que a experiência social nos há ensinado; pessoas desaparecidas por longos períodos de tempo provavelmente estão mortas; é mais provável que estejam mortas do que estejam a esconder seu paradeiro. Os autores reconhecem que essa regra responde também a certa “conveniência” (prática?), uma vez que a presunção de morte elimina um potencial “áspero debate” sobre que regras de inferência valeriam consideradas as especificidades de cada caso de desaparecimento.

Para encurtar a discussão, a respeito da anteriormente mencionada “função aliviadora do processo”, o legislador impõe uma determinada regra de inferência presuntiva. Mas não a impõe – o que alegariam as pessoas de cujos pareceres estamos discutindo – em virtude de considerações fundamentalmente pragmáticas, valorativas, éticas ou práticas (como seria possível pensar que sucedesse neste assunto, onde seria presumida a morte para favorecer a parte mais merecedora de proteção jurídica, as famílias das vítimas). Uma regra assim não pode se manter se, contra o vento e maré, desafiasse a probabilidade e a verossimilhança. Se prevalece e se se consagra a regra de presunção de falecimento, em determinados casos, é porque efetivamente há casos em que assim acontece, com muito mais probabilidade e mais frequência que se haja produzido a morte, não simplesmente porque convenha que assim se proteja a parte mais fraca¹⁷³.

Em seguida, PEÑA E AUSÍN analisam uma série de outras regras. Fazem-no a partir do que chamam de critério cognoscitivo que afirmam estar presentes nas presunções, de modo que seriam presunções as regras que respondam ao aprendido em observância à experiência social. Em outras palavras, seriam presunções as regras que possuam um fundamento empírico e que, através dele, sejam capazes de produzir conclusões (proposições fáticas) que

¹⁷³ PEÑA; AUSÍN, 2001: 16. T.L.

se correspondam à realidade objetiva na maior parte dos casos. A presunção de inocência e a presunção de paternidade são algumas das regras analisadas pelos autores.

A regra conhecida pela “confundente”¹⁷⁴ expressão de presunção de inocência em realidade não é uma presunção. Não se trata de que o legislador tenha formulado tal regra porque seja muito mais provável que o acusado seja inocente a que seja culpado. Para PEÑA E AUSÍN, a regra é em realidade uma proibição de presunção de culpabilidade. A regra exige que a culpabilidade de alguém seja provada para que alguém seja condenado.

[...] Ninguém pode ser condenado nem sofrer da sociedade um trato que implique condenação ou lhe seja prejudicial sem que tenha-se demonstrado a sua culpabilidade. A presunção de inocência é, simplesmente, uma não-presunção de culpabilidade¹⁷⁵.

[...]

A presunção de inocência não é, pois, uma presunção, senão que é o direito a não ser condenado sem prova de autoria e o direito a não ser julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos. Seria mais correto dizer que a culpabilidade não se presume¹⁷⁶.

Outra regra analisada é da presunção de paternidade da criança nascida na constância de um casamento. De acordo com uma interpretação conforme ao critério cognoscitivista atribuído às presunções chega-se a uma regra que produz resultados (proposições fáticas a serem presumidas) que têm mais probabilidade de se corresponder à realidade objetiva do que uma regra discrepante ou oposta.

O que impõe essa regra não pode ser apenas a conveniência de proteger à família ou à criança, tampouco seria possível manter-se tal regra à custa da verdade¹⁷⁷.

Considerando, portanto, a relevância do caráter veritativo das presunções legais, PEÑA E AUSÍN procedem a uma revisão das hipóteses que a sua proposta conceitual é capaz de absorver. Já no princípio do artigo somos apresentados à tipologia tradicional das presunções

¹⁷⁴ PEÑA; AUSÍN, 2001: 10.

¹⁷⁵ PEÑA; AUSÍN, 2001: 11. T.L.

¹⁷⁶ PEÑA; AUSÍN, 2001: 12. T.L.

¹⁷⁷ PEÑA; AUSÍN, 2001: 16. T.L.

entre judiciais e legais. Isso se deve à própria concepção que compartilham segundo a qual as presunções no direito seriam um caso particular das presunções em geral. Ao ver de PEÑA E AUSÍN, tratam-se de inferências indutivas guiadas por pautas oriundas da experiência social. Nesse sentido, atestam que há lugar para as presunções judiciais; há lugar para as presunções legais. A diferença entre as duas residiria na figura do legislador que apenas nas presunções legais predetermina as pautas de experiência social que guiarão as inferências sobre os fatos. Assim, as presunções legais são reconstruídas como normas jurídicas cujo conteúdo é de uma inferência que conduz à ocorrência de certo fato (fato a ser presumido) a partir da ocorrência conhecida de outro (fato básico ou indício). Em suma, uma norma formulada pelo legislador e imposta ao julgador: satisfeitas certas condições, impõe-se uma inferência específica.

Tal como um raciocínio inferencial indutivo formulado a partir de um juízo de normalidade está sujeito a exceções, as normas de presunção devem conter, entre os seus elementos característicos, a possibilidade de prova contrária para os casos concretos. A possibilidade de prova contrária serve para corrigir eventual inadequada aplicação do juízo de normalidade ao caso concreto, pois, que seja razoável não significa que seja infalível¹⁷⁸. Assim, segundo PEÑA E AUSÍN, são elementos que compõem uma presunção: um fato básico (ou indício), um fato a ser presumido, o juízo de normalidade (de acordo com o qual o fato básico representa habitualmente, probabilisticamente, normalmente, uma boa razão para ter como verdadeira a ocorrência do fato desconhecido) e a possibilidade de prova contrária.

Em decorrência disso, PEÑA E AUSÍN excluem do escopo das presunções tanto as presunções formais (que carecem de fato básico), como as presunções absolutas. As presunções formais restam fora porque, muito embora PEÑA E AUSÍN estejam de acordo que as presunções se justificam a partir de um aspecto pragmático e facilitador da determinação do que sejam os fatos juridicamente relevantes, eles fazem questão de frisar que o aspecto pragmático não reina sozinho: mesmo nas situações nas quais o direito, na figura do legislador, tem o objetivo de facilitar a determinação de fatos juridicamente relevantes, isso deverá ser realizado considerando a relação entre os fatos preexistente ao direito – essa

¹⁷⁸ PEÑA; AUSÍN, 2001: 14.

apreendida em função da experiência socialmente acumulada¹⁷⁹. Em PEÑA E AUSÍN há, pois, uma preocupação *cognitiva, epistêmica*, que orienta o legislador no momento de formulação das presunções¹⁸⁰. O aspecto pragmático de facilitação de prova não é suficiente para que uma norma seja considerada por PEÑA E AUSÍN uma presunção. A interpretação cognitivista dos autores requer que haja um fundamento empírico que facilite a prova de um fato relevante de um modo específico, isto é, refletindo uma realidade fática preexistente ao direito e ao processo. Aliás, uma expressão que os autores utilizam para expressar a relação entre as presunções legais e os saberes herdados da experiência social é “catalogação”. Ao ver dos autores, o legislador “cataloga” determinadas regras de inferência indutiva especialmente recolhidas a partir da experiência e consciência sociais¹⁸¹.

Por outra parte, para PEÑA E AUSÍN as presunções absolutas não são verdadeiras presunções. Trata-se de uma “má denominação”, dado que, em rigor, simplesmente estabelecem que, diante de certas condições de fato, constitui-se determinada situação jurídica, com indiferença de outras circunstâncias que venham a concorrer. Nesse ponto, os autores citam a AGUILÓ REGLA, quem, como veremos, aproxima as presunções absolutas às ficções jurídicas, já que tampouco se relacionam com fatos naturais ou ao âmbito da verdade fática¹⁸². O estabelecimento de presunções absolutas se deve ao objetivo de produzir resultados institucionais, à imputação de consequências jurídicas.

PEÑA E AUSÍN não discorrem muito sobre as presunções absolutas, mas, creio que a falta de previsão de provas contrárias é um fator que lhes faz localizar esse tipo de norma para fora do escopo conceitual da presunção: há normas conhecidas como normas de

¹⁷⁹ Prova disso encontra-se no próprio título do item 4 do artigo de Peña e Ausín aqui sob análise: “O estabelecimento normativo de regras de presunção como fruto da experiência social”. PEÑA; AUSÍN, 2001: 14. T.L.

¹⁸⁰ PEÑA; AUSÍN, 2001: 6: A adoção de tais pautas de inferência vem justificada por um critério pragmático de economia informativa ou simplicidade [...] Mais concretamente no Direito, diz-se que as presunções vêm justificadas pela necessidade de facilitar, em atenção à finalidade de Justiça, a prova dos fatos constitutivos do processo (finalidade aliviadora ou Erleichterung). Em consequência, espera-se que se uma presunção está bem formulada, a maioria das inferências será correta”. p.15: “Inclusive quanto às modificações legislativas que sacrificaram em parte a certeza da conveniência, deve-se compreender que respeitam um certo patamar de probabilidade”.

¹⁸¹ PEÑA; AUSÍN, 2001: 27.

¹⁸² PEÑA; AUSÍN, 2001: 19. Citam AGUILÓ REGLA na nota n. 14.

presunção absoluta que poderiam ser interpretadas como que contendo um fundamento empírico e que, segundo a “interpretação cognitivista” das presunções defendida pelos autores, seria possível pensá-las como presunções. Essas regras, no entanto, carecem de um dos elementos condicionantes das presunções: é a previsão de prova contrária que é capaz de corrigir eventuais inadequadas aplicações das inferências indutivas presentes nas regras aos casos individuais. Não vejo como seria possível aos autores manterem-se defensores das presunções como possuidoras de um caráter veritativo sem que estabelecessem como necessário o equilíbrio entre formulação de generalizações empíricas não-universais e a admissibilidade de prova contrária.

2.4.4. A obrigação imposta ao julgador

Terminada a recapitulação sobre os elementos necessários para que se esteja diante de uma presunção a partir da perspectiva de PEÑA E AUSÍN e, vistas as regras que, de acordo com essa proposta, restam abandonadas para fora do âmbito conceitual em questão, vejamos a posição que os autores defendem sobre se as presunções impõem ou não ao julgador a obrigação de crer que p ao presumir que p . Trata-se de um último ponto que creio merecer atenção: a norma de presunção obriga o juiz a quê? Os juízes ficam obrigados a *crer* no fato que deve ser presumido?

Depois de tanto esforço na defesa de uma distinção entre decidir (raciocínio prático) e escolher entre alternativas (raciocínio teórico), PEÑA E AUSÍN acabam concluindo que a obrigação imposta aos juízes pelas presunções não é de crer no que se presume verdadeiro. Por estranho que possa parecer, eles não se distanciam tanto daqueles que até então criticavam: para PEÑA E AUSÍN presumir que p não requer crer que p . Para os autores, a obrigação imposta ao juiz é de *dizer* que p , *emitir decisão*, redigir a sentença declarando provadas as conclusões pertinentes a partir das premissas que foram provadas¹⁸³. Para PEÑA E AUSÍN a presunção impõe que o juiz declare p verdadeiro. Em seguida, o juiz deve decidir o caso com base em que p seja verdadeiro.

Com efeito, a única obrigação legal pertinente que o juiz tem é de declarar a sentença em termos específicos, declarando provadas as conclusões pertinentes que, de premissas que se confirmaram por prova, seja segundo

¹⁸³ PEÑA; AUSÍN, 2001: 26.

regras lógicas comumente admitidas – e que ele mesmo admita, em todo caso – seja segundo regras de presunção legalmente vinculantes. A sua obrigação começa em declará-lo assim. Tem também a obrigação de pronunciar uma sentença em consonância com os fatos provados. Em que consiste essa consonância? Se se declara provada a culpabilidade do acusado, ele deve ser condenado à pena correspondente. Se se declara provado, num processo civil, o dano e o caráter doloso ou negligente de seu resultado, o causante deverá de ser condenado a um ressarcimento por força de lei. Se se declara provada uma filiação nas hipóteses em que a lei estabeleça, o progenitor deverá ser condenado a assumir as responsabilidades correspondentes. Se se declara provado que a assembleia de sócios de tal associação se desenvolveu em flagrante e grave violação dos estatutos, haverá de pronunciar a anulação das resoluções dessa assembléia. Etc. Em geral, a consonancia está em que, se a lei estabelece que o juiz tem a obrigação de, se se prova que A deve decidir que B, então quando se tenha provado que A, o juiz terá a obrigação de decidir que B¹⁸⁴.

Assim, PEÑA E AUSÍN afirmam que a presunção impõe ao julgador apenas uma obrigação de dizer que p , mas não de crer que p . No entanto, a meu ver não fica claro como conciliar a afirmação de que as presunções são assunto do raciocínio teórico com a afirmação de que ela impõe ao julgador uma a obrigação de dizer que p (sem ter de crer que p) e, em seguida, emitir decisão tendo p como sua premissa. Menos claro ainda qual o sentido de se afirmar que as presunções são assunto de crença, que são regras para realizar inferências para depois reconhecer que não impõem a obrigação de crença. PEÑA E AUSÍN afirmam que as presunções são relativas a raciocínio teórico, que não referem-se a uma decisão prática que o sujeito deve tomar e, em seguida, reconhecem que a presunção estabelece um dever somente de dizer que algo é verdadeiro, dissociado do que o sujeito possa efetivamente crer.

Na proposta dos autores há fios soltos; peças que não se encaixam. Insistir que as presunções são regras de inferência, que são questões de crença para depois conceder que impõem a obrigação de dizer que p (e não de crer que p) parece-me um desperdício de energia, considerando que o direito não se preocupa com o aspecto psicológico de como as decisões judiciais são tomadas, senão com possibilidade de se justificar as decisões: se o destinatário da regra cumpre o comportamento, não importa se o faz porque internaliza a *ratio* pela qual a regra lhe foi imposta pondo-se com ela de acordo, ou se o faz por estar

¹⁸⁴ PEÑA; AUSÍN, 2001: 26. T.L.

juridicamente conforme ao cumprimento de um dever embora internamente contrariado com o seu conteúdo. Não é diferente com as presunções. E se PEÑA E AUSÍN reconhecem que a obrigação não é de crer, não tem sentido a defesa afirmar que todas as presunções são inferências. Aliás, trata-se de uma inconsistência em sua análise. No item seguinte, tratarei com mais detalhe dessa inconsistência.

2.4.5. Breves considerações sobre a proposta de Lorenzo Peña e Txetu Ausín

De acordo com a *Stanford Encyclopedia*, “a reflexão teórica sobre o que um sujeito deve crer produz mudanças no seu conjunto de crenças, enquanto o raciocínio prático dá origem à ação”¹⁸⁵. Partindo dessa definição fica ainda mais claro o caráter prático das presunções legais: elas não buscam produzir mudanças no conjunto de crenças do julgador; têm por objetivo oferecer um critério de decisão caso se confirme um cenário de insuficiência de provas. O seu propósito é de solver o raciocínio prático de como o julgador deve decidir, pouco importando se ele se convenceu ou não da correção do conteúdo da presunção. Significa reconhecer que, mesmo que a regra de presunção tenha por fundamento regularidades empíricas não se pode deixar de lado que o juiz está diante de uma regra jurídica. A regra jurídica não reduz à generalização empírica (à regra de experiência, de acordo com a terminologia tradicional), pois, enquanto uma generalização consiste numa proposição sobre os fatos (caráter descritivo), a regra jurídica vai além, ordenando que se tenha por verdadeiro um fato a partir da confirmação de um que lhe serve de indicação. Que a regra jurídica busque produzir resultados conforme ao que normalmente acontece na realidade jurídica não lhe transforma em mera descrição da realidade e, por ende, não tem o propósito de apenas informar o julgador de como a ocorrência dos fatos geralmente encontra-se relacionada. A meu ver, não há dúvidas de que a vinculação entre presunção legal e crenças do julgador é excessivamente exigente, pois basta que o julgador incorpore a proposição fática tomada como verdadeira, na qualidade de premissa menor, ao seu raciocínio para decidir. Isso é menos do que crer, mas ao mesmo tempo, é distinto a “dizer que *p*”. *Dizer que *p* é posterior a incorporar *p* como premissa num raciocínio e, ainda que sejam comportamentos relacionados, a presunção obriga a segunda – dizer que *p* é mero*

¹⁸⁵ <http://plato.stanford.edu/entries/practical-reason/> acesso em nov/2016. T.L.

efeito de ter decidido o caso individual com base em *p*. PEÑA E AUSÍN exigem demais quando relacionam presunções a crenças e miram errado quando afirmam que a obrigação é de dizer.

Agora, muito embora as presunções não sejam regras para que o juiz infira, para que o juiz formule determinada crença com base nas informações a que tem acesso, elas sem dúvidas são fruto das crenças compartilhadas pelos legisladores, resultantes de inferências por eles realizadas no contexto de formulação delas enquanto regras. Então, se bem mostra-se inadequado afirmar que elas têm o propósito de produzir um estado mental de crença ou de conhecimento dos julgadores, cabe pensar que as presunções podem se corresponder ao propósito de que se produza o maior número possível de decisões fundadas em proposições fáticas verdadeiras. Com base numa proposição que estimam verdadeira (“pessoas ausentes por mais de dez anos provavelmente estão mortas”, por exemplo), os legisladores formulam regras de modo a facilitar o raciocínio prático de como decidir, a ser levado a cabo pelos juízes. Há um compromisso com a ação que deverá ser realizada futuramente e isso faz com que as presunções não sejam meras inferências teóricas. São inferências práticas realizadas pelo legislador de modo a facilitar as decisões dos juízes. Essas inferências, contudo, vinculam-se a uma preocupação epistêmica: facilita-se um critério de decisão aos julgadores que pretende fazer corresponder o maior número possível de decisões judiciais com a realidade objetiva – e que, portanto, façam por merecer, na maior parte das vezes, o valor de verdade que juridicamente lhes tenha sido atribuído.

Creio que PEÑA E AUSÍN quiseram defender que as presunções, enquanto representantes de juízos de probabilidade, sim deveriam ser consideradas como ferramentas epistêmicas. Nisso reside o valor de sua contribuição. Não obstante o objetivo, o desenvolvimento da proposta ficou comprometido pela não-divisão entre a perspectiva do legislador e a perspectiva do julgador. O agente epistêmico das presunções é o legislador e, de nenhum modo, o juiz chega inferir, com base em regras jurídicas, o que crê que tenha acontecido no caso individual. O juiz não formula crenças sobre os fatos juridicamente relevantes com base nelas. As presunções legais existem precisamente para excluir o raciocínio sobre os fatos do juiz e isso – a exemplo de sua posição de que as presunções legais são um caso particular das presunções em geral – não fica claro em PEÑA E AUSÍN. O fato de que a presunção legal é uma norma; que contém um dever, não pode ser menosprezado a ponto de se conceder que são um caso particular de algo que existe em outros contextos. A seguir, veremos uma proposta que

contribuiu sobremaneira a evidenciar o caráter normativo das presunções no direito.

2.5. Josep Aguiló Regla

AGUILÓ REGLA escreveu dois textos sobre as presunções no direito, o primeiro de 1999¹⁸⁶, o segundo de 2006¹⁸⁷. O próprio autor considera o texto de 2006 uma versão mais madura na qual deixa pra trás os exageros cometidos na versão de 1999¹⁸⁸. Por essa razão, centrarei meus esforços na publicação de 2006. Nela, AGUILÓ REGLA consegue ser muito claro quanto aos objetivos que espera cumprir. Ao todo, enumera *três*:

- (1) esclarecer a disputada questão da natureza das presunções no direito (o que trata mediante a distinção entre “é presumível” e “será presumido”) e, com isso, precisar a noção de norma de presunção;
- (2) partindo da noção de norma de presunção, mostrar a necessidade (fertilidade) de se introduzir a distinção entre regras e princípios, o que permitirá distinguir presunções-regra e presunções-princípio;
- (3) dissolver as presunções *iuris et de iure* em termos teóricos.

Vejamos cada um em separado:

2.5.1. “É presumível” vs. “Será presumido”

(1) “É presumível”

Um exemplo é apresentado por AGUILÓ REGLA como o adequado ponto de partida para esclarecer alguns aspectos das presunções e, subsequentemente, as principais características das presunções no contexto do direito¹⁸⁹. A hipótese que pede seja considerada é a de um pai que contrata um detetive para saber sobre o paradeiro do filho. O pai conta ao detetive que há

¹⁸⁶ AGUILÓ REGLA, 1999.

¹⁸⁷ AGUILÓ REGLA, 2006.

¹⁸⁸ AGUILÓ REGLA, 2006: 10: “[N]a minha opinião, as distâncias entre as teses sustentadas pelos diferentes aurores não justificam tanto aparato, porque são, em grande medida, compatíveis. Eu mesmo posso ter cometido o ‘pecado’ do exagero em alguma intervenção anterior”. T.L.

¹⁸⁹ AGUILÓ REGLA, 2006: 10-11.

quinze anos teve um forte desentendimento com seu filho e, depois disso, seu filho foi embora de casa e nunca mais lhe enviou notícias. Após um tempo, o detetive e o pai voltam a se reunir e travam o seguinte diálogo:

Pai: Então, tem notícias do meu filho?

Detetive: Não, mas lamento dizer que seu filho está morto.

O exemplo se segue com a narrativa que o detetive faz ao pai sobre os detalhes da investigação. Seu filho vivia na Austrália, era bem sucedido profissionalmente, tinha esposa e filhos; com amigos, sem inimigos conhecidos. No entanto, fazia três meses que o filho tinha participado de uma regata intercontinental e seu barco havia afundado num lugar do oceano com profundidades abissais. As equipes de resgate trabalharam incansavelmente por semanas, mas não encontraram sobreviventes ou corpos. Os tripulantes desapareceram e tudo faz pensar que afundaram com a embarcação. “Seu filho está morto e estaria me aproveitando do senhor se seguisse investigando”, finalizou o detetive.

AGUILÓ REGLA aponta a presença de três elementos característicos das presunções no exemplo em questão:

(i) um fato a ser presumido: o fato objeto de suspeita e conjectura; no exemplo, a morte do filho;

(ii) o fato básico: os indícios ou sinais; o barco afundado e desaparecimento do filho;

(iii) uma conexão entre esses dois fatos; a conexão entre o fato básico e o fato a ser presumido pressupõe uma regra de presunção, isto é, um enunciado geral cuja aceitação autoriza o passo de um fato a outro.

De posse desses elementos, o autor se aproxima do esquema argumentativo apresentado por STEPHEN TOULMIN, em “The uses of Argument”¹⁹⁰. O esquema conta com os elementos de razão (no original, *grounds*), pretensão (*claim*) e garantia (*warrant*). Encaixam-se nesses elementos, respectivamente, o fato básico, o fato a ser presumido e a regra de presunção: com base na regra de presunção (garantia) de que “se um barco afunda e não se tem notícia do paradeiro de um passageiro durante um tempo razoável é presumível a morte do passageiro” fica autorizada a passagem do fato básico (razões) “o barco em que viajava seu filho afundou há três meses e não há notícias de seu paradeiro” ao fato a ser presumido

¹⁹⁰ TOULMIN, 1958 (2003), A referência a TOULMIN localiza-se na p. 11.

(pretensão) de que “seu filho está morto”. AGUILÓ REGLA esclarece tratar-se de uma inferência teórica pois parte de premissas verdadeiras a uma conclusão que possui pretensão de verdade. A regra de presunção, ou garantia, funda-se num juízo de normalidade, de probabilidade de verdade; numa regularidade que autoriza a pretensão de verdade do fato a ser presumido.

Podemos recorrer a múltiplas expressões para nos referirmos a isso, mas todas sinalizam na mesma direção. A pretensão que incorpora o detetive é de verdade, a regra de presunção utilizada (a garantia do raciocínio por presunção) é uma proposição, o raciocínio do detetive, e também o do pai, é um raciocínio teórico; o raciocínio do detetive e o raciocínio do pai versam sobre uma questão de crenças, não de preferencias etc¹⁹¹.

A referência mencionada serve a indicar duas características do raciocínio teórico que parecem ser importantes para AGUILÓ REGLA: o raciocínio busca concluir-se atribuindo valor de verdade a uma proposição que efetivamente seja verdadeira quando comparada à realidade objetiva. Daí a expressão “pretensão de verdade”. Complementarmente, as proposições fáticas as quais atribuímos valor de verdade costumam ser identificadas com o termo “crença”. Logo, trata-se de raciocínio teórico quando o seu objetivo é determinar a verdade/falsidade de uma proposição fática. Amparado no vínculo entre a presunção e a crença, na pretensão de verdade que o fato a ser presumido apresenta porquanto garantido por uma regra que reflete uma regularidade empírica, AGUILÓ REGLA afirma a natureza teórica do raciocínio por presunção. Os agentes que o realizam buscam aproximar-se proposições fáticas verdadeiras. Mas o autor não pára por aí e defende que, muito embora as presunções como as do exemplo possuam natureza teórica, nada impede que sejam integradas em posteriores raciocínios práticos. A natureza teórica ou proposicional dessas presunções explica a escolha pelo sintagma “é presumível” em sua formulação típica.

Por último, AGUILÓ REGLA chama a atenção do leitor para a característica da derrotabilidade da presunção, que significa que a disposição para modificar a conclusão do raciocínio permaneça aberta para a hipótese de que novas informações sejam oferecidas. Como a presunção, enquanto raciocínio teórico relaciona-se com a produção de crenças, a derrotabilidade expressa a possibilidade de que a crença produzida possa ser substituída por outra na hipótese de que novas informações sejam somadas ao raciocínio. Suponhamos que,

¹⁹¹ AGUILÓ REGLA, 2006: 12.

tempos depois de encerrada a investigação, o pai fosse procurado por um amigo de seu filho que diz tê-lo encontrado depois do acidente; essa poderia ser uma informação capaz de modificar a conclusão de que seu filho havia falecido no acidente de barco. Esse tipo de presunções, assevera o autor, rege-se pela busca pela verdade¹⁹². Mas a derrotabilidade desse raciocínio indica precisamente que é de maneira geral que a presunção nos aproxima da verdade, pois, na maior parte dos casos há chance de que o que elas determinam ser verdadeiro efetivamente o seja. Neste ponto, AGUILÓ REGLA chega a, inclusive, citar a PEÑA E AUSÍN, destacando que muito embora elas apresentem um caráter falível, nem por isso deixam de apresentar utilidades quando o que se quer é evitar a maior quantidade de erros possível¹⁹³.

Sobre as presunções como a do exemplo, AGUILÓ REGLA ressalta algumas constatações:

- 1. Há presunções e raciocínios por presunção de natureza estritamente teórica ou proposicional.*
- 2. O fato de que essas presunções possam integrar (ou ser um fragmento) de um raciocínio prático não altera a sua natureza teórica.*
- 3. Estas regras de presunção pressupõem uma regra de presunção teórica formulável com um “é presumível”.*
- 4. Estas regras de presunção expressam um juízo de regularidade fundado na experiência ao que se reconhece uma alta probabilidade de verdade.*
- 5. A aceitação (e o fundamento) de uma regra de presunção como garantia radican em que ela nos aproxima à verdade no sentido material: aceitando a regra de presunção é mais provável acertar a determinação da verdade material.*
- 6. A aceitação de uma regra de presunção como garantia supõe aceitar também a sua derrotabilidade para um caso particular. O raciocínio por*

¹⁹² AGUILÓ REGLA, 2006: 13. “[O] papel primário da regra de presunção é de nos aproximar à verdade no sentido material da expressão”. T.L.

¹⁹³ AGUILÓ REGLA, 2006: 12-13. A ideia está em Peña e Ausín e se encontra repetida em Aguiló Regla, com as devidas referências prestadas: “O seguro de se ter à regra de presunção não reside em que sempre e em cada caso seja mais provável a verdade do resultado que a regra determina, senão que, de maneira geral (daí seu caráter de regra) essas regras são mais seguras e, portanto, o seguro é ater-se ao que elas determinam como verdadeiro”. T.L.

presunção é tipicamente um raciocínio derrotável: se contamos com mais informação é possível rejeitar a conclusão.

7. Do dito em 5 e 6 se segue uma função secundária (derivada) que cumprem as regras de presunção do tipo aqui considerado: em termos dialéticos ou procedimentais distribuem o ônus argumentativo e/ou da prova. Quem aceita a regra de presunção e o fato básico mas rejeita a conclusão tem o ônus de demonstrar que o caso em questão é uma exceção à regra de presunção¹⁹⁴.

(2) “Será presumido”

Outro exemplo é usado por AGUILÓ REGLA como ponto de partida para analisar do sintagma “será presumido”. Consiste na norma jurídica espanhola segundo a qual “presumem-se filhos do marido os nascidos depois da celebração do casamento e até os três dias seguintes à dissolução ou separação legal ou de fato dos cônjuges”. Trata-se de uma norma jurídica positivada, cujo dispositivo consta na legislação civil espanhola. Nesse exemplo, constam os mesmos elementos presentes no exemplo anteriormente usado:

a) Um fato a ser presumido: “X é o pai de Y”.

b) Um fato básico: “Y é filho da esposa de X e nasceu dentro da constância do casamento”.

c) Uma conexão entre eles: uma regra de presunção que vem normativamente imposta.

No passo seguinte de sua argumentação, AGUILÓ REGLA encaixa o exemplo em questão no esquema de TOULMIN de razões, pretensão e garantia. A garantia é a norma jurídica de presunção que determina que “se nasce uma criança na constância de um casamento será presumida (deve ser presumida) a paternidade do marido”, a razão é que “X é filho da esposa de Y e nasceu dentro da constância do casamento” e a pretensão será que “Y é pai de X”.

O autor nos explica que, para captar adequadamente a natureza das normas de presunção, é importante que nos coloquemos nos lugares do destinatário da norma e também no daquele que a formula¹⁹⁵. Assumindo a perspectiva do destinatário da norma, o julgador,

¹⁹⁴ AGUILÓ REGLA, 2006: 14. T.L.

¹⁹⁵ AGUILÓ REGLA, 2006: 15: “O próprio e peculiar das normas de presunção apenas se vê a partir das perspectivas que mencioneu: a do obrigado pela norma de presunção e a do efitor das normas de presunção; paradigmaticamente, a do juiz e a do legislador”. T.L.

AGUILÓ REGLA esclarece que o primeiro a ser feito pelo juiz é aceitar a norma de presunção como uma norma jurídica válida, “tomando-a como uma entre tantas normas jurídicas que tem o dever de aplicar”¹⁹⁶. E a qual comportamento a norma lhe obriga? A primeira alternativa e que de pronto é rejeitada por AGUILÓ REGLA consiste na obrigação de crer naquilo que se terá de presumir. Mas, para cumprir a norma teria o juiz de crer que “y é o pai de x”? O autor rejeita essa interpretação e justifica tal rejeição com base na afirmação de que crer não é atuar. Prefere compreender a norma de presunção como que obrigando o juiz a usar certa premissa na resolução dos casos em que esta norma seja aplicável.

Aceitar e aplicar uma norma de presunção não obriga a crer na ocorrência do fato, mas a considerá-lo provado ou não provado em certas circunstâncias. Para AGUILÓ REGLA, o fato de que o conteúdo da norma de presunção não seja a obrigação de crer em algo a dissocia da verdade material. Sua função primária, segundo o autor, é “estabelecer uma verdade processual, procedimental ou dialética”¹⁹⁷. Assim, a noção de norma de presunção pressupõe um ambiente processual, só fazem sentido no contexto onde é sumamente importante a regulação e distribuição dos ônus argumentativos e probatórios. Mas, se a função da norma de presunção é de estabelecer uma verdade processual, AGUILÓ REGLA começa refletir qual seria então a sua relação com a verdade material. Para tanto, o autor desloca-se para o lugar do legislador, pois, sendo ele quem formula as normas, é ele quem se vê com as razões subjacentes das normas de presunção. A lista das razões que emprestam fundamento às normas de presunção assemelha-se às razões elencadas por ULLMANN-MARGALIT e por MENDONÇA, quando esse último a acompanha.

(1) Razões vinculadas à probabilidade de verdade do fato a ser presumido. O que subjaz ao “será presumido” normativo é a aceitação de um “é presumível” teórico por parte do legislador. ex: presunção de morte do desaparecido em situação de perigo.

(2) Razões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio probatório entre partes em conflito dadas as diferentes dificuldades de prova que as partes terão de enfrentar. ex: presunção de paternidade quando o suposto pai se nega ao exame de dna.

(3) Razões garantistas que consideram a gravidade das consequências jurídicas que

¹⁹⁶ AGUILÓ REGLA, 2006: 16.

¹⁹⁷ AGUILÓ REGLA, 2006: 16. T.L.

podem resultar para uma das partes. ex: presunção de inocência.

(4) Razões vinculadas com a função de estabilização das expectativas e situações que as instituições pretendem cumprir. ex: presunção de constitucionalidade.

Para AGUILÓ REGLA, trata-se de um catálogo não-exaustivo de razões que serve a demonstrar que o legislador não se restringe aos juízos de normalidade e probabilidade para ditar normas. Isso significa que o “será presumido” não depende de um “é presumível”. A relação entre os dois sintagmas, no mundo do direito, é contingente. Tal como fez com as regras de presunção, próprias do raciocínio teórico, o autor enumera algumas teses gerais a respeito das normas de presunção:

- 1. As normas de presunção operam estritamente como tais no âmbito do raciocínio prático de seus destinatários; dos sujeitos chamados a atuar em algum sentido.*
- 2. Isso não impede que algum sujeito que não seja o destinatário da norma (isto é, um sujeito que não seja juiz) possa usá-la e aceitá-la como garantia de um raciocínio teórico.*
- 3. Sem a noção de processo decisório, as normas de presunção carecem de sentido; coisa que não corre com as regras de presunção meramente teóricas.*
- 4. O sentido das normas de presunção é estabelecer uma verdade processual (uma verdade no processo); obrigando o juiz, sob certas circunstâncias, a tomar um fato como provado.*
- 5. As verdades processuais (no processo) são derrotáveis, vencíveis.*
- 6. Nos processos contraditórios, os deveres relativos às verdades processuais traduzem-se em um “não ter de provar” ou “ter de provar” para as partes em conflito; isto é, em benefícios e ônus processuais. Neste sentido, sempre beneficiam as pretensões de uma parte e prejudicam as pretensões da outra. Necessariamente possuem uma dimensão de distribuição e ônus argumentativo e probatório.*
- 7. A relação entre verdade processual estabelecida por uma norma de presunção e a probabilidade da verdade material do fato a ser presumido é contingente, isto é, não necessária. Em consequência, a obrigação de aceitar*

*a verdade processual não depende da aceitação de uma certa probabilidade de verdade em sentido material*¹⁹⁸.

Os sintagmas “é presumível” e “será presumido” (no sentido de que deve ser presumido) foram usados por AGUILÓ REGLA para tornar evidente a distinção entre as presunções enquanto raciocínios teóricos e enquanto raciocínios práticos. Segundo o autor, tal distinção é especialmente relevante porque no direito há tanto raciocínios de um tipo como do outro: os raciocínios a partir das chamadas de *máxima de experiência*, em que o julgador faz uso de sua livre e racional valoração da relação entre as provas e os fatos, é indicado como exemplo de raciocínio teórico; enquanto que os cenários em que a determinação dos fatos é guiada pela aplicação obrigatória de uma norma de presunção representam exemplos de raciocínios de caráter prático¹⁹⁹.

Neste ponto, vou reservar-me um parêntese. Julgo importante notar que, muito embora AGUILÓ REGLA tenha citado PEÑA E AUSÍN para corroborar sua argumentação sobre as presunções como inferências teóricas, dita aproximação não se aplica: PEÑA E AUSÍN afirmam as presunções legais como um caso particular das presunções em geral, de maneira que, para os autores, até mesmo o que AGUILÓ REGLA identifica como “normas de presunção” – isto é, as presunções legais – são, também, inferências teóricas. Há aqui apenas um aparente acordo entre as propostas de AGUILÓ REGLA e PEÑA E AUSÍN. Terminado o parêntese, volto à descrição dos principais pontos da proposta conceitual de AGUILÓ REGLA.

2.5.2. Presunções-regra e presunções-princípio

Finalizada a distinção entre as presunções teóricas (raciocínios de presunção) e as presunções práticas (normas de presunção), AGUILÓ REGLA esclarece que irá dedicar-se a sistematizar as de segundo tipo. Para o autor as normas de presunção devem ser

¹⁹⁸ AGUILÓ REGLA, 2006: 20. T.L.

¹⁹⁹ AGUILÓ REGLA, 2006: 20: “Os itens anteriores [referindo-se aos itens nos quais tratou dos sintagmas ‘é presumível’ e ‘será presumido’ no sentido de ‘deverá ser presumido’] estiveram destinados a diferenciar de maneira clara os âmbitos nos quais as presunções atuam; esses dois âmbitos são extraordinariamente relevantes para o Direito. Um é óbvio porque no Direito há normas de presunção. O outro também porque os juristas fazem frequentemente inferências teóricas – como as do detetive e do pai – para alcançar conclusões relativas aos fatos ocorridos a partir de outros fatos provados, ainda que em geral os juristas prefiram falar de máximas de experiência em vez de regras de presunção teóricas (ou de raciocínio por presunção)”. T.L.

reorganizadas. O primeiro critério para o seu rearranjo é eliminar do âmbito conceitual as normas de presunção *iuris et de iure*. O segundo passo é reorganizar as presunções *iuris tantum* entre presunções-regra e presunções-princípio. O autor, contudo, começa pela reorganização das presunções relativas e só depois descarta as normas conhecidas como presunções absolutas do campo de incidência do conceito de presunção jurídica.

AGUILÓ REGLA toma como ponto de partida a distinção concernente às presunções relativas, entre presunções em sentido estrito e as presunções aparentes. Como é de conhecimento dos operadores do direito, as presunções em sentido estrito apresentam o fato básico em sua estrutura e, sendo assim, o mecanismo que instaura consiste na prova do fato básico o que, indiretamente, funcionará como prova do fato desconhecido. Daí dizer-se que as presunções em sentido estrito não modificam a distribuição do ônus, mas o *facilitam* através da modificação do tema da prova. A iniciativa probatória permanece pesando sobre a mesma parte, mas o fato sobre o qual ela pende é de mais fácil confirmação. Quanto à parte contrária à presunção, se o fato básico já foi objeto de prova do seu beneficiário e caso queira evitar a decisão desfavorável, deverá dirigir seus esforços probatórios ao fato básico ou atacar o fato a ser presumido.

Além do grupo de normas conhecido por presunções em sentido estrito, somam-se outras normas de presunção relativa, essas conhecidas como presunções aparentes. Tais normas diferem das anteriores pela ausência de fato básico, por isso é que se diz que são presunções aparentes, pois adotam a terminologia das presunções, mas o mecanismo por elas instaurado é distinto: sua única função é de especificar a distribuição do ônus da prova. Ou seja, elas não modificam o tema de prova porque não se limitam a facilitar a atividade probatória sobre quem pende a sua iniciativa. Vão além disso e eximem o beneficiário da norma de qualquer atividade probatória, pelo menos até o momento em que seu adversário abandone a inércia, produzindo algum elemento de prova destinado a afastar o fato a ser presumido²⁰⁰. Assim, a diferença chave entre esses dois tipos de normas está em que as presunções em sentido estrito facilitam a prova modificando o tema da prova – aceitando oferecer à categoria de fato *P* efeitos jurídicos originalmente atribuídos à categoria de fato *Q* – enquanto que as presunções aparentes eximem o beneficiário da regra do peso da iniciativa

²⁰⁰ AGUILÓ REGLA, 2006: 21: “O característico delas [das presunções aparentes] é que, se bem adotam a forma (a aparência) de presunções, em realidade sua única função é de estabelecer a divisão do *onus probandi*”. T.L.

probatória. Não há condição que deva ser satisfeita por ele para que a presunção entre a lide beneficiar.

Após descrever a tradicional oposição entre presunções em sentido estrito e presunções aparentes, AGUILÓ REGLA lide direciona forte crítica. Para o autor, tal distinção “não serve de grande ajuda”, pois, para o juiz, seu conteúdo sempre se traduz na obrigação de dar por provado ou não dar por provado um fato, o que, por sua vez, traduz-se às partes em um ter de provar ou não ter de provar certos fatos²⁰¹. Ao ver do autor, o que merece ser enfatizado é que se tratam de normas que possuem ou carecem de condições de aplicação e isso acontece de modo paralelo ao que acontece entre as normas que são regras e as normas que são princípios.

O que sim varia de umas as outras são as condições de aplicação, isto é, as condições sob as quais surge o dever para o juiz. Esse matiz é muito importante porque me parece que permite ver a distinção que os processualistas fazem à luz de outra distinção que atravessa todo o ordenamento jurídico e que, me parece, tem um alcance explicativo muito superior; refiro-me à distinção entre regras e princípios²⁰².

Para retomar a distinção entre regras e princípios, AGUILÓ REGLA recorre à caracterização de VON WRIGHT das normas categóricas.

Chamaremos de uma norma (que não seja uma norma ideal) categórica se a sua condição de aplicação é a condição que tem de ser cumprida para que exista uma oportunidade de fazer aquilo que constitui o seu conteúdo, e nenhuma outra condição²⁰³.

Assim, de acordo com a proposta de AGUILÓ REGLA as presunções-princípio seriam normas categóricas, pois o dever de o juiz aplicá-la deriva do seu próprio conteúdo, não há qualquer condição a qual a sua aplicação esteja submetida. A obrigação de o juiz aplicar a norma e presumir não depende da prova de nenhum fato básico. Em contraposição às presunções-princípio, estão as presunções-regra nas quais a obrigação de que o juiz presumir não surge até que se satisfaça a condição da prova do fato básico. Nos dois casos a obrigação

²⁰¹ AGUILÓ REGLA, 2006: 22.

²⁰² AGUILÓ REGLA, 2006: 22-23. T.L.

²⁰³ VON WRIGHT, 1979, 91. T.L. Em AGUILÓ REGLA, essa referência localiza-se na p. 23.

do juiz se desvanecer diante de prova em contrário – mas AGUILÓ REGLA não se refere à ausência de prova contrária como uma condição negativa da aplicação da regra de presunção.

Mirando exemplos de um e outro tipo de normas de presunção, AGUILÓ REGLA pretende enfatizar a facilidade com que nos referimos às presunções denominadas por ele como presunções-princípio exatamente como nos referimos aos princípios. De acordo com o autor, isso acontece com a presunção de inocência, com a presunção de constitucionalidade das leis, entre outras, pois “sua formulação legal perde importância e passam a ser consideradas princípios implícitos”; com isso, passamos a lhes atribuir um alcance justificativo e explicativo das instituições maior do que das regras. Segundo essa proposta, entre as presunções-princípio mencionadas, a presunção de inocência funcionaria como um princípio garantista e a presunção de constitucionalidade desempenharia as funções de princípios afeitos à proteção das rotinas institucionais. Sobre essas presunções, AGUILÓ REGLA faz questão de destacar que não pretendem impor uma crença ao juiz, não há qualquer pretensão de verdade que possa acompanhar a obrigação de se presumir a inocência do acusado ou a constitucionalidade de uma lei. Em realidade, reconhece o autor que seria melhor que a norma impusesse uma presunção de não-culpabilidade num caso, de não-inconstitucionalidade, de modo que as consequências jurídicas apenas sejam sentidas com a confirmação probatória destes fatos.

O tópico sobre as normas de presunção relativa encerra-se com uma breve avaliação de AGUILÓ REGLA. Considerando as características dos tipos de presunção até então tratadas (as regras de presunção teóricas, as normas de presunção-regra e as normas de presunção-princípio), o autor afirma que consegue entender porque há propostas de estipulação que defendem que apenas as normas de presunção-regra com fundamento teórico como genuínas presunções (nas palavras do autor, nelas subjaz uma “regra de presunção teórica”²⁰⁴). No entanto, AGUILÓ REGLA ressalta que em sua opinião essa estipulação não é aceitável, dado que a) distancia-se “em excesso” dos usos que os juristas já fazem da expressão “presunção”; b) conduzem à confusão sobre as verdades processuais e as verdades materiais, c) dilui o que todas têm em comum, isto é, a imposição de uma verdade processual²⁰⁵.

²⁰⁴ AGUILÓ REGLA, 2006: 25.

²⁰⁵ AGUILÓ REGLA, 2006: 25.

Para o autor, essas seriam razões suficientes a nos dissuadir de implantar uma estipulação em favor de que as normas de presunção-regra com fundamento teórico é que merecem centralizar referente área de incidência conceitual. Registro a minha discordância quanto a cada uma das razões apresentadas por AGUILÓ REGLA. Em primeiro lugar, eventual estipulação em favor de normas de presunção estruturadas mediante fato básico e fato a ser presumido e que contêm um fundamento teórico não se distanciam de todos os usos que os juristas já fazem da expressão “presunção”. Como concede o autor com o emprego da forma plural do substantivo “usos”, há mais de uma maneira de uso da expressão. E, se por um lado a estipulação propõe que tomemos distancia de alguns usos da expressão “presunção”, por outro, pretende que nos aproximemos de um deles. A escolha por um dos sentidos e o abandono dos demais serve a melhorar a comunicação dos participantes de certa prática comunicativa, com mais compreensão ao menor esforço despendido e menos confusão. Logo, entendo como positiva a estipulação e não, não a entendo como “distanciamento em excesso”, pois o que pretende é a aproximação de um dos sentidos sedimentados do emprego do vocábulo. Em segundo lugar, AGUILÓ REGLA afirma que exigir fundamento teórico para que algo seja qualificado como presunção refletiria uma confusão entre verdade processual e verdade material. De acordo com o autor, seria preciso entender que uma coisa é a verdade processual e outra coisa é a verdade material, de maneira que para que se esteja a falar de verdade processual não haveria necessidade de que ela buscasse refletir uma verdade material. Como a função do fundamento teórico é refletir a verdade material, sendo a verdade material prescindível, o fundamento teórico também o seria. Ora, o que para AGUILÓ REGLA se trata de uma confusão, em minha opinião reflete um processo positivo de correção conceitual. Por que conceder que haja duas verdades; uma processual, outra material? Em minha opinião, mais frutífero do que duplicar o conceito de verdade é compreender que o processo pode culminar com o uso de proposições fáticas falsas, embora justificadas. Pois é possível que todas as regras procedimentais sejam obedecidas pelos operadores e, ainda assim, as provas integradas e produzidas no curso do processo não sejam suficientes para que a proposição fática verdadeira possa integrar-se como premissa menor do raciocínio judicial. Como a premissa menor depende diretamente do conjunto probatório, nos casos em que ele não seja suficientemente robusto e sensível à realidade, não haverá correspondência entre a proposição fática justificada e a realidade objetiva. Desse modo, podemos e devemos preservar a ideia de que uma proposição fática é verdadeira se e somente se ela reflete a

realidade objetiva. A proposição fática “A neve é branca” é verdadeira se e apenas se a neve é branca; com independência do sujeito que formule a proposição. Pela mesma razão, o juiz não está livre de formular uma proposição fática que seja falsa²⁰⁶. Logo, não há verdade processual que possa se descolar da verdade material; o que há são proposições fáticas falsas justificadas no contexto processual através de regular procedimento probatório. Aliás, a distinção conceitual entre prova e verdade é importante para que o procedimento probatório possa ser avaliado (e eventualmente redesenhado) conforme à capacidade que apresente de detectar melhor ou pior proposições fáticas falsas e, com isso, evitar erros. Por último, para AGUILÓ REGLA, a estipulação de uma presunção que apresente fundamento teórico bem como a estrutura de fato básico e fato presumido retiraria a ênfase de algo importante ao redor do que todas as presunções deveriam permanecer reunidas: todas elas servem a produzir uma verdade processual (que determina pontos de partida e de chegada). Quanto a isso, creio que é importante salientar que, se bem é certo que as presunções servem à determinar os fatos que serão “tidos” por verdadeiros (a distinção entre ter por verdadeiro e ser verdadeiro importa na medida em que nos afasta da necessidade de se falar de uma verdade processual), também é certo que elas estão orientadas à implementação de compromissos diferentes. A distinção quanto aos compromissos (compromissos político-valorativos *vs.* compromissos epistemológicos) somada ao fato de que os compromissos político-valorativos já se encontram adequadamente representados em outros expedientes que ordenam que algo seja tomado por verdadeiro, a meu ver, justifica perfeitamente a estipulação que o autor tanto critica. Voltarei a esse tema em momento mais oportuno, pois, exatamente o aprofundamento das razões em favor desta estipulação será objeto do último capítulo.

2.5.3. O caso das presunções *iuris et de iure*

Quanto às presunções *iuris et de iure*, a estratégia tomada foi no sentido de excluí-las da área de incidência conceitual das presunções jurídicas. Para tanto, AGUILÓ REGLA se utiliza

²⁰⁶ Estou de acordo com FERRER BELTRÁN, quem afirma que a prática jurídica concede que “Para que se possa dizer que uma proposição está provada é necessário e suficiente que se disponha de elementos de juízo suficientes em seu favor, que façam aceitável essa proposição como descrição de fatos do caso”. Ferrer Beltrán (2005: 69) sublinha o fato de que “em algumas ocasiões, ainda que conheçamos a falsidade da proposição em questão, é perfeitamente possível sustentar que a proposição está provada (se, tendo em conta unicamente os elementos de juízo presentes no processo, considera-se que esses são suficientes para aceitá-la como verdadeira ou o direito obriga a isso)”. T.L.

da distinção entre normas de presunção e normas baseadas em presunção. Cita exemplos como a norma que determina que a maioridade civil se inicia quando se alcança a idade de 18 anos, ou a norma de trânsito que estabelece uma proibição de se circular acima de certa velocidade. A norma da maioridade pode ser reconstruída a partir de uma presunção teórica realizada pelo legislador, segundo a qual, “quando uma pessoa cumpriu dezoito anos é presumível que tenha alcançado certo grau de desenvolvimento intelectual e moral”²⁰⁷, este somado a um juízo de valor que avalia esse grau de maturidade intelectual como suficiente para adquirir o status jurídico da maioridade e, por conseguinte, responda diretamente por seus atos. A norma de trânsito, por sua vez, pode ser reconstruída a partir da presunção teórica de que “se se circula a mais de x km/h é presumível que se alcança certo grau de risco ou perigo (probabilidade de dano)”²⁰⁸. Novamente, tal como se deu no exemplo da maioridade, aqui também ter-se-á de adicionar um juízo de valor, uma avaliação de que a quantidade ou grau de risco produzido por dirigir acima de x km/h passa a ser reprovável e, por isso, merece sanção.

Aliás, AGUILÓ REGLA ressalta a possibilidade de que alguns juristas reconstruíssem essas normas como presunções *iuris et de iure*. Nessa linha interpretativa, dirigir acima de X km/h seria o fato básico que, provado, obrigaria o juiz a presumir a condução perigosa. Na hipótese da maioridade civil, cumprir a idade de dezoito anos obrigaria o destinatário da norma a presumir a maturidade intelectual do sujeito em questão. Como denuncia o autor, esse tipo de reconstrução eliminaria os contornos do conceito de presunção jurídica, dado que todas as normas poderiam ser reconduzidas a normas de presunção. O que essas normas fazem é atribuir determinadas consequências jurídicas a determinados fatos. Mas não determinam qualquer obrigação em presumir, elas se fundamentam numa presunção teórica já realizada pelo legislador. Isso é tudo.

O passo argumentativo seguinte de AGUILÓ REGLA é agrupar as normas de presunção *iuris et de iure* justamente com as normas constitutivas e regulativas. A seu ver, muito embora o legislador tenha ocupado a terminologia das presunções na formulação de seu texto normativo, essas normas tampouco impõem uma genuína obrigação ao juiz de que presuma algo. Nelas, as presunções teóricas novamente cumprem a função de razões subjacentes às

²⁰⁷ AGUILÓ REGLA, 2006: 25. T.L.

²⁰⁸ AGUILÓ REGLA, 2006: 26. T.L.

normas, mas seria um exagero afirmar que representam hipóteses de presunção, uma vez que o que sua função é eliminar determinados fatos da esfera do discutível e do que pode servir à determinação da chamada verdade processual. A proibição da prova contrária só serve a confirmar a indiferença quanto à verdade material, para determinadas situações, que a norma expressa²⁰⁹.

Na minha opinião, a ideia de uma verdade processual (entendida como verdade no processo) não derrotável soa realmente muito estranha, tem algo de paradoxal ou contraditório. Se isso é assim, encontramos-nos, me parece, ante a seguinte alternativa teórica. Ou bem abandonamos a caracterização que fizemos das normas de presunção em termos de verdade processual [...], para poder incluir às normas que autorizam aos juristas a falar de presunções iuris et de iure.; ou bem salvamos essa caracterização e mostramos que essas normas nada têm a ver com a noção de verdade processual (de verdade no processo). Optei por esta última solução²¹⁰.

Ademais, não deixa de advertir que há um forte componente definicional ou constitutivo nessas normas, mas que isso não é exclusivo delas pois também ocorre nas presunções *iuris tantum*. A diferença maior radica na *ruptura* entre a verdade processual e a verdade material cristalizada na proibição da prova contrária. Segundo AGUILÓ REGLA, a circunstância de varrer por completo qualquer raciocínio por parte do destinatário da regra é que produz a reflexão sobre a conveniência teórica de expulsar essas normas do âmbito das presunções.

Finalmente, AGUILÓ REGLA enumera algumas conclusões relativas às normas baseadas em presunções.

1. Há normas que não são normas de presunção, que não estão formuladas (tampouco haveria qualquer vantagem) a partir de um “será presumido ou deverá ser presumido” e que, no entanto, é certo afirmar que estão baseadas em presunções; que existe um “é presumível” teórico aceito pelo legislador. O legislador fez uma presunção, mas não ditou uma norma de presunção.

²⁰⁹ AGUILÓ REGLA, 2006: 27: “[O] sentido que tem o ditado por parte do legislador das normas que os juristas analisam como presunções iuris et de iure é precisamente negar a ideia de verdade processual: subtrair uma questão do âmbito da verdade e/ou do âmbito do processo. [...] A finalidade específica é eliminar todo rastro de raciocínio por presunção por parte dos destinatários dessas normas”. T.L.

²¹⁰ AGUILÓ REGLA, 2006: 27. T.L.

2. *As situações que os juristas chamam de presunções iuris et de iure caracterizam-se pela combinação de duas notas: a) os juristas interpretam que a norma formulada pelo legislador tem por fundamento um “é presumível” teórico e b) que o legislador proibiu a prova contrária do fato a ser presumido.*

3. *No entanto, essas normas não obrigam o destinatário a presumir nenhuma verdade processual; somente lhe obrigam a aplicar as consequências jurídicas derivadas da ocorrência de certos fatos.*

4. *Tratar essas normas como normas de presunção traz um sem fim de problemas conceituais, porque a ideia de uma verdade processual não derrotável tem algo de contraditório ou paradoxal.*

5. *O sentido preciso desse tipo de normas é negar todo rastro de raciocínio por presunção no destinatário das normas e, por isso, em termos conceituais é preciso opô-las às normas de presunção (e não confundi-las com elas). As normas de presunção impõem uma verdade processual pvenível; pelo contrário, essas normas subtraem a questão objeto delas do âmbito da verdade material e/ou do âmbito do processo.*

6. *Há rastros de essencialismo no uso que os juristas fazem das presunções iuris et de iure, pois supõe crer que há questões que, em “essência” ou “por natureza” pertencem à quaestio facti (à premissa fática) e não à quaestio iuris (à premissa normativa), sendo assim, seria anti-natural eliminar a possibilidade da prova de certos fatos.*

7. *A categoria de normas de presunção iuris et de iure é perfeitamente prescindível em termos teóricos. Todas as situações que os juristas qualificam como presunções iuris et de iure são suscetíveis de receber uma explicação teórica alternativa mais potente e clara que a de tratá-las como normas de presunção²¹¹.*

2.5.4. Breves considerações sobre a proposta de Josep Aguiló Regla

Dos pontos e argumentos expostos por AGUILÓ REGLA, entendo a sua proposta conceitual para as presunções jurídicas do seguinte modo:

(a) As presunções judiciais encaixariam-se como um caso de presunções teóricas, que, por sua vez, são raciocínio por presunção, que tem por função principal aproximar o agente

²¹¹ AGUILÓ REGLA, 2006: 30-31. T.L.

que nele procede da realidade objetiva. No caso das presunções judiciais, o agente que busca aproximar-se ao máximo da realidade objetiva é o juiz; é ele quem formula a presunção teórica. A proposição fática presumida significa a melhor aposta cognitiva do agente, e, por isso, o fato a ser presumido será um fato objeto de crença (a proposição fática referente ao fato será objeto de crença). A pretensão de verdade dessa proposição explica-se pela circunstância de que a garantia desse raciocínio é desempenhada por um fundamento empírico, que reflete um juízo de normalidade ou probabilidade. AGUILÓ REGLA refere-se às presunções teóricas como que relacionadas ao *princípio da verdade material*.

(b) Já as presunções legais recebem de AGUILÓ REGLA uma nova sistematização. São reorganizadas como normas de presunção, denominação que serve a enfatizar que são formuladas pelo legislador. Algumas características de todas as normas de presunção segundo a perspectiva de AGUILÓ REGLA: (i) em primeiro lugar, têm como principal função o estabelecimento de uma verdade processual (em oposição à aproximação da verdade material ou à aproximação da realidade objetiva), servindo à imposição de uma obrigação ao julgador de incluir o fato presumido como premissa (menor) de seu raciocínio decisório. A consequência disso é que não cabe confundir o conteúdo da obrigação de presumir com a crença. (ii) Em segundo lugar, o fundamento em juízos de normalidade e probabilidade é contingente. Isso se compreende uma vez que se atina para o fato de que as normas de presunção respondem à múltiplas razões (razões epistêmicas; para se restabelecer o equilíbrio procedimental quanto à facilidade das provas; proteção de garantias, proteção de valores institucionais etc). (iii) Além disso, como a finalidade é de produção de uma verdade processual, acaba por se destacar a sua função dialética entre a atividade probatória das partes envolvidas. Nesse sentido, a derrotabilidade das presunções – na forma de admissão da prova contrária – se converte num importante traço.

(c) Além de compreender as normas de presunção a partir destas características, AGUILÓ REGLA as subdivide entre normas de presunção-regra e normas de presunção-princípio. Essa é uma reclassificação que o autor cria para substituir a tradicional oposição entre presunções em sentido estrito e presunções aparentes. Para AGUILÓ REGLA, faz mais sentido pensá-las a partir do critério das condições de aplicação dessas normas; há normas com claras condições de aplicação (regras) e normas que carecem disso (princípios). Esse critério coincide com o critério de acordo com o qual se diferenciam regras de princípios. O dever de aplicação das

presunções-princípio deriva de seu próprio conteúdo, enquanto que o dever de aplicação das presunções-regra depende se se haja satisfeito uma condição adicional.

(d) Por último, AGUILÓ REGLA elimina as presunções absolutas do âmbito conceitual das presunções jurídicas porque elas não se relacionam com as linhas definitórias das normas de presunção. De acordo com o autor, tratam-se de normas baseadas em presunção, mas não obrigam o juiz a presumir nada.

2.6. Conclusões parciais

No decorrer deste capítulo, dediquei-me a apresentar as principais propostas reconstrutivistas diretas desenvolvidas no interior da filosofia do direito de tradição continental. No decorrer das páginas, o leitor pôde encontrar os argumentos por meio dos quais os jusfilósofos defenderam uma proposta de redefinição das presunções.

WRÓBLEWSKI, TARUFFO, MENDONCA, PENÃ E AUSÍN e AGUILÓ REGLA centraram seus esforços na tarefa de esclarecer e tratar de precisar mais o emprego de presunção e de seus parentes terminológicos. Se comparamos o conteúdo de cada proposta entre si, é possível concluir que os autores convergem sobre alguns pontos e divergem sobre outros. A compreensão de que as presunções se circunscreveriam ao âmbito do raciocínio prático, por exemplo, reúne autores como WRÓBLEWSKI, TARUFFO, MENDONCA e AGUILÓ REGLA – a divergência fica por conta de Peña e Ausín, os quais afirmam que a presunção é pertinente ao raciocínio teórico e que, portanto, almeja ao conhecimento dos fatos.

Outro ponto que merece ser destacado é de que os autores em questão reduzem o escopo de incidência das presunções jurídicas conforme às análises que realizam. Para Wróblewski, por exemplo, devem ser eliminadas da hipótese de aplicação desse conceito as chamadas presunções absolutas e judiciais. A primeira porque não admite prova contrária, a segunda porque sequer é regra. A presunção representa uma forma de sanear o problema de dificuldade probatória e o que a presunção absoluta faz é simplesmente determinar as condições de aplicação de determinada norma jurídica. A mesma eliminação é proposta por AGUILÓ REGLA, as presunções absolutas não expressam regularidades empíricas entre dois fatos (Se *P* ocorreu, então *Q* provavelmente ocorreu), sendo apenas normas jurídicas com hipóteses de aplicação bem definidas.

Reconhecer esse tipo de regras como presunções implicaria reconhecer muito mais do que estamos dispostos como presunções também, como por exemplo, as regras de trânsito que determinam um limite de velocidade máxima que não pode ser ultrapassado, ou as regras que determinam quando a maioria civil começa. As regularidades empíricas são *pré-jurídicas* (se existem, existem apenas na fase legislativa) e não podem ser confundidas com as presunções mesmas. Essas conclusões serão acumuladas para a posterior reflexão sobre que características uma redefinição útil deve apresentar.

A seguir, serão apresentadas as contribuições oferecidas pelos autores reconstrutivistas indiretos.

CAPÍTULO 3. A PRESUNÇÃO SEGUNDO OS FILÓSOFOS JURISTAS: RECONSTRUTIVISTAS INDIRETOS

3.1. Daniel González Lagier

É a partir das “inferências probatórias” que GONZÁLEZ LAGIER acaba tocando nas presunções no Direito. O autor parte da noção de prova judicial como um método de conhecimento e justificação do conhecimento e, para isso, recupera a divisão dos momentos processuais e explica que as inferências probatórias são realizadas em um específico momento processual: o momento de valoração das provas. Considerando que os procedimentos probatórios compõem-se pela a) fase de seleção dos fatos a ser provados (no qual realiza-se um juízo de relevância dos fatos, um juízo de admissibilidade dos meios de prova para lhes confirmar e a subsequente produção²¹²); pela b) a valoração da prova, e, finalmente, e pelo c) o momento da decisão sobre os fatos considerados provados, GONZÁLEZ LAGIER esclarece que as inferências probatórias são formuladas pelo juiz durante a fase de valoração: “trata-se do raciocínio com o qual se avalia e em que medida os elementos de juízo (os fatos probatórios) avalizam a hipótese que se quer provar. A esse raciocínio dá-se o nome de inferência probatória”²¹³. As presunções, neste sentido, comporiam um dos tipos de inferências probatórias, desempenhando a função de algum de seus elementos. Vejamos os elementos das inferências probatórias e, a seguir, será mais fácil determinar a função desempenhada pelas presunções na inferência probatória de que faça parte. Neste sentido, caberá analisar tanto o que tradicionalmente identifica-se por presunção judicial quanto o que entendemos por presunções legais.

3.1.1. Os elementos da inferência probatória

²¹² Nem tudo o que passa pelo filtro da relevância consegue atravessar o filtro da admissibilidade. A noção de prova ilícita cobra sentido precisamente nas situações em que a prova, por ser a confirmação de um fato juridicamente relevante, deveria ser produzida, mas, em função da ilicitude com a que foi/será obtida, não será admitida/será descartada e considerada nunca produzida.

²¹³ GONZALEZ LAGIER, 2014: 86. T.L.

Depois de localizar as inferências probatórias na etapa de valoração das provas, GONZÁLEZ LAGIER lista e explica os seus vários elementos: (a) o *fato que se quer provar* (ou *hipótese*); (b) a *informação de que se dispõe* (ou *elementos de juízo* ou *fatos probatórios*) em alguma medida vinculados com o fato que se quer provar; e (c) a *conexão* entre o fato que se quer provar e as informações disponíveis. Especificamente sobre a importância da conexão, afirma que

Para passar de um tipo de fato a outro (dos fatos probatórios aos fatos a ser provados) necessitamos assumir a existência de alguma conexão entre eles. Se eu sei que os acontecimentos como A estão vinculados de alguma maneira a acontecimentos como B, diante da presença de um fato do primeiro tipo posso inferir (que ocorreu ou ocorrerá) um fato do segundo tipo²¹⁴.

Essa estrutura é extraída do esquema argumentativo de TOULMIN, no qual encontramos a seguinte composição:

- (i) a *pretensão* (ou aquilo que se sustenta),
- (ii) as *razões* (que são os fatos que dão sentido a essa pretensão)
- (iii) e a *garantia* (a explicação do porquê as razões conferem sentido à pretensão).

GONZÁLEZ LAGIER explica que a *garantia* ocupa um papel fundamental na argumentação: trata-se de um enunciado que expressa a regularidade que liga os tipos de fatos os quais constituem, respectivamente, a *razão* e a *pretensão*. Dito de outro modo, a garantia é o elo entre a *razão* e a *pretensão*²¹⁵. Assim, o que em TOULMIN é pretensão, no direito converte-se em *hipótese* ou *fato a se provar*; o que TOULMIN é *razão*, no direito é a *informação* ou *fato probatório*; o que TOULMIN é *garantia*, no direito é a função de relação de regularidade, a *conexão*. GONZÁLEZ LAGIER explora o paralelismo entre a maneira como se raciocina sobre provas e fatos no direito e a forma como Toulmin esquematiza uma estrutura argumentativa válida para diversos contextos da experiência; ele procede a esse “transplante” sem descuidar das características próprias do processo judicial.

²¹⁴ GONZALEZ LAGIER, 2014: 85. T.L.

²¹⁵ GONZALEZ LAGIER, 2013a: 40. González Lagier não deixa de alertar ao leitor para o fato de que, segundo o esquema de Toulmin, ainda é possível que se tenha de demonstrar o *respaldo*, que é o que dá suporte à garantia (mostra a correção da regularidade expressa na garantia).

Onde estariam, então, as presunções, na estrutura argumentativa de TOULMIN que GONZÁLEZ LAGIER resolveu aproveitar para explicar o raciocínio jurídico sobre fatos? Isso é o que ficará claro com o desenvolvimento dos pontos seguintes. GONZÁLEZ LAGIER propõe a subdivisão a do raciocínio sobre provas e fatos realizado pelo julgador em distintos tipos de inferências probatórias os quais, por sua vez, são finalmente combinados. Dito de outro modo: o raciocínio realizado na fase de valoração probatória é uma inferência probatória que pode ser decomposta em distintas inferências probatórias. Daí afirmar existirem uma “inferência probatória completa” e também “inferências probatórias parciais”²¹⁶.

Resumindo o que se disse até agora, considerando os distintos momentos probatórios, a inferência probatória é realizada pelo julgador quando ele avalia quais dos fatos selecionados como relevantes foi suficientemente provado. A inferências probatórias são precisamente o raciocínio sobre as provas praticadas e os fatos dos quais aquela decisão judicial depende. A inferência probatória realizada pelo julgador para a adequada valoração probatória se decompõe em diversas inferências probatórias. Para esclarecer o funcionamento da inferência probatória, GONZÁLEZ LAGIER faz uso do exemplo da absolvição da conduta por tráfico de drogas em mais de um trabalho seu²¹⁷. Vejamos:

Uma sentença da Audiência Provincial de Alicante de 2 de novembro de 1998 absolveu o acusado de um delito contra a saúde pública de tráfico de drogas. Justificou a sua decisão em duas razões: (1) foi encontrado no registro do lugar somente 1 grama e 810 miligramas de cocaína e (2) a identificação do acusado foi feita por outra pessoa à Guarda Civil, depois de ser encontrada com certa quantidade de droga, sem que o seu relato fosse ratificado, nem na fase instrutória, nem na fase do juízo oral. A força dessas razões deriva de dois enunciados gerais: uma presunção estabelecida jurisprudencialmente, segundo a qual se presume que se possua droga para o tráfico quando a quantidade é superior a três gramas e uma máxima de experiência dos magistrados, de acordo com a qual “infelizmente, vem sendo frequente que a pessoa com quem se encontra alguma quantidade de droga, com medo de que possa ser considerada vendedora, facilite a identificação de outra pessoa, dizendo que comprou dela, para desviar a investigação policial, e, depois

²¹⁶ GONZALEZ LAGIER, 2013a: 40.

²¹⁷ GONZALEZ LAGIER, 2013a: 42; GONZALEZ LAGIER, 2014: 87.

*situando-se em paradeiro desconhecido, para impedir a confirmação do dito no atestado policial*²¹⁸.

3.1.2. Três tipos de inferência probatória

Além de demonstrar o funcionamento de cada elemento da inferência probatória num caso específico, o exemplo abre a oportunidade para que GONZÁLEZ LAGIER apresente três tipos de inferências probatórias – as tais inferências probatórias parciais que compõem a inferência probatória completa. De acordo com o autor, existem (1) inferências probatórias epistêmicas, (2) inferências probatórias normativas e (3) inferências probatórias interpretativas.

(1) As inferências probatórias epistêmicas são realizadas quando o agente preocupa-se em determinar se determinado fato ocorreu; quando o que objetiva é se aproximar ao máximo de proposições fáticas verdadeiras. Nessas situações, amparado por certa generalização empírica, infere a ocorrência de um fato (fato a provar ou hipótese) a partir de um outro fato o qual já damos por conhecido ou por seguro (fato probatório ou informação). GONZÁLEZ LAGIER explica que a generalização empírica consiste em um enunciado que descreve a relação entre duas categorias gerais de fatos: é tão comum e sabido que a ocorrência de um fato segue-se da ocorrência de outro fato que, em sociedade, sentimo-nos seguros em formular generalizações; como “Quando ocorre um fato do tipo *A*, geralmente ocorre um fato do tipo *B*”. As generalizações (no Direito conhecidas como *máximas de experiência*, como sinaliza o autor) mantêm-se em uso na formulação das inferências probatórias à medida em que os agentes obtêm resultados consideravelmente satisfatórios as aplicando para determinar a ocorrência de fatos relevantes para a resolução dos conflitos. Fosse o caso de que mais errassem do que acertassem, com toda razão, proceder-se-ia à substituição dessas generalizações por outras mais bem formuladas e precisas. Por isso é que, ao tratar das inferências probatórias epistêmicas, GONZÁLEZ LAGIER alerta o leitor para o “seu papel de destaque na aquisição de novo conhecimento”²¹⁹. Creio que já é possível detectar que as

²¹⁸ GONZALEZ LAGIER, 2014: 86-87. T.L.

²¹⁹ GONZALEZ LAGIER, 2014: 85: “[A] construção de máximas de experiência e a inferência de fatos a partir delas têm um papel de destaque na aquisição de novo conhecimento. Em ocasiões, estamos tão seguros de uma dessas máximas de experiência que decidimos adotá-la como ‘regra de decisão’ (acerca de que fatos aceitar como

inferências probatórias epistêmicas são precisamente o raciocínio identificado pela expressão “presunção judicial”. Voltarei a esse ponto mais tarde.

(2) Ademais, há situações nas quais adota-se uma regra de decisão sobre fatos de modo a satisfazer um interesse prático. Um interesse prático opõe-se a interesses de caráter teórico ou cognoscitivo e, neste sentido, distancia-se do objetivo de buscar a verdade. Através dessas regras de decisão, será possível declarar algo que não se crê verdadeiro como se verdadeiro fosse.

[E]ssa regra tem sua origem em nossa confiança em que a aceitação de um determinado fato como sucedido (com independência de que realmente tenha ocorrido ou não) protege um interesse prático que, no caso concreto, avaliamos como mais importante do que a busca pela verdade²²⁰.

Assim, em razão de algum objetivo que se define que deve ser perseguido – normalmente em contextos institucionais – determina-se que propositalmente uma proposição fática que não se crê seja verdadeira deva ser tomada por verdadeira. Em alguns casos, assim se deve proceder inclusive a despeito de que as generalizações empíricas apontem como mais provável a sua falsidade²²¹.

Como é possível imaginar, GONZÁLEZ LAGIER localiza as normas de presunção entre os elementos que compõem uma inferência probatória normativa²²². A norma de presunção cumpre o papel de garantia – elo, ligação – entre o fato probatório (aquele que já se considera conhecido e certo) e o fato a se provar (isto é, o fato desconhecido cuja

ocorridos): como normalmente viemos obtendo resultados satisfatórios aplicando essa máxima de experiência, já consideramos como uma regra que devemos seguir sempre sem que questionemos sobre o seu fundamento cada vez que temos a oportunidade de aplicá-la. Transformamos a máxima de experiência em uma ‘regra’ que impomos a nós mesmos. Fazemos isso porque estamos seguros de que a adoção como regra dessa máxima de experiência nos aproxima – na maior medida possível – a uma conclusão provavelmente verdadeira”. T.L.

²²⁰ GONZALEZ LAGIER, 2014: 86. T.L.

²²¹ GONZALEZ LAGIER, 2014: 86. González Lagier usa o verbo “fingir” para referir-se ao comportamento que as inferências probatórias normativas podem chegar a exigir de seu agente. “Preferimos ‘fingir’ que esse fato ocorreu”.

²²² González Lagier não lista as regras de ônus da prova como possível elemento de inferências probatórias normativas, mas, acredito que não há razões para que não as identifiquemos entre as regras que servem de garantia às inferências probatórias normativas. A regra de ônus da prova, aliás, são um dos exemplos que ofereço em MATIDA, HERDY, 2016 de garantia de inferência probatória normativa.

ocorrência será presumida). Assim, colocando lado a lado as inferências probatórias epistêmica e normativa, fica evidente que o papel desempenhado pela norma de presunção e pela regularidade empírica é o mesmo: trata-se de inferir o fato que se quer provar a partir do fato probatório, o que só é possível mediante o uso de uma generalização que verse sobre essas categorias de fatos. No entanto, cabe não desprezar uma diferença: no caso das inferências epistêmicas, a garantia apresenta caráter descritivo e pretende refletir a realidade objetiva; logo, o raciocínio sobre os fatos numa instância particular ampara-se numa generalização descritiva que informa que os fatos da categoria *Q* costumam ocorrer após a ocorrência dos fatos da categoria *P* (Se *P* ocorre, *Q* costuma ocorrer também). No caso das inferências normativas, a garantia apresenta caráter prescritivo e pretende conformar a conduta do sujeito ao qual se direciona, que deve agir como se *Q* a partir da confirmação de *P*. A formulação de uma norma que conecta a confirmação de *P* à declaração de que *Q* também ocorreu pode ou não se amparar numa relação empírica observada entre *P* e *Q* (Se *P*, então *Q* deve ser presumido). Dessa forma, as inferências normativas podem buscar refletir a realidade objetiva ou não. O que a caracteriza não é, portanto, um fundamento empírico, mas o caráter prescritivo mediante o qual duas categorias de fatos são institucionalmente relacionadas. A realidade institucional pode buscar refletir a realidade objetiva, ou a realidade institucional pode pretender inaugurar a si própria. É adequado enfatizar que a imposição de uma relação entre categorias de fatos expressa dois tipos distintos de objetivos: se a imposição da relação busca refletir a realidade objetiva, o objetivo é de aproximar o que será declarado institucionalmente verdadeiro ao que provavelmente é verdadeiro; se a imposição da relação é artificial (isto é, não deferente à realidade objetiva), então o objetivo é de promoção de certos valores ou escolhas morais institucionalizadas. A norma conhecida por presunção de inocência busca impor uma inferência probatória normativa, uma vez que expressa uma escolha moral institucionalizada sobre erros preferíveis (a condenação de inocentes é um erro pior e, nesse sentido, deve ser evitado mesmo que à custa da absolvição de culpados), sem se fundamentar em qualquer relação empírica entre ser acusado e ser inocente.

Nesse sentido, a análise de GONZÁLEZ LAGIER facilita a distinção entre inferências realizadas com discricionariedade do agente e inferências realizadas em cenários de constrangimento institucional, o que representa uma clara vantagem para a

melhor compreensão das presunções no direito. Não obstante a vantagem, creio que as inferências normativas que apresentam fundamento empírico merecem tratamento conceitual destacado, uma vez que não se confundem com as inferências epistêmicas – estas realizadas sem constrangimento institucional – e tampouco reduzem-se a inferências normativas cuja serventia seja de simplesmente ordenar que algo deva ser tomado por verdadeiro.

Dito de outro modo, as inferências normativas com fundamento empírico expressam preocupações combinadas: de um lado, impõem uma relação entre fatos num certo contexto institucional, de outro, é importante ressaltar que o fazem especificamente deferindo à realidade objetiva como ela é e costuma ser. Elas associam o compromisso institucional de sedimentar uma rotina de um como decidir a um compromisso epistêmico de promover decisões que precisamente refletem a realidade dos fatos. Logo, impõe reconhecer que a busca pela verdade não é um propósito exclusivamente perseguido por inferências epistêmicas; muito embora tenhamos de reconhecer que tais inferências normativas representam uma estratégia diferenciada de busca da verdade: enquanto a previsão de inferências epistêmicas expressa confiança na capacidade cognitiva do juiz, a imposição de juízos de probabilidade por meio de inferências normativas representam justamente a preferência do legislador por evitar a atividade intelectual do juiz na determinação de certos fatos. O legislador prefere antecipar-se e impor generalizações prováveis, ainda que a aplicação dessas generalizações possa desdobrar-se em erros em casos individuais (casos que representam exceções à generalização mas que a parte não consiga comprovar tratar-se de exceção). *In the long run*, casos isolados de exceção julgados como se fossem instâncias das generalizações não desabonariam o compromisso epistêmico dessas inferências probatórias normativas que serviriam a promover uma determinação dos fatos correspondente à realidade objetiva na maior parte dos casos. Acredito que demarcar as diferenças esses dois tipos de apostas, ao mesmo tempo reconhecer que ambos são comprometidos epistemicamente, é crucial à melhor reconstrução das presunções no direito²²³. É justamente esse o aspecto que diferencia as presunções

²²³ Minhas investigações na temática das presunções assumiram uma proposta redefinicional no decorrer do “processo-tese”. Em MATIDA, 2016a, ainda é possível detectar um esforço mais descritivo e de conformidade aos usos convencionalmente sedimentados de “presunção”.

relativas de meras regras de distribuição de ônus da prova, como explicarei no capítulo seguinte.

(3) Finalmente, além das inferências probatórias epistêmicas, que se destinam a aproximar ao máximo o agente que a realiza de proposições fáticas verdadeiras; das inferências probatórias normativas que atuam principalmente em contextos institucionais nos quais se quer promover certas escolhas valorativas, GONZÁLEZ LAGIER também lista as inferências realizadas quando o que se precisa é determinar se os fatos – cujas ocorrências foram confirmadas (seja por inferência probatória epistêmica, seja por inferência probatória normativa) – encaixam-se ou não nas categorias de fatos presentes nas disposições normativas²²⁴; se são ou não instâncias individuais de categorias gerais de fatos. Trata-se de um exercício de *qualificação* ou *interpretação* de um fato em razão da regra de definição adotada²²⁵. Uma coisa é

²²⁴ GOLDMAN, 1999: 273: “Quando se busca aplicar o direito a casos particulares, seja em âmbito penal, seja em âmbito civil, dois tipos de questões devem ser consideradas pelo julgador (ou pelo sistema adjudicativo): (1) Quais são os fatos materiais (não-legais) do caso? e (2) Qual é a base legal para classificar esse caso sob uma específica categoria ou categorias? Um acusador ou autor podem afirmar que o caso cai sob certa categoria, por exemplo, uma ofensa criminal de tipo O, ou um ilícito civil de tipo T. A base legal para essa afirmação consistirá numa variedade de fatores legais, por exemplo, estatutos, leis, precedentes, standards de interpretação, padrões de raciocínio que habilitam os sujeitos a ver analogias e similaridades através dos casos. Um julgador deverá decidir o caso determinando se a base legal garante ou não a alegada classificação contrastando-a com os fatos materiais. [...] Claro que, se as ações do acusado recaem ou não sob a categoria de alguma ofensa criminal ou ilícito civil dependerá não apenas dos fatos materiais do caso – que atos foram cometidos pelo acusado, e qual era seu estado de mente – mas também nas definições das categorias legais pertinentes. É por isso que o julgador tem que levar em conta tanto fatos materiais como a base legal”. T.L.

²²⁵ GONZALEZ LAGIER, 2014: 88-89: “[T]anto as regras que estabelecem presunções como as máximas de experiência correlacionam classes ou tipos de fatos; portanto, é-nos importante classificar bem fatos particulares em classes de fatos (subsunção individual) ou umas classes de fatos em outras (subsunção genérica). O processo de classificação ou subsunção de um fato em uma classe de fatos podemos chamá-lo de ‘interpretação’ de fatos e é um passo importante na compreensão do mundo em geral e na aplicação do direito em particular. O antecedente de fato das normas jurídicas oferece tipos de fatos nos quais subsumir os fatos provados (é o que chamamos de ‘qualificação’), mas na maioria das ocasiões não podemos subsumir diretamente um fato empírico no antecedente de fato de uma norma, se não que previamente temos de fazer subsunções intermediárias. Por exemplo, flexionar o dedo sobre um gatilho e disparar só pode ser qualificado como homicídio doloso se previamente lhe interpretamos como um caso de ação intencional (isto é, subsumimos o mesmo à classe de ações intencionais), se a relação entre esse disparo e a morte de uma pessoa é um caso de relação causal etc. De maneira que os fatos, tal como nos interessam normalmente para atribuir responsabilidade, são fatos

determinar a ocorrência de um fato, outra coisa é determinar se essa ocorrência (já confirmada) conta ou não como uma ocorrência de um tipo de fato contido na generalização empírica ou na norma²²⁶. Determinar se o comportamento do sujeito *S*, de deixar de subir num edifício em chamas, conta como homicídio dependerá do conceito de ação que o operador do direito esteja a empregar. Os tipos de inferência se entrelaçam no raciocínio do julgador, pois o resultado das inferências probatórias epistêmicas e normativas depende da aplicação de conceitos sobre os fatos que integram as generalizações empíricas e as normas de presunção, respectivamente. Dito de outro modo, a conclusão sobre se existe ou não prova de homicídio dependerá do que considere-se cair dentro da área de incidência do conceito de homicídio (se a “omissão” está contemplada entre uma das hipóteses de “matar alguém”)²²⁷. Daí que a

interpretados. Os fatos costumam ter graus diversos de interpretação, mas normalmente não nos interessam fatos puramente empíricos, senão entidades complexas que combinam elementos observacionais e teóricos, normativos ou valorativos”.T.L.

²²⁶ González Lagier trata de tal distinção mediante o par “fatos genéricos vs. fatos individuais”. Uma passagem útil sobre a distinção entre fatos, ver em GONZÁLEZ LAGIER, 2013c: 18: “Outra distinção preliminar é a que se pode traçar entre ‘fatos genéricos’ (isto é, classes de fatos, como erupções vulcânicas, descarrilhamento de trens, batalhas ou dores de dente) e ‘fatos individuais’(isto é, o fato particular ocorrido num momento e espaço determinados, como a erupção do Etna em julho de 2001, o descarrilhamento do espresso de Irún, a batalha de Trafalgar ou a minha dor de dentes durante toda esta semana). Quando dizemos que um fato foi provado, ou deve ser provado, em um processo judicial, referimo-nos ao segundo sentido de ‘fato’(fato individual). Quando falamos de fatos descritos nas normas como desencadeadores de uma consequência jurídica, referimo-nos ao primeiro sentido de ‘fato’ (fato genérico). O que se deve constatar em um processo judicial é, em primeiro lugar, se um ‘fato individual’ teve lugar e, em segundo lugar, se é um caso de um ‘fato genérico’ descrito numa norma. O primeiro passo costuma-se chamar ‘prova’ de um fato e o segundo de ‘qualificação normativa’ ”. T.L. González Lagier reconhece que nesta distinção há influência de outra distinção; entre “ações genéricas” e “ações individuais”, de autoria de von Wright, em VON WRIGHT, 1970. Esse reconhecimento localiza-se na nota de rodapé de n. 6, p. 18, do presente texto. Ademais, a ausência de uma clara distinção entre *casos gerais* e *casos individuais* no âmbito da teoria do direito foi denunciada por Alchourrón e Bulygin, ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1987: 61.

²²⁷ O que González Lagier analisa mediante as noções de inferências probatórias aparece em Alchourrón e Bulygin mediante as noções de *lacunas de conhecimento* e *lacunas de reconhecimento* (ambas ocorrem ao momento de aplicação da norma ao caso individual). Basicamente, as lacunas de conhecimento são referentes ao caso individual e ocorrem quando há falta de conhecimento das propriedades do fato. Ocorrem, pois quando as inferências probatórias epistêmicas são insuficientes para que o juiz chegue à determinação do que ocorreu (problema empírico). Para solvê-las, os sistemas jurídicos costumam formular presunções legais, fixando

atividade de qualificação que supõe a inferência probatória interpretativa é onde se reúnem norma e fato.

Qualificar um fato é subsumir um fato individual dentro de uma categoria prevista em uma norma jurídica. E o fato interpretado/qualificado não existiria (não seria possível tal interpretação: a qualificação) se não existisse a norma jurídica (que é a que cria a classe genérica dos fatos nas que se subsume o fato individual), de maneira que não é possível sustentar que os problemas de qualificação são questões especificamente de fato. Determinar se o fato X, uma vez provado, pode ser subsumido ao antecedente da norma N é uma operação que requer comprovar se tal fato apresenta as propriedades indicadas em dita norma, pelo que os problemas para se determinar o significado da norma serão traduzidos em problemas para qualificar o fato e, definitivamente, os problemas de qualificação e interpretação aparecerão entrelaçados²²⁸.

Em resumo, GONZÁLEZ LAGIER explica que a inferência probatória varia conforme a garantia: a inferência probatória epistêmica é integrada por uma generalização empírica, a inferência probatória normativa é integrada por uma regra jurídica e a inferência probatória interpretativa é integrada por uma definição conceitual²²⁹.

antecipadamente um critério de decisão em caso de que, produzidas todas as provas, o juiz satisfaça a obrigação de decidir. As presunções permitem ao juiz suprir sua falta de conhecimento dos fatos e atuar como se conhecesse todos os fatos relevantes do caso (p. 62). Mas, para além das lacunas de conhecimento, Alchourrón e Bulygin chamam a atenção do leitor para o problema das lacunas de reconhecimento (problema empírico-conceitual). Elas acontecem quando, nos casos individuais, por falta de determinação semântica dos conceitos que caracterizam os fatos gerais, não se saiba se o fato ocorrido no caso concreto é ou não uma instância individual da categoria geral de fato: considerando pois “Se *P*, então *Q*”, sendo *P* a categoria geral de fato, seria um caso de lacuna de reconhecimento se o julgador não soubesse determinar se o fato ocorrido no caso que tem sob exame é ou não um *p*). Nesse sentido, é possível aproximar as noções de inferências probatórias epistêmica, normativa e interpretativa de González Lagier e as lacunas de conhecimento e reconhecimento de Alchourrón e Bulygin: lacunas de conhecimento são satisfeitas mediante inferências probatórias normativas uma vez que se tenha constatado a insuficiência das inferências probatórias epistêmicas; posteriormente, a lacuna de reconhecimento será sanada – ou poderá ser evitada – mediante uma inferência probatória interpretativa. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1987: 61-65.

²²⁸ GONZÁLEZ LAGIER, 2013c: 30. T.L.

²²⁹ No cenário do *common law* norte-americano, a distinção entre fatos gerais e fatos individuais também pode se relacionar à discussão retomada por FAIGMAN (2008) sobre *atos legislativos* e *atos adjudicativos* que, por sua vez, remonta a uma publicação de CULP DAVIS (1942) sobre direito administrativo. DAVIS, 1942: 402-403. Nessas

3.1.3. *Fundamento, finalidade e força das conexões e as presunções no Direito*

páginas, encontra-se a idéia de que os fatos adjudicativos relacionam-se às partes; ao que as partes fizeram, quais eram as circunstâncias, quais eram as condições subjacentes. De outro lado, quando a discussão é sobre questões de direito e de política, então se tratam de fatos legislativos. Aplicando essa distinção no que se refere ao âmbito constitucional, FAIGMAN, 2008: 44: “Um ponto chave de distinção entre fatos legislativos e fatos adjudicativos consiste no nível a que os fatos a ser determinados será relevante. Enquanto os fatos legislativos normalmente se relacionam a questões que transcendem as disputas individuais e que provavelmente serão recorrentes em diferentes casos envolvendo matéria similar, fatos adjudicativos normalmente são peculiares a um caso particular”. T.L. Em seguida, Faigman traz um exemplo de fato legislativo: “Em *McCleskey v. Kemp*, por exemplo, o apelante afirmou que a decisão do tribunal da Georgia foi discriminatória em função da raça da vítima. Essa alegação foi baseada num extenso e sofisticado estudo conduzido pelo Professor David Baldus e seus colegas. Entre outras coisas, Baldus concluiu que, todos os fatores iguais, ‘pessoas processadas por matar vítimas da raça branca tinham 4.3 mais chances [probabilidade] de ser condenadas à sentença de morte do que as pessoas processadas por matar vítimas da raça negra’. Essa afirmação de discriminação foi baseada num fato legislativo que era referente ao sistema do estado da Georgia como um todo e *McCleskey* não apresentou qualquer prova de que ele pessoalmente tenha sido vítima de discriminação”. T.L. E ainda, p. 45: “Eles [os fatos legislativos] têm amplo impacto e normalmente afetam um grande número de casos. Ainda que as regras de prova possa aplicar-se sobre o testemunho do expert no que diz respeito à entrada desses fatos no tribunal, muitas das provas desses fatos ingressam por um corredor alternativo, transitando entre as transcrições legislativas e as pesquisas realizadas pelos juízes de forma independente. [...] Sem dúvida, então, e não sendo apenas um problema marginal, classificar o fato relevante como adjudicativo ou legislativo faz uma considerável diferença”. T.L. Assim, a meu ver, os fatos legislativos são as informações e dados dos quais se parte para a formação de um fato geral. Há um texto de Posner no qual o autor se debruça nas distintas maneiras por meio das quais o juiz lida com os fatos no direito. Uma passagem expressa a ideia defendida pelo autor de acordo com a qual o juiz apenas tem o dever de se restringir no que se refere aos fatos adjudicativos. Os outros tipos de fatos estão sob a sua esfera de atuação. POSNER, 2013: 12: “Além dos fatos adjudicativos, existem os fatos que o juiz pode conhecer por *judicial notice* [instituto norte-americano cujo propósito é idêntico ao nosso *fato notório*] porque eles são incontestáveis. Há também os ‘fatos legislativos’, que são fatos que servem de base ao desenho ou interpretação jurídica. E há os fatos de fundo (*background facts*) – fatos que incrementam a compreensão do leitor, pois colocam os fatos adjudicativos num contexto mais iluminado –, além de, por último, os ‘fatos de colorir’ (*coloring-book*), cuja função é de fazer que a decisão (*judicial opinion*) seja mais vívida e colorida do que o que os advogados e juízes estão acostumados. [...] Advogados querem controlar o litígio. Eles ficam infelizes quando juízes de apelação vão para fora do conteúdo oferecido por eles. Eles entendem que deveriam ser avisados sempre que o juiz de apelação pensa em ingressar algo na decisão distinto do que eles arguíram, apesar de que, se os juízes tivessem de fazer isso, o processo de apelação teria duração excessiva. Juízes de apelação são permitidos a ir fora do conteúdo sem que tenham de pedir permissão a advogados – é somente quanto ao fato adjudicativo que eles não podem aumentar a partir da sua própria particular”. T.L. Uma análise crítica às ideias de Posner pode ser encontrada em SCHAUER, 2013. Para uma análise da determinação dos fatos legislativos no âmbito do *amicus curiae* a partir do crescente acesso à internet, ver LARSEN, 2014.

Então, se as inferências probatórias variam conforme o tipo de garantia, GONZÁLEZ LAGIER passa a dedicar a sua atenção à análise dessas conexões. Nessa depuração, GONZÁLEZ LAGIER parte de alguns aspectos. São eles: *fundamento*, *finalidade*, e *força*. Por *fundamento*, refere-se à correção da garantia; por *finalidade* ao que se quer alcançar com a aplicação de dada garantia (de acordo com o autor, ela pode ser teórica ou prática) e por *força* ao grau de resistência que a garantia aporta à inferência probatória (em o quão fácil ou difícil é para que a inferência por meio dessa garantia seja substituída por outra). Neste ponto, importa que eu faça um esclarecimento: GONZÁLEZ LAGIER apresenta simetricamente fundamento, finalidade e força de todas os tipos de inferências probatórias. No entanto, em razão de que o que releva para este trabalho são as presunções, vou prestar tratamento pormenorizado ao fundamento, finalidade e força das inferências probatórias epistêmicas e das inferências probatórias normativas. As situações tradicionalmente identificadas como sendo tipos de presunções transitam entre essas inferências, e não chegam às inferências probatórias interpretativas. As chamadas presunções judiciais são melhor compreendidas a partir das inferências probatórias epistêmicas, enquanto que as presunções legais tem seus aspectos mais iluminados quando pensadas como inferências probatórias normativas.

(a) As presunções e as inferências probatórias epistêmicas

Vimos que, quando o papel de garantia é ocupado por uma generalização empírica²³⁰, dá-se uma inferência probatória epistêmica. A generalização empírica associa a ocorrência de fatos probatórios (as informações de que se parte, as razões) aos fatos que se quer provar (ou à hipótese ou pretensão). De modo mais preciso, a generalização associa classes de fatos: uma classe de fato que serve de informação da ocorrência de outra classe de fato que se quer provar. Voltemos ao exemplo da prática da conduta de tráfico de drogas de modo a refletir sobre o *fundamento* da generalização empírica que lhe serve de premissa:

²³⁰ González Lagier usa a expressão “máxima de experiência” e avisa que o faz “num sentido amplo, que inclui generalizações científicas, máximas derivadas do conhecimento comum do juiz, máximas obtidas através de sua atividade profissional *etc*”, dado que são “conclusões de um argumento indutivo”. Essas observações terminológicas encontram-se nas notas de rodapé 4, 5, em GONZÁLEZ LAGIER, 2013b: 76. Em outras palavras, a mesma ideia sobre o fundamento das máximas de experiência em GONZALEZ LAGIER, 2013a: 43: “A garantia está constituída por (a) máximas de experiência – que podem ser (a.1) de caráter científico ou especializado, como as oferecidas pelos peritos; (a.2) de caráter jurídico, como as derivadas do exercício profissional do juiz; ou (3) de caráter privado (experiências correntes), isto é, derivadas das experiências do juiz à margem do exercício da sua profissão...” T.L.

“Infelizmente, vem sendo frequente que a pessoa com quem se encontra alguma quantidade de droga, com medo de que possa ser considerada vendedora, facilite a identificação de outra pessoa, dizendo que comprou dela, para desviar a investigação policial, e, depois situando-se em paradeiro desconhecido, para impedir a confirmação do dito no atestado policial”.

A proposição fática em questão expressa a relação de regularidade entre o fato genérico de “ser encontrado pela autoridade estatal com posse de drogas” e o fato genérico do “comportamento de mentir para desviar a atenção sobre si mesmo (o que faz com que as informações prestadas não sejam confiáveis)”. Sendo assim, seu *fundamento* reside na observação pelos magistrados desse padrão comportamental por parte daqueles com quem alguma quantidade de droga é apreendida. Por sua vez, a *finalidade* de se aplicar uma conexão cujo fundamento seja a observação de padrões comportamentais é epistêmica (ou teórica), pois o agente que infere a partir desse tipo de conexão tem por objetivo a maior aproximação possível da verdade; atribuir valor de verdade a proposições fáticas que sejam verdadeiras. Finalmente, sobre a *força*, é preciso ter em conta de que se trata de um atributo da conexão que depende do grau de resistência que ela apresenta para evitar que seja substituída por conexões concorrentes que levem a outras conclusões fáticas.

Essas características são encontradas no raciocínio que entre os operadores jurídicos ficou conhecido como *presunção judicial*: o julgador valora os fatos probatórios de acordo as generalizações empíricas pertinentes ao caso e procede à conclusão²³¹ sobre quais proposições fáticas merecem a atribuição de verdadeiras. Interpretando o fato do caso particular de uma generalização empírica que possui em seu arcabouço de conhecimentos acumulados pela vida em sociedade, o julgador infere o fato a se provar tal qual a generalização que tem em mente informa ser provável. Esse tipo de raciocínio deve contar com um fundamento empírico que

²³¹ González Lagier atenta para o fato de que as inferências probatórias tradicionalmente receberam um tratamento de argumentos não-dedutivos. No entanto, esclarece o autor que, em sua opinião, seria possível que fossem reconstruídas como deduções. Sobre isso, afirma em GONZALEZ LAGIER, 2014: 95-96: “Ainda assim [reconstruindo dedutivamente a inferência probatória] a conclusão não é necessariamente verdadeira, porque não temos certeza absoluta sobre as premissas. Uma dedução nos diz que se as premissas fossem verdadeiras, a conclusão também seria, mas não nos diz se as premissas são efetivamente verdadeiras. Portanto, se a inferência probatória é reconstruída como um argumento não-dedutivo, as premissas não nos garantem a conclusão. E se se reconstrói como um argumento dedutivo, tampouco o fazem (porque nunca podemos estar seguros da correção das premissas)”. T.L.

seja capaz de informar ao julgador como normalmente os fatos ocorrem. Quanto a finalidade, ela consiste na aproximação da verdade. Tal como nas inferências epistêmicas, nas presunções judiciais o fundamento empírico importa na medida em que a finalidade desse tipo de raciocínio é a aproximação máxima à verdade; está justificada a conclusão que mais provavelmente seja verdadeira. Tanto se reconhece o caráter provável desse tipo de raciocínio quanto é razoável conceder que a força da garantia empregada pelo julgador não se vê abalada se num caso individual confirma-se por prova contrária tratar-se de uma exceção. Dito de outro modo, a força da conexão que relaciona “o comportamento de mentir para desviar a atenção das investigações” a “ser encontrado com drogas” só se veria abalada se uma quantidade expressiva de casos concretos fosse comprovada como exceções, confirmando-se várias vezes que as testemunhas não mentem ao se sentirem pressionadas. Funciona assim porque a proposição fática conteúdo da conexão versa sobre categorias de fatos e representa a conclusão de um raciocínio de corte indutivo, no qual, como se sabe, a verdade das premissas não garante a verdade da conclusão: se a verdade das premissas não garante a verdade da conclusão, a manutenção e utilidade da regra é compatível com a existência de exceções.

Desse modo, há claro paralelismo entre o raciocínio conhecido por presunção judicial e a noção de inferência probatória epistêmica que GONZÁLEZ LAGIER nos apresenta. As presunções judiciais devem apresentar fundamento empírico pois expressam a finalidade de fazer corresponder ao máximo o que é considerado verdadeiro dentro do processo e a realidade objetiva. Ademais, a justificação da presunção, tal qual a inferência probatória epistêmica, dependerá diretamente da resistência que a garantia sobre a qual se apoia lhe oferece. Força é resistência ante a garantias alternativas das quais se infira fatos distintos do fato a se provar. Supondo que exista garantia diversa mais provável, a inferência realizada pelo julgador – sob a etiqueta de presunção judicial – deverá ser revisada.

(b) As presunções e as inferências probatórias normativas

No entanto, como já dito aqui, é possível que se formule uma inferência probatória a partir de uma conexão distinta à generalização empírica. Como vimos, GONZÁLEZ LAGIER esclarece que essa costuma ser uma estratégia comum a contextos institucionais. Neste sentido, as inferências probatórias não seriam guiadas por uma generalização empírica

quando o que desempenha a função de conectar as categorias de fatos é uma norma jurídica. As presunções legais ou jurisprudenciais são precisamente os exemplos trazidos pelo autor e, diferente do que ocorre com o tipo de conexão anteriormente tratado (as generalizações empíricas), as presunções podem associar-se a distintas finalidades. Tanto é possível que uma presunção seja formulada com a finalidade de se aproximar à verdade dos fatos (a proposições fáticas mais provavelmente verdadeiras), quanto é possível que a presunção venha a satisfazer à alguma finalidade prática, por exemplo, proteger algum valor moral distinto à busca pela verdade. O fundamento a ser considerado pelo legislador para a formulação da regra dependerá da finalidade que persegue. Sendo a finalidade aproximar-se da verdade, a regra jurídica terá por fundamento uma generalização empírica; sendo a finalidade proteger um interesse distinto à busca pela verdade, não há razão para fazer que a regra reflita relações fáticas tais como os fatos gerais já se vejam associados no mundo. A proteção de um valor ou interesse pode requerer justamente que a norma deixe de refletir a realidade e se sobreponha a ela; que a norma deixe de refletir o conhecimento de que “Se *P* acontece, geralmente *Q* acontece também” para expressar a conveniência prática de tomar um fato geral por verdadeiro, mesmo que, provavelmente, isso não seja verdadeiro. Dessa forma, a finalidade determina que tipo de fundamento deve ser escolhido pelo legislador: nas situações em que prepondera a finalidade epistêmica, o fundamento será uma generalização empírica; por outro lado, isso não se repete nas situações em que a finalidade seja a defender outro valor que não a busca pela verdade.

Quanto à força, GONZÁLEZ LAGIER não deixa de salientar que ela devém do caráter normativo do direito, em ambas as hipóteses. A inferência probatória normativa com finalidade e fundamento epistêmicos extrai a sua resistência a ser substituída por outra inferência probatória da obediência às regras jurídicas. O juiz considera um fato verdadeiro porque a regra manda que o faça, e não porque acredite que esse seja o caso com base nas generalizações empíricas que julgou ser aplicáveis aos fatos do caso, de modo a aproximar-se ao máximo da verdade. No caso das inferências normativas com finalidade e fundamento epistêmicos, o juiz segue o que o legislador determinou com antecedência ser a melhor estratégia de realização da busca pela verdade. Não quis o legislador arriscar que o juiz não concordasse com ele a respeito da conclusão de que fatos da categoria *P* sejam signos suficientes da ocorrência de *Q* e, para afastar o risco de decisões que não considere instâncias

individuais de *P* como confirmação suficiente da ocorrência de instâncias individuais de *Q*, já determinou por regra jurídica a obrigatoriedade de decidir com base em *Q* sempre que seja o caso de que *P*.

Daí a outra distinção que GONZÁLEZ LAGIER faz questão de demarcar existir entre elas: a inferência probatória epistêmica consiste num raciocínio teórico, pois parte de premissas consideradas verdadeiras a concluir uma proposição que também se considera verdadeira²³². Já a inferência probatória normativa com fundamento epistêmico integra um raciocínio prático, pois parte de uma norma (a norma de presunção) e conclui por uma ação obrigatória (a obrigatoriedade de dar por provado um fato, independente de que ele tenha ocorrido ou não)²³³. A diferença decorre do fato de que o enunciado que faz as vezes de premissa maior consista numa norma que ordena que algo seja tomado por verdadeiro; seu conteúdo não é predicável de verdadeiro ou falso, pois, como visa a ação do destinatário, pode ser válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, eficiente ou ineficiente etc. Enfim, uma das premissas da inferência normativa visa a ação e é por isso que GONZÁLEZ LAGIER corretamente lhe atribui caráter prático.

Isso significa que os sistemas jurídicos fazem uso de duas estratégias distintas para consagrar a busca pela verdade: ora confiam na valoração racional das provas a ser realizada pelo julgador, ora a restringem em nome de antecipações fáticas empiricamente fundamentadas transformadas em regras jurídicas pelo legislador. Os sistemas jurídicos fazem uso de raciocínios teórico e prático como estratégias distintas que se entrelaçam. As inferências probatórias normativas ocorrem em cenários em que há mais restrição à capacidade cognitiva do julgador, o que é o mesmo que dizer que, quanto menos limitação

²³² GONZALEZ LAGIER, 2014: 95: “Com as inferências que chamei de epistêmicas pretendemos obter ou justificar conhecimento novo. Partindo de premissas consideradas verdadeiras, conclui-se uma proposição também consideradas verdadeiras. A inferência probatória epistêmica é, portanto, uma *inferência teórica*, ainda que se desenvolva no marco de um contexto mais amplo cuja finalidade última (a aplicação correta do Direito) seja prática”. (Grifei. T.L.)

²³³ GONZALEZ LAGIER, 2014: 97: “As inferências probatórias normativas não são *argumentos teóricos*, isto é, argumentos que, partindo de premissas descritivas que se consideram verdadeiras, chega-se a uma conclusão descritiva e igualmente considerada verdadeira. Pelo contrário, são *argumentos práticos* que partem de uma norma (que estabelece, por exemplo, uma presunção) e que concluem outra norma: a obrigatoriedade de dar por provado um fato (com independência de que realmente ele tenha ocorrido)”. (Grifei, T.L.)

por regras jurídicas via formulação de presunções, maior o espaço deixado às inferências probatórias epistêmicas (teóricas). Sobre isso, GONZÁLEZ LAGIER opina que a restrição à maneira como determinadas provas devem ser valoradas pode-se justificar inclusive a partir de um ponto de vista epistemológico: pense-se num contexto no qual a livre valoração seja interpretada com total independência das regras da racionalidade, ou onde se observe a falta de formação dos juízes e jurados no que concerne aos desafios probatórios. Nesses contextos, é possível que medidas que busquem propiciar menos espaço às inferências teóricas dos juízes possam contribuir ao propósito de promover o maior número possível de decisões conforme à verdade²³⁴. Embora a verdade não seja o alvo do raciocínio prático, ela pode ter nele um lugar de destaque: o ponto final do raciocínio prático consiste numa resposta de como decidir, mas essa resposta de como decidir é determinada com base na sua maior aproximação da verdade. Decide-se como se fosse q , porque, de acordo com a norma “Se P , então provavelmente Q ”, quando há a prova de proposição fática p , isso significa que a proposição fática q provavelmente também é verdadeira.

3.1.4. Breves considerações sobre a proposta de Daniel González Lagier

Uma análise das presunções que pretenda oferecer caminhos mais frutíferos para a sua compreensão merece contar com a contribuição de GONZÁLEZ LAGIER. Como vimos, há estreito paralelo entre as presunções e as inferências probatórias, já que as inferências probatórias normativas são assim chamadas porque uma hipótese será considerada verdadeira em razão do ordenado por uma regra jurídica e, por outro lado, as inferências probatórias

²³⁴ Sobre a opinião de que certas restrições ao raciocínio do julgador pode ser favorável a propositos epistêmicos, ver GONZALEZ LAGIER, 2014: 99. A total eliminação do raciocínio sobre as provas e os fatos por parte do julgador além de epistemicamente indesejável, também seria impossível. González Lagier explica que as inferências probatórias epistêmicas possuem um lugar logicamente prioritário, pois qualquer inferência probatória normativa depende de um fato probatório a ser tomado como ponto de partida. A determinação do fato probatório, em alguma medida, dependeu da formulação de inferências probatórias epistêmicas. Em suas próprias palavras, GONZALEZ LAGIER, 2014: 88: “O primeiro tipo de inferência [referindo-se à inferência epistêmica] ocupa no conjunto do raciocínio probatório um lugar central e em certo sentido logicamente prioritário. A razão é simples: para poder realizar o segundo tipo de inferências (aquelas cuja conexão é uma norma) é necessário partir da constatação de certos fatos (as provas ou indícios), mas, para determinar se esses fatos ocorreram, em algum momento do raciocínio teremos de confiar em máximas de experiência (ainda que sejam aquelas que afiançam a validade de nossas observações diretas). De maneira que o segundo tipo de inferências deve descansar numa inferência de primeiro tipo”.

epistêmicas são assim chamadas porque uma hipótese será considerada verdadeira em razão do autorizado por alguma regularidade fática empiricamente observadas no mundo. Norma e regularidade fática desempenham a função de garantia de racionalidade das conclusões ofertadas por essas inferências de modo que, concluir a ocorrência de um fato individual a partir de uma informação já adquirida é racional apenas na medida em que há uma generalização – de caráter normativo ou empírico – que, com anterioridade, já correlaciona as categorias de fatos aos quais esses fatos individuais (ou instâncias) pertencem.

Neste ponto é que ganha importância o terceiro tipo de inferência probatória listado por GONZÁLEZ LAGIER: as inferências probatórias interpretativas representam o caminho intelectual necessário para que se responda a pergunta sobre se o fato individual (cuja ocorrência foi confirmada) é ou não uma instância da categoria geral de fato constante no predicado fático da regra ou descrita na regularidade empírica aplicada ao caso em questão. Cada parte do raciocínio sobre fatos é mapeada e aprofundada por GONZÁLEZ LAGIER; desde o desafio de determinação da ocorrência (seja por inferência epistêmica ou normativa) chegando ao caráter interpretativo da determinação do fato individual como uma instância individual de uma categoria de fato juridicamente relevante. Essas são vantagens que comprovei presentes em GONZÁLEZ LAGIER; foi por elas que, apesar de o autor não mirar diretamente nas presunções no direito, julgo muito valorosa a sua proposta de análise do raciocínio jurídico sobre os fatos para os objetivos desta tese.

Para o que especificamente me importa propor nesta tese, ressalto o tratamento oferecido por GONZÁLEZ LAGIER às inferências probatórias epistêmicas e normativas. Sobre as primeiras, creio ser adequada vê-la como a melhor descrição do que ocorre quando se afirma que o raciocínio conhecido por “presunção judicial” foi realizado. Cabe notar que, à diferença das chamadas presunções legais, que integram uma inferência probatória normativa no papel de garantia, as presunções judiciais são a própria inferência probatória epistêmica. Não um elemento isolado da inferência, senão toda ela: a reunião de fato probatório (ou informação), do fato a se provar (ou hipótese) e da regularidade empírica que correlaciona as categorias às quais pertencem tais fatos consubstancia a presunção judicial.

Em consequência dessa perfeita equivalência entre “presunções judiciais” e inferências probatórias epistêmicas, seria conveniente que se abandonasse a terminologia das presunções para, assim, evitar a confusão entre raciocínio teórico e prático; entre situações nas quais o

agente cognitivo faz uso de suas faculdades intelectuais de acordo com as diretivas lógicas sem constrações institucionais e situações opostas, nas quais o agente está constrangido a declarar verdadeiro algo que um terceiro (a autoridade normativa competente) já predeterminou como conteúdo de sua ação; de sua decisão judicial. Então, a partir da proposta de GONZÁLEZ LAGIER, creio que convém avançar à substituição da terminologia de presunção judicial pela terminologia não-ambígua de inferência probatória epistêmica ofertada por ele.

Já sobre as inferências probatórias normativas, cabe ressaltar que está contemplado na análise oferecida por GONZÁLEZ LAGIER o fato de que elas podem ou não se apoiar num fundamento empírico; a depender de se sua finalidade é de fazer que a conclusão do raciocínio corresponda-se à realidade objetiva ou não. Vimos que GONZÁLEZ LAGIER enfatiza que ainda que aparentemente possa-se enxergar semelhança entre (a) a inferência probatória normativa que apresente fundamento empírico mais finalidade de busca da verdade com (b) a inferência probatória epistêmica, é preciso não perder de vista que elas divergem quanto à força: a força da inferência probatória epistêmica depende de sua maior ou menor probabilidade de correspondência com a realidade se comparada a inferências epistêmicas alternativas a ela; a força da inferência probatória normativa se deve ao fato de que é uma norma, de sorte que, mesmo que o juiz não esteja de acordo com a correlação entre fatos que a regra impõe, ele tem o dever de aplicá-la. Esses dois tipos de inferência – epistêmica e normativa com fundamento empírico e finalidade de busca da verdade – podem convergir quanto ao fundamento e a finalidade, mas cada uma extrai sua resistência a outras inferências de autoridades distintas: a normativa da autoridade do direito, a epistêmica da cogência do fundamento empírico ante raciocínios alternativos que pudessem ser realizados a partir das informações até então acumuladas.

Tudo isso está presente em GONZÁLEZ LAGIER. No entanto, em minha opinião, convém dar mais destaque a essa subdivisão das inferências probatórias normativas referente à presença (ou ausência) de um fundamento empírico. Pois, se bem é certo que as regras de presunção representam uma forma da qual o legislador pode fazer uso para obrigar que determinadas hipóteses fáticas sejam incorporadas à decisão judicial no papel de premissa menor (nestas situações, a inferência probatória epistêmica será destinada à determinação da ocorrência do fato básico, isto é, da informação que funcionará como ponto de partida à

inferência normativa), elas não são o único caminho para isso. As regras de ônus e as ficções jurídicas também podem servir ao mesmo propósito, com a importante diferença de que são menos compatíveis com uma reconstrução comprometida com a busca pela verdade dos fatos.

Se tomamos as regras de ônus como aquelas regras que atribuem significado à falta de provas, seria imperioso assumir que seu ponto de partida não são informações, mas a ausência de informações em contextos onde tais informações eram esperadas. A regra identificada como “presunção de inocência”, neste sentido, parte da falta de provas a respeito da culpabilidade do acusado para inferir que é verdadeira a hipótese de sua inocência. Já as regras que estabelecem ficções cuidam de produzir correlação entre fatos patentemente falsas sem abrir espaço à contestação desta falsidade. Tanto as regras de ônus como as regras de ficção servem ao legislador que pretende impor inferências probatórias normativas que não apresentam finalidade ou fundamento semelhante ao que quero identificar como presunção legal.

Nessa linha de raciocínio, a redefinição das presunções que será objeto de desenvolvimento do próximo capítulo contribuirá ao reconhecimento de que inferências probatórias normativas também podem desempenhar bem o papel de estratégias comprometidas com a busca da verdade, sendo insuficiente uma sistematização que despreze separá-las de inferências probatórias que visem proteger valores não-episêmicos com limites mais fortemente demarcados. Em resumo, as inferências probatórias normativas subdividem-se entre as que apresentam fundamento empírico e possuem finalidade de busca da verdade e as que carecem de um fundamento empírico pois a finalidade é um valor distinto à busca pela verdade. A redefinição das presunções que será objeto do próximo capítulo visa destacar as inferências normativas que se vinculam a compromissos de caráter epistêmico, oferecendo-lhes a elas, e somente a elas, o preenchimento do conceito jurídico de presunção.

3.2. Giovanni Tuzet

Em 2015, TUZET publicou “On the absence of Evidence”²³⁵. Nesse artigo, o autor trata de demonstrar que em certos contextos o chamado argumento da ignorância não merece ser desqualificado como falacioso. Uma reabilitação do argumento que defende a verdade de

²³⁵ TUZET, 2015: 37-51.

algo em função da ausência de prova da falsidade, ou a defesa da falsidade a partir da ausência de provas da verdade de uma proposição. O direito – e mais especificamente o processo judicial²³⁶ – representa, na opinião de TUZET, um contexto no qual nem sempre é falaciosa a inferência que parte da ausência de informações, pois a ausência de informações da verdade ou falsidade de algo, quando se busca tais informações, também se configura, ela mesma, em informação relevante: *buscar informação e não encontrar também é informação*. Essa proposta faz sentido no direito, uma vez que, no âmbito jurídico, ocorrem situações nas quais se atribui um significado à ausência de prova sem que isso nos pareça irracional ou pouco razoável. Produz-se uma inferência a partir da ausência de informações relevantes para a afirmação ou negação do fato em questão: por não se saber que p , então se afirma não- p ; por não se saber que não- p , então se afirma que p ; daí a referência à ignorância como ponto de partida do argumento.

TUZET esclarece que o uso adequado desse tipo de argumento implica compreendê-lo como um argumento não-dedutivo, pois a sua conclusão deve ser reconhecida como provável, e não como certa ou necessária. Até porque, um cenário no qual não se tenha provas de p em que se haja tentado de tudo para a sua confirmação é consideravelmente diferente de um cenário em que não há provas de p , mas nenhum esforço foi realizado neste sentido. Apenas no primeiro cenário a afirmação de não- p é precedida de boas razões. Sendo assim, TUZET sugere que, em certas ocasiões, está justificado tratar como equivalentes a ausência de prova e a prova de ausência; há ocasiões nas quais a ausência de provas autoriza mais do que a manutenção de um estado de indefinição. O objetivo de TUZET é defender que há um uso legítimo do argumento da ignorância no contexto jurídico pois, através dele, o que se tem é a afirmação ou negação de algo num contexto que se caracteriza mais pelo esforço em se confirmar ou refutar certas proposições e menos pela ausência de provas. Em outras palavras, TUZET argumenta que no direito existe uma ausência de provas *qualificada pela busca por elas*; não se podendo fechar os olhos para a circunstância de que persiste um estado de ausência de provas mesmo quando esforços probatórios tenham sido realizados. A ausência de provas, característica da fase inicial de provas, não pôde ser suprida; a despeito dos

²³⁶ Tuzet faz questão de pontuar que seu foco será no papel desempenhado pelo argumento da ignorância no contexto de adjudicação. TUZET, 2015: 1, nota 2: “Para ser preciso, centro minha análise no seu papel [do argumento da ignorância] na adjudicação. Deixo de fora seu papel nos debates legislativos e argumentação política, contexto em que frequentemente encontra-se conectado ao chamado princípio da precaução.

esforços probatórios despendidos. Uma ausência persistente e que subsiste ao esforço dos interessados em se determinar a ocorrência de um fato deve ser tratada de modo diferente de uma ausência pura e simples de informações. Nos itens seguintes, apresentarei com mais vagar a sua proposta.

3.2.1. O argumento da ignorância: da falácia ao reconhecimento seu potencial epistêmico

TUZET parte descrevendo a apresentação tradicional do argumento da ignorância como um argumento falacioso. O autor nos conta que o argumento da ignorância é afirmado como um caso famoso de falácia de relevância. Nas falácias de relevância, as premissas não são relevantes para o que é afirmado como conclusão, o sujeito que propõe o argumento falacioso procede a uma tentativa de desviar a atenção do seu interlocutor para fatos que não são logicamente importantes para a conclusão e, com a promoção dessa importante desatenção pretende atingir o convencimento do seu interlocutor; a sua persuasão. Uma falácia de relevância porque através dela busca-se promover uma conclusão a partir de premissas das quais ela não poderia ser inferida. No caso do argumento da ignorância, a falácia consiste na afirmação da verdade ou da falsidade de uma proposição em decorrência da falta de prova do contrário, pois o valor de verdade de uma proposição independe de que se tenha ou não prova disso: a falta de prova da falsidade de uma afirmação não é razão boa ou suficiente para afirmar que seja verdadeira (falácia afirmativa); a falta de prova de veracidade de uma afirmação não é razão boa ou suficiente para afirmar que seja falsa (falácia negativa). Em seguida, TUZET oferece um exemplo:

(A) Não há prova científica de que os implantes de silicone não sejam seguros para a saúde, logo, eles são seguros.

(B) Não há prova científica de que os implantes sejam seguros para a saúde, logo, eles não são seguros.

Então, de acordo com essa reconstrução, o autor explica que o argumento da ignorância expressaria uma *falácia afirmativa* em A e uma *falácia negativa* em B. De outra parte, uma afirmação livre de falácia seria aquela que assumisse que a falta de informações impossibilita a formulação de uma conclusão sobre o assunto²³⁷. Entre os cientistas, a falta de

²³⁷ O exemplo é do próprio Tuzet.

acesso a uma conclusão costuma seguir-se à realização de mais experimentos, de distintos experimentos e provas que sejam capazes de trazer as respostas que faltam. De modo responsável, no contexto científico conclui-se a respeito da negação ou afirmação de algo quando julga-se haver informações e dados suficientes para confirmar a hipótese em questão.

No entanto, TUZET ilumina o fato de que a compreensão do argumento da ignorância como uma falácia resulta da sua caracterização como inferência dedutiva. Se a afirmação é de que a ausência de provas de p tem não- p como conclusão necessária (versão negativa), ou se a afirmação é de que a ausência de provas de não- p tem p como conclusão necessária (versão positiva), então tratar-se-iam de argumentos falaciosos, dado que não há uma conexão logicamente necessária entre as premissas e as conclusões. Mas, TUZET argumenta que essa não é a única forma de compreender o argumento da ignorância e apresenta uma leitura não-dedutiva do argumento da ignorância amparado na noção de inferência plausível, de WALTON²³⁸.

Em certas situações, a ausência de certo tipo de provas é capaz de produzir uma inferência plausível; há casos em que é plausível inferir a verdade de uma afirmação a partir da falta de provas contrárias a ela, e há casos em que é plausível inferir a falsidade de uma afirmação a partir da ausência de provas a favor dela. O importante é compreender o argumento da ignorância que não é falacioso dentro das margens da teoria do raciocínio plausível, pois a falta de confirmação de uma hipótese pode funcionar como uma premissa plausível de raciocínio em alguns contextos, sendo necessário diferenciar argumentos que tenham partido de uma ausência de provas depois de se ter procurado por essas provas. Essas situações seriam melhor descritas como prova de ausência (*negative evidence*) do que como ausência de prova (*absence of evidence*): se se realiza uma busca escrupulosa e nada é encontrado, é plausível inferir que o que foi procurado não está lá. Logo, apesar de a inferência não ser dedutiva – isto é, ela deixa espaço para que a conclusão seja finalmente falsa –, importa reconhecer que, nem por isso, ela é falaciosa. A circunstância de não se ter encontrado provas da ocorrência de certo fato mesmo depois de se ter buscado escrupulosamente por elas autoriza concluir não somente que as provas inexistem, senão também que o próprio fato nunca existiu. Assim, o desafio será de detectar quando um argumento pretende oferecer uma conclusão mais forte do que a premissa pode oferecer.

²³⁸ WALTON, 1999: 53-71.

Nesses casos, a falácia se deverá ao descompasso entre o que a premissa é capaz de oferecer e a conclusão que erroneamente é sustentada a partir dela. E isso pode se dar com independência de se o argumento é dedutivo ou não dedutivo.

[S]e nos movemos da classe de falácias dedutivas para as não-dedutivas, a questão que enfrentamos é como distinguir os casos nos quais é razoável realizar algumas inferências não-dedutivas a partir da ignorância daqueles em que não é razoável. Em resumo, temos de determinar quando e porquê essa jogada argumentativa não é mais falaciosa²³⁹.

Segundo TUZET, importa defender as propriedades epistêmicas do argumento da ignorância no contexto jurídico. No direito, há situações nas quais o uso do argumento da ignorância é legítimo. A justificação do argumento da ignorância dependerá dos conhecimentos acumulados (*background knowledge*) que o agente epistêmico já possui, bem como das informações relevantes que tem sob seu domínio, de maneira que a ausência de certa prova (a prova de *p* para a afirmação de *p*) possa ser remediada por outras informações que também contribuem à formulação de uma inferência plausível. Se recuperamos a distinção entre prova de fato principal e prova de fato secundário, é possível que o mecanismo de prova de fatos secundários (de indícios) satisfaça o objetivo de confirmar a ocorrência de um fato principal (do fato o qual se quer provar para a atribuição de consequências jurídicas num determinado processo judicial).

3.2.2. O contexto jurídico e o significado da ausência de prova

Depois de enfatizar a importância de que se entenda o argumento da ignorância como uma inferência plausível, TUZET passa a dedicar atenção à relação entre ausência de prova e prova de ausência (prova negativa). Lembra-nos de que se trata de um lugar comum no discurso dos advogados a nota de esclarecimento de que uma coisa é a ausência de prova, outra coisa é a prova da ausência, isto é, a prova cabal de que um fato nunca existiu. Para isso, primeiro debruça-se no típico exemplo da existência de alienígenas. Na ausência de provas da existência de alienígenas, o que se pode inferir? Nada. Na ausência de provas da inexistência de alienígenas, o que se pode inferir? Nada. À ausência de provas somente se

²³⁹ TUZET, 2015: 2. T.L.

deve reconhecer um estado de ignorância. Aliás, “o estado de ignorância é um bom ponto de partida para a suspensão do juízo, não para se escolher um lado”²⁴⁰.

Do ponto de vista lógico, a ausência de prova de p não é prova de não- p , nem a ausência de prova de não- p é prova de p . De forma mais simples, de acordo com o ditado jurídico “ausência de prova não é prova da ausência”. Isso é verdade? Talvez isso seja verdade em geral, mas não em particular. Ou talvez tenhamos de fazer alguns refinamentos conceituais²⁴¹.

Esses “refinamentos conceituais” devem-se à relevância de saber se a ausência de provas resulta de um processo de considerável tentativa de se conseguir a confirmação ou refutação da proposição fática em questão ou, se, pelo contrário, a ausência de provas é decorrente da falta de instrumentos para verificar a proposição. Se voltamos ao exemplo dos alienígenas, TUZET pede que suponhamos um cenário no qual instrumentos de observação extraordinariamente poderosos os quais nos tornam capazes de escanear todo e qualquer canto do universo foram desenvolvidos: após uma pormenorizada busca, não resta confirmada a hipótese de que os aliens existam. Num cenário como esse, a hipótese de que os alienígenas não existem é uma afirmação que se ampara num dado muito mais forte do que a hipótese de que eles existam²⁴². Quando se procura escrupulosamente por algo e esse algo não é encontrado, é mais plausível a afirmação de que esse algo não existe. Ou que não está no lugar em que pensavam estar; por exemplo, quando procuramos a chave na bolsa e não encontramos, não há exagero em se concluir que a chave não está na bolsa; de que a ausência de provas de que a chave esteja na bolsa significa que ela não está ali. Porque tive o cuidado

²⁴⁰ T.L. Esse trecho é extraído por TUZET de ROBINSON (1971), quem, por sua vez, trata de enfatizar a deficiência do argumento da ignorância no que respeita à inclusão, como conclusão, do que seja mais provável, ROBINSON, 1971: 102-103: “Se nós soubéssemos que é o caso de que p , não precisaríamos arguir que ‘nós não sabemos que não- p , então p ’. Quando nós arguimos a partir da ignorância de não- p que é p , também somos ignorantes que p ; mas o argumento da ignorância depende de ignorar essa outra ignorância, ou, de não nos darmos conta dela. [ele, o argumento] Deixa de ser persuasivo quando nos damos conta de que as afirmações desdobram-se em pares de opostos, e que nossa tarefa é escolher o que seja verdadeiro em cada um dos pares. Quando nós não sabemos qual é verdadeiro em cada par de opostos, nós deveríamos suspender o juízo entre eles ou, se soubermos qual dentre eles é mais provável, adotar o mais provável. Quando somos ignorantes sobre se não- p (e então também ignorantes sobre se p), nós devemos nos perguntar se p é mais ou menos provável que não- p . É isso que o argumento da ignorância negligencia a fazer”. T.L.

²⁴¹ TUZET, 2015: 5.

²⁴² TUZET, 2015: 5.

de abrir cada compartimento para encontrar as chaves, posso concluir que a ausência de prova da existência da chave na bolsa é prova de ausência da chave na bolsa. Não seria razoável permanecer com o entendimento de que a ausência da prova de p não equivale a prova de não- p . As situações em que se justifica o tratamento equivalente entre ausência de prova de não- p e prova de p são melhor compreendidas quando enxergamos que nelas houve a oportunidade de se encontrar prova de p e o fato de que a prova de p não foi encontrada é algo que não pode ser desprezado. A procura, o procedimento de busca e a subsequente não-confirmação têm um valor epistêmico próprio que merece ser considerado. Em situações nas quais se dá uma justa chance (*fair chance*) a uma proposição buscando confirmá-la, a persistente ausência de sua confirmação justifica a sua negação²⁴³.

Aliás, no nosso dia a dia, realizamos esse procedimento de teste da proposição de maneira informal²⁴⁴ e se olharmos para o contexto científico, será possível identificar uma série de procedimentos, estruturados e cuidadosos, cuja finalidade consiste justamente em confirmar ou detectar a falta de confirmação de uma hipótese. Tanto as “varreduras informais” do dia a dia quanto os experimentos sensíveis, cuidadosos e estruturados das pesquisas científicas dedicam-se a testar as hipóteses. A circunstância de que mesmo após realização de procedimentos cuidadosamente desenhados a confirmar hipóteses persista a sua não confirmação é, por si só, um dado a ser considerado. A falta de confirmação num ambiente como esse não deve ser interpretada como total ausência de informação. Neste ponto, TUZET cita a ANDERSON, SCHUM E TWINING:

*Nosso fracasso em achar prova quando temos a expectativa de encontrá-la ou o fracasso de pessoas de produzir coisas e prover testemunhos em muitos casos podem ser considerados uma forma de prova*²⁴⁵.

²⁴³ Esse ponto também está em Wreen, conforme indicado por TUZET na p. 5. WREEN, 1989: 310.

²⁴⁴ Como abrir a bolsa e jogar tudo no chão à busca das chaves, ou abrir sistematicamente cada zíper, cada pessoa realiza a busca como bem entende; o importante é que, após o esforço de teste, chegam a conclusão de que a falta de confirmação da “a chave está dentro da bolsa” equivale a “a chave não está dentro da bolsa”.

²⁴⁵ T.L. A referência a TWINING em TUZET encontra-se na p. 6. Em ANDERSON, DAVID ;TWINING, WILLIAM, 2005: 75: “Nosso fracasso em achar prova quando temos a expectativa de encontrá-la ou o fracasso de pessoas em produzir coisas e prover testemunhos em muitos casos podem ser considerados uma forma de prova. É muito importante notar que não ter prova de um evento não é o mesmo de ter provas de que esse evento não ocorreu. Essa distinção entre prova negativa e falta de prova não é sempre feita. Tal distinção é capturada pelo velho ditado, ‘Prova da ausência não é o mesmo que ausência de prova’ ”. T.L.

O esforço de teste da hipótese (proposição) é que faz a diferença. De acordo com o autor, é preciso tomar nota da distinção entre (i) ausência total de provas (*absence of evidence*) e (ii) provas procuradas e não-encontradas (*missing evidence*). Em (ii), a falta de provas se deve a um insucesso alheio aos esforços do agente em querer confirmar a hipótese e pode ser interpretada como prova contrária à hipótese que se buscava confirmar.

Especificamente referente ao processo judicial²⁴⁶, TUZET está preocupado em rebater afirmações como a de LAUDAN DE que “o fracasso de se provar *X* nunca é prova de não-*X*”. Para o professor italiano, trata-se de uma afirmação muito forte, dado que em algumas situações a expectativa frustrada de se confirmar *X* pode integrar uma inferência plausível de que é o caso de não-*X*”. Para tanto, TUZET apoia-se em KAYE e em sua associação entre *gaps in the evidence* e *negative inferences*. Pense-se em casos nos quais uma das partes se nega a produzir prova sobre a qual se tinha expectativa de que integrasse uma importante peça do quebra-cabeças. Nessas situações, esses buracos propositalmente criados no conjunto de prova poderiam integrar “inferências negativas”. Essa expressão aplica-se a situações nas quais são formuladas inferências contrárias à hipótese que se esperava fosse confirmada – hipótese frustrada –, como quando o mecânico afirma ter trocado certa peça do carro porque estava defeituosa sem, contudo, ter em seu poder a peça defeituosa para confirmar ao proprietário que efetivamente a peça precisava ser trocada. Trata-se de uma das situações em que cotidianamente esperamos que alguém nos oferecesse certos itens de prova e, quando não o fazem, formulamos “inferências negativas” sobre a afirmação feita por esse sujeito. Uma falta de uma prova esperada torna mais fraca a hipótese da parte da qual se esperava que fosse fornecida.

No direito, exemplos de deficit de credibilidade como resultado da inferência negativa realizada a partir de carência de provas esperadas podem ser apontados em casos de investigação de paternidade, nos quais aquele que refuta ser pai se nega a realizar exame de DNA; ou quando, em casos criminais, a acusação não produz uma prova julgada essencial; ou quando a defesa apresenta uma hipótese simultaneamente contrária à da acusação e compatível com a hipótese de inocência, mas não produz prova suficiente que confirme essa

²⁴⁶ Na altura da nota 2 de seu artigo, TUZET esclarece que se limitará a defender um uso legítimo ao argumento da ingorância ao contexto de aplicação do direito. “Deixarei de lado o papel por ele desempenhado nos debates legislativos e na argumentação política, onde ele é frequentemente conectado ao chamado Princípio da Precaução”. T.L.

hipótese explicativa alternativa²⁴⁷. Todas essas situações caracterizam-se pela expectativa de acesso a informações relevantes através do procedimento probatório; uma expectativa que não é satisfeita, apesar dos esforços de partes interessadas, o que acaba por abrir caminho a que o juiz, na tarefa de determinação dos fatos, acabe por realizar inferências contrárias às afirmações das partes que não foram confirmadas como verdadeiras. De acordo com TUZET, esses casos não devem ser tratados sob a mesma etiqueta que afeta os casos de ausência de provas que não tenham sido testadas, postas a ser confirmadas. No direito, são mais frequentes casos como esses, em que a ausência ou insuficiência de provas de uma proposição funcionem justificadamente como premissa da inferência que contraria essa proposição do que casos nos quais o sujeito que afirma algo como verdadeiro não se dá ao trabalho de confirmá-la.

Não devemos menosprezar a diferença entre (1) saber que não há pegadas na neve e (2) não saber nada a respeito disso, isto é, não saber se há pegadas na neve ou não. Plausivelmente, casos do tipo (2) são menos frequentes no raciocínio jurídico e na argumentação. Os casos são normalmente do tipo (1). Uma das razões está em que o processo legal sequer são iniciados nos casos em que há completa falta de provas. Assim, são mais frequentes casos “gappy-evidence” (falta de alguma prova) do que casos “knowing-nothing” (em que não se sabe de nada)²⁴⁸.

3.2.3. O Argumento da ignorância a as presunções

TUZET também se dedica à relação que o argumento da ignorância tem com as regras de presunção. Ele parte do seguinte questionamento: a ausência de prova é tão relevante para o demandado quanto a presença de prova é para o demandante? A ausência de prova de inocência é tão relevante para o acusado quanto a presença de prova de culpabilidade o é para a acusação? A resposta a essas perguntas, como o autor sinaliza, encontra-se na regulação do ônus da prova o que, por sua vez, pressupõe a existência de um *standard* de prova intersubjetivamente controável. Determinar em que medida a ausência e presença de provas favorece mais ou menos demandante e demandado, autor e réu, dependerá de como o sistema

²⁴⁷ KAYE, 1986: 663: “Qualquer advogado competente sabe que o Júri esperará por certos intenc de prova em certos casos e o fracasso em se produzir essas provas pode acarretar uma situação de ceticismo devastador”. T.L.

²⁴⁸ TUZET, 2015: 7. T.L.

jurídico em questão tenha organizado a atividade probatória das partes, bem como com respeito a que grau de exigência a considerará satisfeita ou não. Muito embora a temática do *standard* de prova tenha um lugar de sobrada importância no que se refere ao raciocínio probatório, esse não é o centro de atenção da análise de TUZET, assim como, aliás, também não é o centro da análise realizada nesta tese. TUZET dedica seu foco à relação de ônus com as presunções. Tal como tradicionalmente os temas são abordados em conjunto, em TUZET eles também aparecem como se fossem, necessariamente, cara-e-coroa da mesma moeda. Segundo essa compreensão, dizer que há uma presunção que beneficia a parte A é o mesmo dizer que seu oponente, a parte B, tem o ônus da prova.

Para esclarecer a relação entre a presunção, o ônus da prova e o argumento da ignorância, TUZET parte de um exemplo. A hipótese que lhe servirá de análise refere-se à presunção de discriminação racial em relações de trabalho, especificamente aplicável ao momento da contratação ²⁴⁹. De acordo com a regra, deverá ser presumida a discriminação racial em hipóteses nas quais o demandante confirme que era qualificado para desempenhar as funções, mas foi preterido pela contratação de alguém de raça distinta da sua. Isso significa que corre a risco do demandado a insuficiência ou ausência de provas que contrariem a hipótese de discriminação que favorece o demandante. A correlação de cenários como esse e o argumento da ignorância apresenta-se em casos nos quais o demandado permanece inerte, em inação probatória, sem buscar produzir provas que contrariem a hipótese de

²⁴⁹ McDonnell Douglas *rule* (o precedente judicial criado pelo caso McDonnell Douglas *rule*). TUZET extrai o exemplo de POSNER, 1999, 1503-1504: “A racionalidade econômica das regras que estabelecem o ônus da prova está representada em McDonnell Douglas *rule*. Aplicada principalmente nos casos de discriminação racial nas relações de trabalho, a regra permite que o demandante, num caso de discriminação racial no contexto de contratação de empregados, estabeleça o seu caso *prima facie* (e então requeira uma moção por julgamento sumário) a partir da simples prova de que ele era qualificado para o emprego e foi preterido em favor de alguém de outra raça. Satisfazendo o ônus da prova, o demandante passa a contar com a presunção de discriminação, o que significa que, se o demandado não produzir prova, o demandante tem direito a julgamento sumário. A probabilidade de que ele tenha perdido a oportunidade de trabalho porque foi discriminado pode não parecer muito alta a partir da única prova que ele apresentou. Mas, se o demandado, que tomou a decisão de dar o emprego para outra pessoa mantém silêncio total sobre a razão de sua decisão, a inferência de que houve discriminação é realizada. Se a razão fosse outra, ele deveria ter sido capaz de, sem muita dificuldade, produzir alguma prova sobre isso. [...] Há quem diga que McDonnell Douglas *rule* é motivada pelo desejo de fazer mais fácil para o demandante sair vitorioso de um caso de discriminação racial. Minha análise sugere que a regra se justifica em termos neutros de minimizar custos, especificamente minimizar custos do processo em casos nos quais as partes podem ser convencidas a ‘abrir o jogo’ mesmo antes do processo”. T.L.

discriminação: provas de que o outro candidato à vaga que abrira era mais bem preparado em razão da comparação quanto à experiência de mercado acumulada, do reconhecimento das instituições de ensino por ele frequentadas, do peso das cartas de recomendação de antigos empregadores, por exemplo. Considerando o poder reconhecido à parte de produzir todas as provas que respeitem o limite da licitude e que sejam capazes de integrar informações hábeis a contribuir à hipótese de não-discriminação, o fracasso por produzi-las ou a escolha deliberada em permanecer inerte autorizam a inferência plausível de que o critério de contratação utilizado foi exatamente a injustificada preferência por indivíduos de uma raça em especial.

Diante da afirmação de POSNER de que essa regra refletiria uma racionalidade econômica – ela impõe à parte que pode satisfazer o ônus a menor custo²⁵⁰–, TUZET sente-se à vontade para complementá-la: para TUZET, a regra não apenas reflete um ideal de diminuir os custos do processo, senão que tal imposição do ônus ao demandado pode ser compreendida como expressão de uma racionalidade epistêmica: é o próprio demandado a parte que tem acesso e melhor conhecimento do que ocorreu no momento da contratação²⁵¹. Em outras palavras, para TUZET a regra leva em conta a regularidade empírica entre “deixar de produzir prova que está ao alcance da parte” e “ter algo a esconder”: aquele que deixa de ofertar informações podendo prestá-las, assim procede em razão de que essas informações não lhes seriam favoráveis. Neste sentido, a regra que impõe que seja considerada verdadeira a hipótese de discriminação apóia-se numa correlação entre fatos que provavelmente existe na realidade objetiva, de maneira que a regra se deve à pretensão normativa de facilitar a integração ao raciocínio judicial uma premissa fática provavelmente verdadeira²⁵². No que se

²⁵⁰ Sobre racionalidade econômica como fundamento da presunção de discriminação racial, ver POSNER, 1999, 1503.

²⁵¹ TUZET, 2015: 9.

²⁵² Aliás, o mesmo POSNER afirma que o sistema adversarial facilita procedimentos capazes de produzir inferências confiáveis a partir de *evidentiary lacunae*. POSNER, 1999: 1493: “O sistema adversarial facilita a conclusão de inferências confiáveis a partir de *evidentiary lacunae*. Se uma parte deve ser capaz de obter prova favorável para si num custo menor, então sua falha em apresentar essa prova autoriza o julgador dos fatos a inferir que a parte está escondendo prova desfavorável e, por isso, deve perder”. T.L. Uma reflexão parecida a partir de falhas (*gaps*) probatórias pode ser encontrada em KAYE, 1986. KAYE oferece exemplos nos quais o Júri (a quem cabe a determinação dos fatos no sistema jurídico norte-americano) esperava por certos itens de prova e, não os encontrando a corroborar as hipóteses sob análise, extraíram a conclusão que beneficiava a hipótese

refere à distinção entre ausência de prova e prova de ausência, sendo a proposição objeto aquela que afirma que a contratação foi discriminatória, a regra jurídica concede uma posição processual de ausência de prova ao demandante (que não tem de provar que houve discriminação) ao mesmo tempo que impõe ao demandado o ônus de produzir prova de ausência (que tem de provar que não houve discriminação)²⁵³.

Neste passo, Tuzet faz referência a um novo par de conceitos, qual seja, a distinção entre *negação externa* e *negação interna*. Como esclarece o autor, a *negação externa* corresponde-se à ausência de provas e se dá em cenários em que inexistem provas que neguem ou confirmem a proposição; já a *negação interna* corresponde-se a cenários nos quais há prova que nega diretamente uma proposição. A *negação interna* está na prova de que o cachorro não latiu, que a janela não quebrou, que não há pegadas na neve (prova da ausência), enquanto que a *negação externa* corresponde à ausência de provas. No que se refere ao ônus da prova, é possível que as *negações externas* também possam ser entendidas como suficientes à sua satisfação. Nas situações em que as provas, a despeito de terem sido procuradas, não foram encontradas²⁵⁴.

adversária. Um deles localiza-se na esfera penal e se trata de acusação por conduzir intoxicado (*driving while intoxicated*, DWI), p. 657: “O Estado processou um jovem por dirigir enquanto intoxicado (DWI). Um oficial de polícia declarou que ele parou o acusado depois de vê-lo mudar de pista ilegalmente às duas da madrugada. Ele declarou que sentiu cheiro de álcool no acusado, e que, depois disso, o teste da sobriedade (caminhar reto numa linha, ficar parado sobre uma das pernas...) demonstrou que ele de fato estava intoxicado. A história da acusação era de que ele estava perdido num bairro que não conhecia e ouvia a sua mulher no carro tentando encontrar o caminho. O Júri acreditou que o acusado provavelmente estava bêbado, mas o absolveu porque o Estado, que deveria provar a culpa além de qualquer dúvida razoável, não mediu o nível de álcool no sangue e hálito do acusado. O Júri esperava ver integrada ao processo a prova do ‘bafômetro’ (*breathalyzer*) num caso de condução embriagada e a ausência dessa prova gerou uma dúvida razoável na mente dos jurados”. T.L. WREEN, em WREEN, 1989, de forma semelhante, faz referência à *fair chance* (p. 310) e à *fair opportunity* (p. 314) como “autorizadoras” do argumento da ignorância. A oportunidade de se provar uma proposição aberta e desperdiçada autoriza a que o julgador dos fatos conclua pela proposição contrária. Ressalta o autor: “O que é uma oportunidade justa diferirá de caso para caso e poderá ser, inclusive, questão de disputa”. T.L. Nas hipóteses de presunção, a admissão de prova contrária conjugada a não produção de provas que possam contrastar a hipótese do fato presumido representam o desperdício de uma *fair opportunity*.

²⁵³ O grau de exigência que recai sobre a atividade probatória para que se considere que o demandado satisfaz seu ônus de provar a ausência de discriminação depende do *standard* de prova adotado.

²⁵⁴ Sobre *negação externa* e *interna*, ver TUZET, 2015: 7.

Essa frutífera aproximação do argumento da ignorância a uma racionalidade epistêmica não é uma leitura possível a tudo o que tradicionalmente foi identificado como sendo uma regra de presunção. O exemplo de inadequação oferecido por TUZET é o da presunção de inocência. A presunção de inocência não apresenta um uso justificado do argumento da ignorância; não é um argumento da ignorância no sentido epistêmico. A presunção de inocência representa uma decisão prática sobre efeitos jurídicos que se quer atribuir a determinadas situações²⁵⁵. TUZET apoia-se em ROBINSON para afirmar que “[a presunção de inocência] é uma decisão de tratar os acusados como se fossem inocentes, e não uma conclusão intelectual de que ele seja realmente inocente”. A declaração de que o acusado seja *not guilty* (não culpado) não resulta de uma conclusão a qual o tribunal tenha chegado de que o acusado seja genuinamente inocente; depende somente de uma decisão de tratá-lo *como se fosse* inocente²⁵⁶. Regras como a presunção de inocência respondem ao interesse de facilitar decisões de caráter prático, uma decisão por *default* a situações que versem sobre valores fundamentais protegidos pelo direito²⁵⁷. Não há uma preocupação preponderante de que a conclusão do raciocínio sobre os fatos seja provavelmente verdadeira.

O argumento da ignorância não é neste contexto uma inferência epistêmica com propósito de se chegar a uma conclusão que se corresponda a como as coisas são [on what is the case]: é, ao contrário, um argumento prático; uma decisão orientada; e que se aplica a uma regra de presunção articulada a algum ônus da prova. A presunção de inocência não se fundamenta na crença de que os acusados sejam normalmente inocentes; de fato “inocência legal” é distinto de “inocência simpliciter”, como dito por Wreen (2003, 367), ou, como colocado por Laudan (2006, 12), “inocência probatória” é distinta da “inocência material”. Em resumo, a conclusão desse argumento da ignorância é normativa, não epistêmica²⁵⁸.

Com isso, TUZET quer demarcar a inegável diferença que há entre a presunção de inocência e as regras que podem ser reconduzidas ao exemplo da discriminação: enquanto a presunção de discriminação pode ser interpretada como que contendo uma racionalidade epistêmica, a presunção de inocência expressa exclusivamente uma racionalidade prática;

²⁵⁵ TUZET, 2015: 9.

²⁵⁶ ROBINSON, 1971:106. T.L.

²⁵⁷ TUZET, 2015: 9.

²⁵⁸ TUZET, 2015:10. T.L.

preocupada com o estabelecimento da obrigação de que os casos de dúvida devem ser decididos com base na hipótese de inocência. A incorporação no raciocínio decisório da hipótese de inocência como premissa não se ampara em qualquer crença na inocência (*simpliciter* ou material); seja do legislador que formulou a regra, seja do julgador que tem de a ela obedecer. Há uma dissociação entre a conclusão do raciocínio com base no que identifica-se como presunção de inocência e a busca por um resultado provavelmente verdadeiro. Isso faz com que a presunção de inocência seja incompatível com a interpretação do argumento da ignorância que TUZET busca promover; de uma reconstrução do argumento da ignorância conectado a uma agenda epistemicamente comprometida e que, portanto, com seu uso não reduzido a um uso falacioso. Para TUZET, há usos epistemicamente justificados do argumento da ignorância e isso ocorre quando a afirmação ou negação de algo ampara-se numa ausência de provas que têm um significado mais amplo: a falta de informações, em determinadas circunstâncias nas quais era de se esperar que elas fossem encontradas, é, por si só, uma informação relevante. Essa informação, por sua vez, interpretada com base nos conhecimentos que já acumulamos pela experiência oferece-nos uma conclusão plausível do que provavelmente tenha ocorrido.

Uma análise das presunções ilustra bem essa proposta de entendimento do que seja o argumento da ignorância: apenas as presunções que apresentem um fundamento empírico são passíveis de ser reconduzidas a um uso justificado do argumento da ignorância. TUZET não deixa de esclarecer que mesmo essas presunções que apresentam fundamento epistêmico têm sua formulação justificada em realidade numa preocupação de ordem prática; elas também oferecem um critério de decisão. Dito de outro modo: ainda que se possa afirmar que elas expressam uma preocupação com a busca pela verdade, essa busca não é desinteressada da prática; não se trata de satisfazer uma curiosidade estritamente teórica do que tenha acontecido. Então, também a meu ver, essas regras que são reconduzíveis a um justificado uso do argumento da ignorância poderiam ser reconduzidas a uma combinação de preocupações epistêmicas e práticas. No entanto, à diferença de Tuzet, creio que há boas razões para diferenciar usos epistêmicos do argumento da ignorância das presunções propriamente ditas. No que se refere à inferência que o julgador pode extrair da ausência de uma prova pela qual se procurou, claro está que ele realiza o que chamamos de inferência probatória epistêmica e, como será exposto futuramente, não merece ser reunido ao conceito.

3.2.4. Breves considerações sobre a proposta de Giovanni Tuzet

Como vimos, o objetivo de TUZET não é o de oferecer uma teoria das presunções, mas defender que é possível se fazer um uso justificado do argumento da ignorância, não apenas do ponto de vista prático, mas também a partir de uma perspectiva teórico-epistêmica. Significa que o argumento da ignorância é apto reconstruído a partir de um compromisso com a busca pela verdade, na medida em que pode favorecer a integração de proposições fáticas provavelmente verdadeiras como suas conclusões. Para defender a possibilidade de combinação do argumento da ignorância com certa racionalidade epistêmica, TUZET trabalha a distinção entre ausência de prova e prova de ausência: o uso justificado do argumento da ignorância caracteriza-se por ter como uma de suas premissas um cenário de prova de ausência, e não um cenário de ausência de provas. Cenários em que a proposição fática em questão (cujo valor de verdade está sob questionamento) é posta à prova e, mesmo após a realização de testes e procedimentos de prova, persiste a ausência de uma determinação acerca de seu valor de verdade merecem ser diferenciados de cenários nos quais há mesmo uma total ausência de provas. A ausência de informações – que subsiste à realização experimentos e procedimentos probatórios desenhados cuidadosamente para oferecer certos dados – é, em si mesma, uma informação a ser considerada. Concluir pela falsidade de uma proposição cuja veracidade foi escrupulosamente posta à prova (e vice-versa) é uma inferência epistemicamente justificada que não deve ser confundida com raciocínios apressados.

De posse dessa proposta conceitual que reabilita epistemocamente o argumento da ignorância, TUZET parte para o contexto do direito. Nele, como vimos, encontra exemplos compatíveis com o argumento da ignorância visto como uma ferramenta epistêmica e outros nem tanto: a presunção de discriminação em situações de contratação é apresentada como um exemplo de regra compatível com o argumento da ignorância já reabilitado. A hipótese de que a contratação de um funcionário branco em detrimento de um candidato negro é a que mais plausivelmente corresponde-se à realidade nos casos nos quais o demandado decide não integrar informações sobre as supostas reais razões que fundamentaram a escolha pelo funcionário branco em detrimento das qualidades do funcionário negro. O cenário de falta ou insuficiência probatória dá passagem à conclusão de que as informações sobre os motivos da contratação caso fossem oferecidas confirmariam hipótese contrária aos interesses do

demandado; a ausência de provas num cenário de fundada expectativa em sua produção (quem tem razões que justifiquem a contratação feita não tem problemas em ofertá-las) funciona como o ponto de partida do raciocínio inferencial do legislador quando ordena que se incorpore a hipótese de discriminação. A presunção de discriminação é, pois, epistemicamente fundada. Pelo contrário, a regra conhecida por presunção de inocência não o é. Isso porque, diferente de regra que se ampare na regularidade empírica entre esconder informações e não ter razões que justifiquem um certo agir, a presunção de inocência não tem suporte em uma regularidade entre ser acusado e ser inocente porque essa correlação inexistente na realidade objetiva. O que essa regra pretende é que o acusado seja tratado como se inocente fosse e, nesse sentido, correlaciona artificialmente categorias de fatos que não se encontram originalmente relacionadas na realidade objetiva. O direito impõe uma correlação entre fatos sem pretender qualquer correspondência com a realidade objetiva; seus arquitetos visam proteger escolhas morais institucionalizadas; nesse caso, preferência pelo erro de absolver culpados ao erro de condenar inocentes. Como esse tipo de regra não visa aproximar a determinação dos fatos à verdade, a melhor compreensão de seus propósitos não pode ser oferecida pelo argumento da ignorância.

Até aí, ponho-me de acordo com as conclusões de TUZET. Mas, gostaria de ir além. Estou de acordo com a aproximação a que TUZET procede entre o argumento da ignorância e as presunções que apresentam fundamentos empíricos (que expressam uma regularidade entre fatos empiricamente observada na realidade objetiva): o contexto de ignorância por elas provido oferece uma conclusão plausível que não deve ser descartada porque não se confunde a total indeterminação; estão longe de ser um “tiro no escuro”. No entanto, acredito que é preciso salientar o caráter normativo das presunções. São normas e, portanto, impõem uma decisão judicial se as suas condições de aplicação são satisfeitas. Significa que o julgador obedece a um conteúdo prescrito pelo legislador. Foi o legislador quem decidiu proceder à institucionalização da regularidade entre o fato de não se prover (suficientes) informações sobre a contratação e o fato de a empresa ter preterido a sua contratação com base num critério discriminatório; a presunção de discriminação não tem sua aplicação dependente de que o julgador esteja de acordo com a correlação entre fatos institucionalizada pelo legislador: satisfeita a prova do fato básico (de que: i. o candidato negro supre as qualidades exigidas para a função e ii. vaga preenchida por candidato branco), não cabe ao julgador uma decisão sobre se aplica ou não a presunção de discriminação.

Sendo assim, a relevância da associação das presunções com o reabilitado argumento da ignorância concentra-se mais no momento de se justificar a formulação de uma presunção do que no momento de aplicação desta mesma regra ao caso individual. A não ser em nome de uma estratégia retórica, a motivação da decisão judicial cuja premissa fática tenha sido formada por aplicação de uma presunção legal não tem porquê fazer referência à probabilidade de que a conclusão seja efetivamente verdadeira; aliás, a formulação da presunção visa precisamente excluir a determinação daquele fato presumido através da atividade intelectual do julgador.

Em suma, os esforços de TUZET direcionados à redenção epistemológica do argumento da ignorância servem a corroborar a aproximação que pode ser efetuada entre as presunções e a busca pela verdade, mas são considerações que servem a iluminar os dilemas e escolhas que acometem os legisladores quando precisam resolver se certa regularidade entre fatos tem relevância jurídica, a ponto de as considerar bastantes a desempenharem a função de fundamento de uma presunção ou não. Nessas situações, o legislador não faz outra coisa senão atribuir efeitos a estados de ausência/insuficiência de provas. O argumento da ignorância epistemicamente redimido serve para justificar seu posicionamento.

Nesse sentido, a proposta de TUZET fortalece a reconstrução das presunções como peça de raciocínio de caráter prático mas que simultaneamente busca alinhar-se a um compromisso com a busca pela verdade. O capítulo seguinte será uma defesa da ideia de que ao conceito de presunção deve-se atribuir uma função específica na determinação dos fatos no interior de um processo judicial. É certo que, como veremos, será necessário oferecer um tratamento de terapia linguística ao esquema de conceitos atinentes à determinação dos fatos pois, no atual estado de coisas, as presunções estão que facilmente confundem com diversos outros expedientes.

Apesar dessa sobreposição de expedientes, é possível sim defender um efeito específico que somente a presunção é capaz de produzir e que, portanto, garante-lhe autonomia conceitual. A defesa de sua autonomia conceitual deve considerar a característica que TUZET reivindicou à presente interpretação do argumento da ignorância: o raciocínio prático realizado no contexto jurídico e judicial pode (e deve) associar-se a um compromisso epistêmico de busca da verdade mesmo em situações que apresentem um grau mais elevado de incerteza dos fatos. Cenários de *deficit* de informações para a decisão com base em provas

suficientes não são porta aberta a decisões absolutamente descomprometidas com a busca pela verdade. As presunções podem ser precisamente o expediente responsável a oferecer uma segunda melhor resposta que também seja comprometida com decisões fundadas em premissas fáticas que tenham a pretensão de se corresponder à realidade dos fatos como ela é.

3.3. Conclusões parciais

Neste capítulo foram analisados os autores identificados como reconstrutivistas indiretos. Como já foi explicado, esses autores foram assim considerados em razão de que a análise conceitual da presunção não representa o ponto central de seus esforços analíticos. O fato de que a temática não foi ocupou o centro de atenção não impediu que esses autores tenham contribuído de maneira contundente com esclarecimentos fecundos para o aperfeiçoamento do conceito em questão.

Ao tratar da diversidade de argumentos que são realizados pelo julgador ao momento da decisão sobre os fatos, GONZÁLEZ LAGIER brinda-nos com os conceitos de inferências probatórias epistêmicas, inferências probatórias normativas e inferências probatórias interpretativas. As duas primeiras categorias conceituais são sumamente úteis à terapia lingüística ao qual a presunção deve ser submetida. GONZÁLEZ LAGIER procede à ênfase do que merece destaque: os tipos de inferências probatórias diferem em razão do elemento que funciona de garantia em uma e em outra. Inferências probatórias epistêmicas não podem ser confundidas com inferências probatórias normativas pois, enquanto as primeiras têm regularidades empíricas em sua garantia, as segundas são compostas por regras jurídicas. As primeiras representam a atividade intelectual que o juiz realiza no âmbito da valoração livre e racional da prova, enquanto que as segundas são por ele realizadas em contextos nos quais a sua atividade cognitiva é previamente restrita por limites normativos impostos pelo legislador. Essas noções tornam manifestas as profundas diferenças que se põem entre o que se convencionou chamar por presunções judiciais e presunções legais. Essa lição será importante e, no seu tempo, aproveitada para a redefinição que será proposta nesta tese. Embora tanto regras quanto raciocínios possam buscar contribuir para que as premissas fáticas sejam ao máximo próximas à realidade objetiva, não pode restar dúvidas de que perseguem a mesma finalidade de modo absolutamente diferente - desconfiando e confiando nas capacidades cognitivas do julgador, respectivamente.

Já em TUZET, o que merece ser destacado é seu notável esforço em reabilitar o argumento da ignorância. Considerando o contexto jurídico, é possível que em algumas situações a ausência de prova seja tomada, justificadamente, como prova da ausência. O autor faz uso de exemplos do cotidiano para diferenciar situações nas quais não temos prova de algo, mas sequer procuramos tal prova, das situações em que, por mais que tenhamos nos engajado na busca por informações, nunca chegamos a ter êxito em nossos esforços. Em suma, não ter a prova de p em contextos nos quais se p tivesse ocorrido as provas poderiam ser encontradas, deve ser situação tomada de modo diferenciado. Nessas situações, desde um ponto de vista epistêmico, estamos justificados a igualar a ausência de p à prova de não- p .

No que respeita às presunções, a redenção do argumento da ignorância – e a redenção da possibilidade de se interpretar a ausência de p como prova de não- p – serve à defesa de que a aplicação de regras que tenham a estrutura de fato básico e fato presumido, a qual se ampare em um fundamento empírico, podem sim contribuir à decisões sobre os fatos compatíveis com um compromisso de corte epistêmico. Essa anotação também será importante para a proposta de redefinição de que aqui se cuidará. Estabelecer regras com fundamento empírico pode, sim, ser um caminho para decisões deferentes à realidade objetiva. Partir de generalizações empiricamente justificadas, em alguns casos, pode ser o melhor com o que podemos contar. À continuação, tratarei de expor que passos conceituais serão necessários para a reconstrução de um conceito de presunção tanto mais claro quanto mais útil às nossas práticas.

CAPÍTULO 4. REDEFININDO AS PRESUNÇÕES

4.1. Ronald Allen e a proposta de eliminação do conceito de presunção na experiência norte-americana

Data do início da década de 80 os primeiros textos de RONALD ALLEN sobre a temática das presunções. Diferente do tratamento tradicional que se costumava – e se costuma oferecer às presunções –, a análise conceitual de ALLEN caracteriza-se por uma forte crítica à teoria das presunções em uso no sistema jurídico norte-americano, que tem como ápice uma proposta de total eliminação desse conceito. Para ALLEN, as presunções não apresentam um conteúdo específico, independente, e que as faça merecer um lugar ao sol no esquema conceitual referente aos expedientes de determinação dos fatos. Quaisquer dos resultados produzidos pela aplicação das presunções podem ser conseguidos através de outros expedientes de determinação dos fatos (ALLEN emprega a expressão *evidentiary devices*), isto é; por outras categorias jurídicas.

Não obstante isso, os operadores daquele sistema jurídico habituaram-se a adicionar a essas categorias jurídicas a etiqueta vazia de “presunção”. Dito de outro modo, agregar a terminologia das presunções não produz qualquer efeito que já não seja possível de se produzir por outros procedimentos processuais a ser postos em marcha²⁵⁹, mas os operadores daquele sistema jurídico insistem em intercalar e tentar harmonizar o uso da terminologia das presunções com as demais. Allen reage asperamente a essa insistência.

Ao invés de engajamento para realizar o fútil objetivo de se reconciliar os muitos usos da palavra “presunções”, esforços deveriam ser mais bem gastos na análise dos problemas de determinação dos fatos que estão por trás do uso da etiqueta. Essa afirmação requer corroboração, no entanto. Essa corroboração pode ser suprida examinando os vários usos atribuídos às presunções e demonstrando que cada um deles envolve a resolução de um problema de determinação dos fatos que pode ser, e frequentemente é, resolvido de forma funcional sem referência alguma a qualquer conceito de presunção. Além disso, essa demonstração também mostrará que a resolução

²⁵⁹ Essa crítica também foi feita em LAUGHLIN, 1953: 195-196: “A linguagem do direito é permeada por ‘palavras mágicas’ (...) A palavra ‘presunção’ rapidamente se transformou numa palavra mágica. (...) Na maior parte das situações seu uso poderia ser totalmente eliminado sem que isso afetasse a linha de raciocínio”. T.L.

*de qualquer questão sem menção às presunções reduzirá os riscos de confusão e referente probabilidade de resultados indesejáveis*²⁶⁰.

Para ALLEN, não há como compreender o funcionamento das presunções quando isoladas. Como se trata de uma etiqueta vazia, o interesse por compreender o que sejam as presunções deverá vir acompanhado pelo interesse de saber como funcionam outros alguns expedientes probatórios. ALLEN é bastante incisivo ao afirmar que a definição do escopo das presunções que desconsidere esses outros expedientes está fadado a ser fútil no melhor dos casos e confuso no pior deles²⁶¹. Fútil porque composto por meros sinônimos de outros expedientes, confuso porque a diversidade de efeitos aos quais o emprego do termo está relacionado produz um cenário de ambiguidade e instabilidade de resultados, o que, por sua vez, tende a ser prejudicial à consolidação de uma prática racional dos operadores do direito. Examinando o sistema jurídico norte-americano, ALLEN dispara:

*Em todas as suas manifestações, a presunção é simplesmente uma etiqueta aplicada a uma escolha referente às situações probatórias, as quais são empregadas por razões políticas e que não conferem um significado independente ao termo “presunção”. Além disso, o uso da etiqueta teve efeitos negativos significativos sem prover benefícios que compensem. Por isso, a única solução sensível para o “problema das presunções” é parar de usar o termo e enfrentar quaisquer problemas de determinação dos fatos que possa aparecer para ser resolvido por nosso sistema de adjudicação diretamente*²⁶².

Como para ALLEN as presunções carecem de independência conceitual, o melhor seria que simplesmente aplicassem diretamente os conceitos de que se desprendem os efeitos pretendidos; sem atalhos. Não há qualquer função desempenhada exclusivamente pelas presunções, haja visto que o seu propósito é de meramente distribuir os ônus da prova – (i) seja o de produção, (ii) seja o de persuasão²⁶³.

²⁶⁰ ALLEN, 1981: 845. T.L.

²⁶¹ ALLEN, 1982: 894.

²⁶² ALLEN, 1981: 862-863. T.L.

²⁶³ ALLEN, 1981: 845. Convém dizer que, desde THAYER, no sistema jurídico americano ganhou peso o tratamento teórico desse autor, segundo o qual há que se dividir o ônus da prova em ônus de produção da prova (*burden of moving forward with evidence*) e ônus de persuasão (*burden of persuasion*). Ver THAYER, 1890: 46: “Existem duas noções inteiramente distintas de ônus da prova, ambas chamadas pelo mesmo nome...”.

Muitas das confusões que envolvem as presunções resultam de que elas sejam isomorfas de outras ferramentas de determinação dos fatos (evidentiary devices). [...] Presunções, no âmbito civil, são essencialmente de dois tipos. Um tipo de presunção civil é a presunção que distribui o ônus de persuasão e ela é isomorfa da defesa afirmativa (affirmative defence). Presunções civis que distribuem o ônus de produção, por outro lado, são largamente problemas isomorfas de decisão sem julgamento de mérito (direct verdict) ou do julgamento por questão de direito (judgment as a matter of law)²⁶⁴.

Relacionada a essa distinção entre ônus da prova como ônus de produção e de persuasão, desenvolveu-se movimentado debate teórico a respeito da relação das presunções e o ônus da prova; se elas seriam o outro lado da moeda do ônus de produção, ou se, pelo contrário, estariam vinculadas ao ônus de persuasão. Para THAYER, as presunções produziam um efeito “*bursting bubble*” (de estourar a bolha), no sentido de que a produção de provas suficientes para atacar a presunção faziam que ela desaparecesse por completo do processo. Dividindo o processo entre a fase do juiz e a fase do jurado, a produção de provas valorada suficiente para derrotar a presunção, fazia com que a regra sequer devesse ser mencionada aos jurados. Significa que quando o caso chegava a conhecimento dos jurados, já não havia uma regra de presunção operativa; ela já havia cumprido seu papel impondo a uma das partes o peso de produzir prova suficiente a evitar que o processo fosse extinguido ainda diante apenas do juiz de direito; ou o adversário da presunção produzia prova contrária que o juiz valorasse como suficiente a potencialmente convencer o Júri (um juízo hipotético que o juiz deveria realizar), ou sofreria a extinção do processo ali mesmo, diante do juiz. Se, pelo contrário, a parte suprisse o ônus de produção, o processo seguiria à fase de julgamento pelo Júri. Nessa nova fase de julgamento, ambas as partes tinham de ver-se com o atividade probatória suficiente a convencer os jurados de suas hipóteses. O autor sempre tinha contra si a imposição do ônus de persuasão. De outro lado, para MORGAN, uma presunção não tinha seus efeitos restringidos à distribuição do ônus de produzir provas; deveriam existir presunções que impusessem à parte o risco de não persuadir o Júri (sobre os critérios de MORGAN para fixar se uma presunção relacionava-se ao ônus de produção ou ônus de persuasão, ver MORGAN, 1937). Em termos práticos, nem sempre deveria haver o “estouro da bolha” diante do juiz de direito, devendo o mesmo contar aos jurados da existência da regra de presunção aplicável àquele caso, explicando que, se eles entendessem que o adversário da regra não havia produzido prova suficiente que corroborasse a sua afirmação, o ganho da causa deveria ser da outra parte. Se comparamos as duas teorias, vemos que as consequências da presunção geram uma assimetria maior entre as partes (favorecendo mais uma parte e produzindo mais desvantagem à outra) na versão de MORGAN: em THAYER há o restabelecimento da autonomia cognitiva do juiz dos fatos (o Júri) que não tem de se preocupar com a aplicação de critérios normativos (uma regra de presunção que reza que “Se *P*, então *Q* deverá ser presumido”, ou “Na falta de provas, *P* deverá ser presumido”) na realização da determinação dos fatos. Deve obediência apenas a critérios de raciocínio lógico que a experiência comum tratou de ensiná-los; em MORGAN, a regra de presunção deverá surtir efeitos principalmente na situação em que o jurado estiver em ‘equilíbrio reflexivo’ (MORGAN, 1931, 915) após a produção de todas as provas. Para entender mais profundamente a controvérsia Thayer e Morgan, ver também THAYER, 1898; MORGAN, 1933, MORGAN, 1943, LAUGHLIN, 1953.

²⁶⁴ ALLEN; CALLEN, 2003: 2. T.L.

Antes de entrar na análise que ALLEN faz das redundâncias das presunções com outros conceitos, convém dar atenção a uma peculiaridade do sistema norte-americano no que se refere à determinação dos fatos. Como se sabe, o sistema jurídico norte-americano conta com a peculiaridade da instituição do Júri, sendo ele o responsável pela determinação dos fatos; do que tenha acontecido no caso particular sob julgamento. Trata-se de determinar qual proposição fática deverá integrar o raciocínio decisório na qualidade de premissa menor; de fixar os fatos classificados como fatos adjudicativos. A atribuição do Júri consiste exclusivamente em determinar os fatos do caso individual – daí a expressão *fact-finder*. Significa dizer que os trabalhos são divididos entre o juiz de direito e o júri; este com a atribuição de determinar os fatos individuais, aquele com a atribuição de determinar a norma adequada a cada caso especificando as consequências jurídicas aos fatos adjudicativos. Há, pois, a combinação de labores desempenhados pelo funcionário estatal que cursou a carreira de direito, aprendeu as leis positivas, métodos de interpretação, de resolução de lacunas etc., com os saberes gerais (generalizações e regularidades empíricas de que têm notícia) acumulados pelos leigos na condição de participantes de dada comunidade.

Daí que se afirme, de forma geral, que a divisão de trabalhos entre o juiz de direito e o juiz dos fatos representa a tradicional distinção entre “questão de direito” e “questão de fato”²⁶⁵, correndo a determinação normativa à conta do juiz de direito e a determinação dos

²⁶⁵ SCHEPPELE, 1990: 42: “Muito da moldura institucional das cortes encontra suporte nessa distinção [referindo-se à distinção entre questão de fato e questão de direito]. Num julgamento por Júri, o Júri decide questões de fato enquanto o juiz têm controle sobre as questões de direito. A divisão de trabalho entre juiz e Júri pressupõe inteiramente a possibilidade de se separar esses dois tipos de questões”. T.L. No entanto, essa distinção é tão tradicional quanto problemática pois, num certo sentido, é difícil defender existir uma rígida separação entre direito e fato. Sobre a distinção, entre outros, ver TWINING, 2006a; THAYER, 1898, cap. 5; MORRIS, 1942, 1304: “A diferença entre os fatos de um caso e a norma que aplicável a ele é frequentemente assumida como sendo clara e simples. Estudantes iniciantes de direito são chamados a apresentar casos separando as questões de fato das questões de direito – seus professores agem como se a distinção fosse óbvia mesmo para os inexperientes. Cortes de apelação pedem aos advogados a confinarem seus argumentos orais aos fatos e deixar que a corte determine o direito, sem dar muito a pensar como a distinção é feita. Cada cliente supõe que sabe os fatos de seu caso, e que o advogado lhe suprirá apenas com as normas. Essa suposição é infundada e gera confusões. [...] A suposição de que direito e fato naturalmente se mantêm separados leva a atenção para longe do papel que o direito joga na seleção e descrição dos fatos, e que os fatos na determinação da adoção de regras e na limitação do escopo de sua aplicação”, T.L.; ISAACS, 1922, 11-12: “[...] é bom ter em mente a tremenda futilidade da grosseira classificação das questões como questões de direito e de fato. Pelo menos é necessário lembrar que a classificação não é fundada na natureza das coisas, mas sim numa série de acidentes históricos. Em outras

fatos do Júri. Numa versão otimista, as presunções e os demais expedientes foram pensados como mecanismos que facilitam a determinação dos fatos aos jurados, uma vez que a determinação dos fatos deverá ser realizada inclusive em cenários de escassas informações. Numa versão pessimista, a razão para a criação desses mecanismos reside na pouca confiança que os responsáveis por modelar as instituições jurídicas guardam com respeito à capacidade racional e intelectual dos integrantes do Júri²⁶⁶. Esses expedientes seriam uma forma de engessar ao máximo o resultado da formulação da premissa menor. Seja como for e independente da *ratio* subjacente à elaboração dos expedientes, fato é que a confusão causada pela ambiguidade terminológica das presunções, por sua banalização ante aos outros expedientes, não ajuda na concretização da versão otimista. A seguir, vou retomar a denúncia na qual ALLEN fundamenta a sua proposta eliminatória²⁶⁷.

4.1.1. As presunções e o ônus de produção

Dando cabo de sua proposta reducionista do conceito de presunção, ALLEN argumenta que o expediente de presunções produz os mesmos efeitos de distribuição do ônus já produzidos pela decisão proferida sob a rubrica de *judgment as a matter of law*²⁶⁸. Sucintamente, depois de o conjunto de informações já ter sido completado por atividade probatória de ambas as partes interessadas no desfecho do processo, abre-se a oportunidade para que elas façam as moções pedindo por uma decisão com base no que o artigo 50 da *Federal Rule of Civil Procedure* rege: a hipótese é de que a decisão seja proferida com base

palavras, se uma questão particular é para ser tratada como uma questão de direito ou como uma questão de fato não é, em si mesma, uma questão de fato, mas uma questão de direito altamente artificial”. T.L.

²⁶⁶ ALLEN; CALLEN, 2003: 4.

²⁶⁷ A denúncia de Allen encontra suporte nos escritos históricos de THAYER. Merece atenção THAYER, 1898: 296: “Vale lembrar que as inúmeras proposições que aparecem em nossos casos sob o nome de ‘presunções’ são consideravelmente heterogêneas e não-comparáveis em tipo, bastante aleatoriamente concebidas e expressadas para ser usadas e pensadas e por isso requerem muita concentração”. T.L. Não seria justo reduzir a proposta de ALLEN à mera repetição do dito por THAYER, uma vez que é de ALLEN o argumento segundo o qual a etiqueta “presunção” não apresenta conteúdo próprio devendo, por isso mesmo, ser abandonada.

²⁶⁸ O *judgment as a matter of law* está tratado no artigo 50 da *Federal Rule of Civil Procedure*, <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-vi-trials/rule-50-judgment-as-a-matter-of-law-in-a-jury-trial-related-motion-for-a-new-trial-conditional-ruling/>. Informações interessantes também podem ser encontradas na página de Cornell: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_50 (acesso em abril/2017).

na insuficiência de provas do adversário, isto é, em provas que supostamente não foram o bastante para sustentar a sua versão dos fatos²⁶⁹.

Nesses casos, a terminologia das presunções é somada ao discurso jurídico para dizer, sinonimicamente, que a presunção não foi derrotada; que o adversário da presunção não conseguiu afastá-la do seu caso e que, em consequência de seu insucesso, como o fato relevante (ou o fato básico, ou o fato presumido) permaneceu incontroverso por insuficiência de provas, há que esperar uma decisão desfavorável. Em se tratando de uma parte adversária à presunção “Se *P*, então deverá presumir-se *Q*”, ela não conseguiu produzir elementos de prova a confirmar que não-*q* os quais, ao exame do juiz, pudessem fazê-lo concluir que os jurados seriam capazes de lhe conferir o ganho de causa. É isso mesmo: a resposta acerca da satisfação do ônus de produção implica um exercício intelectual e hipotético do juiz, no qual o mesmo deve tentar se colocar no lugar dos jurados. Se o juiz acredita que os elementos de prova produzidos serão vistos por um Júri razoável (*reasonable jury*) como suficientes²⁷⁰ a corroborar a hipótese aventada pela parte, então se entende que a parte satisfaz seu ônus de produção (e tem uma presunção em seu favor); se, pelo contrário, o juiz entende que os elementos de prova produzidos não podem ser julgados como suficientes pelos jurados desde a corroborar a hipótese fática aventada, então o que se pode afirmar é que a parte não conseguiu desonerar-se do seu ônus, isto é, não derrotou a presunção²⁷¹. Logo, o ônus de

²⁶⁹ ALLEN; CALLEN: 2003, 16-17.

²⁷⁰ A reflexão sobre a suficiência das provas é abordada nas discussões relativas a *standards* de prova. *Standards* de prova mais exigentes tornam o desafio da suficiência das provas mais robusto quando comparados a *standards* de prova mais modestos. *Standards* mais exigentes costumam ser adotados em processos criminais, enquanto que *standards* mais modestos são integrados a processos civis. Mas, além disso, caberia pensar em distintos *standards* para distintas etapas processuais. Assim, a resposta sobre se o ônus de produção foi satisfeito no momento de inicial saneamento do processo pelo juiz de direito de sistemas de *common law* implicaria saber que *standard* de prova é aplicável a uma etapa inicial, anterior à decisão de mérito. Isso porque a pergunta que se faz no momento é sobre se um Júri razoável poderia considerar as provas trazidas como suficientes à decisão sobre os fatos que lhe cabe proferir, essa não é a decisão mesma sobre se as provas trazidas são suficientes à decisão sobre os fatos. Para mais sobre *standards* de prova ver ALLEN, 2013; PARDO, 2013, FERRER BELTRÁN, 2013A, FERRER BELTRÁN 2013B; TARUFFO, 2013, VÁZQUEZ, 2013; DEI VECCHI, 2015; LAUDAN, 2015, LAUDAN, 2009; LAUDAN, 2005; FERNÁNDEZ LOPEZ, 2007; BAYÓN, 2008; GASCÓN ABELLÁN, 2005, ACCATINO, 2011, entre outros.

²⁷¹ No original: “Rule 50: (a) Judgment as a Matter of Law: (1) In General. If a party has been fully heard on an issue during a jury trial and the court finds that a *reasonable jury* would not have a legally sufficient evidentiary

produção é satisfeito pela parte que produz provas suficientes a prospectivamente convencerem o Júri, a parte que produz provas que futuramente podem convencer o Júri se desonera o ônus de produção da prova, isto é, derrota a presunção. O ônus de produção é *função* do ônus de persuasão²⁷². Nas palavras de ALLEN:

O ônus de produção deve ser tido como satisfeito se prova suficiente foi produzida para indicar que há a necessidade de continuidade do litígio para a discussão da uma questão de fato relevante, isso ocorre quando pessoas razoáveis podem discordar sobre uma questão. (...) Se nenhuma pessoa razoável puder apresentar desacordo quanto à questão de que o autor ou o réu satisfizeram o ônus de persuasão relevante, então não há razão para contraditar o fato em questão ou prolongar qualquer procedimento judicial que já tenha ocorrido. (...) O teste para determinar se o ônus de produção foi satisfeito é se se responde, à luz das provas, que poderia haver desacordo razoável sobre que parte deveria ganhar. Se pudesse haver um desacordo como esse, o prosseguimento do processo é justificável. Se não, o juiz deve decidir sobre o caso da forma mais rápida possível²⁷³.

basis to find for the party on that issue, the court may: (A) resolve the issue against the party; and (B) grant a motion for judgment as a matter of law against the party on a claim or defense that, under the controlling law, can be maintained or defeated only with favourable finding on that issue”. (...).(grifei). Trad: “Art. 50: (a) Judgement as a matter of law. (1) Em geral: Se a parte já foi integralmente ouvida numa questão durante o processo e a corte encontra que um júri razoável não encontraria juridicamente suficientes as provas produzidas para corroborar a questão, a corte pode: (A) resolver a questão contra a parte; e (B) conceder moção para judgment as a matter of law contra a parte sob a alegação ou defesa que, sob a lei vigente, só pode ser mantida ou derrotada com um julgamento favorável daquela questão.

²⁷² Daí a afirmação de McNaughton de que o ônus de produção “é uma função do ônus de persuasão”. Ver McNAUGHTON, 1955:1385: “O ônus de produção é então uma função do ônus de persuasão de um júri razoável”. T.L Vale ressaltar que, entender o ônus de produção como função do ônus de persuasão é compatível com as novas tendências relativas a desenhos institucionais: a atividade probatória das partes regulamentada como ônus, mas também como dever. Há situações nas quais os responsáveis pelas linhas institucionais acham por bem regulamentar o que as partes trazem de informações sem lhes oferecer a liberdade conferida pelo ônus (como veremos no item 4.3.1, o ônus funciona como uma regra técnica em que o sujeito está livre a decidir à sua conveniência pela realização – ou não-realização – do comportamento em questão, inexistindo, portanto, uma sanção correspondente). O instituto norte-americano do *discovery* consiste precisamente em expediente processual que busca enriquecer o conjunto probatório estabelecendo deveres probatórios (em contraposição ao ônus).

²⁷³ ALLEN, 2014: 6. T.L.

Vale salientar que, muito embora a regra geral seja de que o ônus de produção e persuasão recaem sobre a mesma parte, há exceções. Nessas situações, o risco de não-persuasão é atribuído ao autor mas o peso de iniciativa da atividade probatória é distribuída ao réu. Significa que o autor da ação corre inicialmente com o ônus argumentativo de produzir uma narrativa plausível e, somente depois que o seu oponente tenha abandonado a inércia probatória e tenha produzido elemento de prova suficiente a fomentar controvérsia sobre os fatos é que ele, autor, deverá se ver com o ônus de persuadir sobre o contrário. Em termos de fases processuais, importa esclarecer que a suficiência da atividade probatória do réu para satisfazer o ônus de produção será avaliado pelo juiz (sob pena de que venha a sofrer extinção do processo por julgamento sumário). Já a atividade probatória do autor, nesses casos, em razão da inversão, reserva-se a ser produzida no correr do *jury trial*. ALLEN cita o exemplo do *Age Discrimination in Employment Act*, que dispõe que o ônus de produção de prova nos casos de demissão de um empregado e subsequente admissão de alguém mais novo corre a cargo do empregador; é ele quem deve demonstrar a existência de uma razão justificadora, seja da dispensa do empregado mais velho, seja da preferência pela contratação do mais novo²⁷⁴.

Como resultado, a única regra geral que distribui ônus argumentativo e de produção que apresenta um conteúdo real é a de que reza que eles recaem normalmente sobre o autor. A racionalidade dessa regra geral é de que a parte que requer a tutela jurisdicional ou a mudança do status quo deve demonstrar a justificação para a sua pretensão de tutela. No entanto, há exceções à regra de que esse ônus pesa sobre o autor. As cortes federais reconheceram que, por diversas razões, o ônus de produção deve ser distribuído sem considerar exclusivamente a posição formal das partes. Assim, para tornar os processos mais eficientes, o ônus de produção, em algumas classes de casos, pode ser redistribuído sobre outra parte se os meios para produzir provas estão sobre seu domínio. Outro exemplo de redistribuição judicial do ônus de produção é de que isso pode acontecer para facilitar o processo em casos complicados²⁷⁵.

Assim, reforça-se que, na linguagem das presunções, a parte que satisfaz o ônus derrotou a presunção e, por isso, não faz por merecer um julgamento desfavorável. Nessas

²⁷⁴ ALLEN; CALLEN, 2003: 9.

²⁷⁵ ALLEN, 1982: 896.T.L

hipóteses, dizer que a presunção se relaciona ao ônus de produção significa dizer que, uma vez derrotada, o processo segue à próxima fase, em que se espera que os componentes do Júri valorem livre e racionalmente os elementos de prova em favor de *q* e em favor de não-*q*. Ou seja, nessas hipóteses, a presunção desempenhou integralmente seu papel durante a primeira fase do processo, ainda diante do juiz: produzido elemento probatório que confirmou suficientemente não-*q* aos olhos do que o juiz projeta que seria o resultado da reflexão intelectual de jurados razoáveis, a presunção cessa de operar. A satisfação do ônus de produção pelo desfavorecido pela regra de presunção elimina a sombra de uma decisão por *judgement as a matter of law*.

Por outra parte, dizer que o adversário da presunção não a derrotou equivale a reconhecer que ele faz por merecer uma moção de *judgement as a matter of law*, dado que não satisfaz um primeiro passo para que o caso fosse conhecido pelo Júri. Nessas hipóteses, segundo Allen, a depender de quanto poder se confere aos juízes para comentar e instruir o júri sobre as provas produzidas, na prática, o efeito das presunções relativas e o *judgement as a matter of law* é o mesmo. O uso da terminologia das presunções só serviria à confusão.

4.1.2. As presunções e o ônus de persuasão

Por outro lado, também se fala em presunções que servem para distribuir o ônus de persuasão e, nessa hipótese, apresentam-se redundantes com a defesa afirmativa (*affirmative defense*). Assim, seria adequado afirmar que a defesa afirmativa nada mais é do que o estabelecimento de uma presunção contra o demandado cujo efeito se posterga até a fase de *jury trial*: a menos que ele apresente elementos de prova suficientes a convencer os jurados da ocorrência de determinados fatos selecionados como juridicamente relevantes, ele não conseguirá evitar a perda do processo²⁷⁶. Isto é, a defesa afirmativa serve a situações em que o que se pretende é fazer pesar sobre o demandado ou réu o risco da decisão desfavorável em cenários de insuficiência probatória. Assim, faz sentido dizer que quem apresenta a defesa afirmativa suficiente derrota a presunção que favorecia o autor, seu adversário na causa,

²⁷⁶ Há a distinção de defesa negativa (*negative defense*) e defesa afirmativa (*affirmative defense*). Enquanto a primeira consiste na negação da hipótese do adversário, a segunda reconhece a hipótese do adversário como parcialmente verdadeira, mas caracteriza-se por adicionar alegações e provas que fundamentem essas alegações de modo a neutralizar o pedido do autor. Sobre a distinção, ver EVE; ZUCKERMAN, 2013:152-175. Na tradição continental, trata-se da alegação e provas de fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

diante do júri. Vejamos como seria um processo com os dois possíveis desdobramentos; de presunção derrotada e de presunção não-derrotada; isto é, de defesa afirmativa suficiente e de defesa afirmativa insuficiente.

Um processo de defesa afirmativa suficiente apenas tem lugar depois de que o ônus de produção tenha sido satisfeito e que, via de consequência, não tenha havido espaço para um julgamento por questão de direito. Então, em uma primeira fase processual diante do juiz de direito, a parte interessada no andamento do processo conseguiu satisfazer o ônus de produção e, via de consequência, teve garantida a oportunidade de apresentar sua versão ao júri. No que se refere aos fatos, a confirmada ocorrência de p fez surgir a necessidade de apresentação de uma defesa afirmativa pelo demandado. Ele deverá provar que não- q ²⁷⁷ se quer evitar a perda da causa. Um caso, por exemplo, no qual se discuta a responsabilidade contratual do demandado, na modalidade de cobrança: ele assume o vínculo obrigacional afirmado pelo demandante, mas prova que já pagou pelo preço contratado pelo serviço. Ele confirma fato extintivo que joga por terra a hipótese fática sobre a qual a pretensão do demandante se firmava. Neste cenário, dizer que houve defesa afirmativa do demandado (suficiente) implica reconhecer que o mesmo conseguiu se desincumbir do ônus de persuasão. Se transportamos tal conteúdo à linguagem das presunções, significa afirmar que a presunção que beneficiava o demandante foi derrotada com sucesso pelo demandado. A defesa afirmativa é valorada pelo júri como suficiente a ilidir a presunção no caso individual, o que é o mesmo que dizer que a parte em questão apresentou atividade probatória suficiente a persuadir.

No que respeita a um cenário de defesa afirmativa insuficiente, é preciso ter em conta que ele inicialmente se desenvolve igual ao cenário com defesa afirmativa suficiente: ambos têm uma primeira fase em que a parte incumbida teve êxito em satisfazer o ônus de produção; ambos conseguem, portanto, evitar um julgamento por questão de direito; ambos, finalmente, chegam à fase de *jury trial*. A diferença reside aí: dizer que houve uma defesa afirmativa insuficiente é dizer que o demandado não logrou produzir elementos de prova que satisfizessem o grau de exigência imposto pelo *standard* de prova aplicável à confirmação de que fosse o caso de não- q (o autor num primeiro momento já produziu prova a respeito de p). O júri valorou os elementos de prova referentes à confirmação de não- q não lhes encontrando

²⁷⁷ “não- q ” não se confunde com prova negativa, senão que deve ser interpretada como prova que confirme proposições fáticas incompatíveis com a verdade de q .

robustos o suficiente para vencer a hipótese de ocorrência de p . Na linguagem das presunções, a presunção de p não foi derrotada pela atividade probatória destinada a confirmar não- q . Tanto é possível descrever-se tal cenário a partir da defesa afirmativa quanto das presunções. A etiqueta das presunções, de acordo com ALLEN, não serve a nada que não seja informar que a defesa afirmativa apresentada foi julgada insuficiente.

Desse modo, a denúncia de ALLEN é de que as presunções são isomorfas ao julgamento por questão de direito e às defesas afirmativas e servem a assegurar a produção de efeitos idênticos aos já oferecidos por eles com, entretanto, as desvantagens de que a compreensão presunções requeira a compreensão do funcionamento desses outros expedientes – enquanto que a compreensão desses outros expedientes dispensam a compreensão de como as presunções funcionam – bem como a circunstância de que produzem uma ambiguidade desnecessária no discurso dos operadores. Tal ambiguidade, por sua vez, fomenta cenários de incerteza quanto aos efeitos que delas se despreendem no que se refere à competência do juiz de direito e à competência do júri: quando se fala em defesa afirmativa e de julgamento por questão de direito, de acordo com ALLEN, imediatamente já vem à cabeça o dado de que elas pertencem à competência do júri e do juiz, respectivamente. Em cambio, quando se fala em presunções, não se afasta a necessidade de se determinar se se trata de uma presunção relacionada ao ônus de persuasão ou se relacionada ao ônus de produção. Há um caminho mais longo, neste caso, que serve a maiores confusões. Mais esquinas por dobrar, mais chances de se errar o caminho da decisão justificada.

4.1.3. As presunções e o perigo das instruções ao Júri

Essas tantas esquinas por onde se pode errar o caminho da decisão justificada são a razão de ser das “instruções ao júri”. Idealmente, as instruções seriam realizadas pelo juiz de modo a evitar possíveis confusões com respeito à operacionalidade das presunções; por meio delas o juiz esclarece, no caso concreto, em que medida a prova de um fato circunstancial contribui à atividade do júri de determinar a ocorrência dos fatos relevantes. Na teoria, portanto, o expediente serviria a otimizar a atividade de determinação dos fatos realizada pelo júri, aproximando ao máximo a proposição fática considerada verdadeira dentro do processo da realidade objetiva, pois o juiz dividiria com os jurados porque entende que, segundo as regras de experiência comuns a todos, certo fato deveria ser interpretado como suficiente à

confirmação do fato cuja ocorrência está sob discussão.

Qual o problema disso? O problema é que essas instruções acabam funcionando como um instrumento de intervenção do juiz no raciocínio inferencial realizado pelo júri. A terminologia das presunções seria empregada exatamente nesses casos nos quais o juiz descreve um fato como prova suficiente do outro que o júri precisa fixar a ocorrência. O juiz atribui inferencialmente um peso à prova de fatos; diz que da prova de um fato deve-se logicamente presumir a ocorrência do outro, dado que normalmente se presume a ocorrência do outro a partir do fato que tem diante de si. Dito de outro modo, essa instrução pode fazer com que os jurados sintam-se pressionados a obedecer à suposta presunção a qual foram recentemente apresentados.

O que é particularmente problemático sobre a instrução ao jurado a tomar a presunção como prova, ainda que a inferência subjacente seja válida, é que isso diminui o papel do júri. Pode ser que o júri alcance uma decisão não com base em suas considerações independentes sobre os fatos e inferências que conclua razoáveis, mas sim por deferência ao juízo legislativo ou judicial expressado na instrução de que se aplica uma presunção que serve a determinar o fato²⁷⁸.

Em suma, o emprego da terminologia das presunções quando relacionado a instruções, de acordo com ALLEN, representa o risco de que o juiz não se limite a esclarecer aos jurados o significado que certos fatos podem apresentar. As instruções sobre a existência de supostas presunções – isto significando relações entre categorias de fatos as quais supostamente seriam mercedoras de relevância jurídico-probatória serviriam, pois, a que o juiz surrupiasse a competência de determinar fatos conferida à instituição do júri para si próprio, em razão da deferência institucional com a qual os jurados estariam condicionados a receber estas instruções por parte do juiz²⁷⁹.

²⁷⁸ ALLEN, 1981: 857. T.L.

²⁷⁹ TARUFFO, 2008: 121-122: “Considera-se que o juiz tem o poder e o dever de prover instrução ao jurado, indicando as normas jurídicas e os critérios de valoração aplicáveis ao caso, como momento inevitável em função da natureza laica do órgão. Não se pensa, com efeito, que a instrução seja, em si mesma, lesiva à independência do jurado, ainda que seja óbvio que com esse instrumento o juiz possa condicionar seu juízo de maneira decisiva; importa mais a maneira como o juiz exerce essa função, que será censurável se induz o jurado a uma decisão claramente errônea ou lesiva aos direitos de uma parte. [...] Trata-se, sobretudo no *comment*, da exposição da opinião do juiz com respeito à credibilidade e à eficácia das provas assumidas no curso do *trial*,

Por exemplo: como vimos, a presunção que se relaciona ao ônus de produção tem seus efeitos findos ainda diante do juiz de direito. Nessas situações, caberia ao juiz examinar as provas buscando responder prospectivamente a pergunta sobre se as mesmas seriam suficientes para convencer o júri. Se os jurados conhecessem aquelas provas, seriam eles capazes de dar ganho de causa à parte sobre a qual eles recaíam? Pois bem, as instruções poderiam servir à finalidade de enviesar a valoração dos elementos de prova por parte do júri. Elementos que deveriam ser examinados livre e racionalmente são recebidos pelos jurados com uma instrução que informa como o juiz decidiria sobre os fatos caso a ele coubesse a valoração daquelas provas.

Uma presunção “Se P , então Q será presumido” (que se relacione a ônus de produção) teria a sua função desempenhada diante do juiz, quem, examinaria os elementos de prova sobre os fatos relevantes e, considerando prospectivamente que os jurados poderiam dar ganho de causa ao adversário da presunção, chegando a conclusão de que o caso mereceria ser conhecido pelo júri. Tomada essa decisão, o júri analisaria as provas de q e não- q e chegaria a conclusão com base nas inferências probatórias que ele soberanamente formula. Segundo a denúncia de ALLEN, as instruções serviriam implicitamente a estimular deferência do júri às inferências probatórias do juiz. Eliminar a etiqueta das presunções serviria a eliminar abertura a esse risco²⁸⁰. Para ALLEN, há desvantagens de sobra na manutenção de um tanto mais importante quando seja realizado depois de que os advogados das partes tenham realizado as suas argumentações finais. O problema é, ademais, controvertido porque, apesar de se tratar de um instrumento útil para dirigir o jurado à formulação de um juízo racional e concreto eliminando reações emotivas e preconceitos, permite ao juiz impor aos jurados sua opinião sobre os fatos e sobre as provas, invadindo o campo institucionalmente reservado ao jurado e colocando em perigo a autonomia do juízo dele”. T.L.

²⁸⁰ O emprego das presunções como forma de o juiz influenciar a determinação dos fatos pelos jurados reflete desconfiança quanto a sua capacidade cognitiva. DAMASKA escreve sobre a desconfiança quanto aos jurados e a justificação de expedientes que delimitem ao máximo a sua atividade intelectual. Ele descreve o ponto de vista segundo o qual os jurados merecem ter sua atividade intelectual controlada. Ver DAMASKA, 1997: 28: “O direito deve prover corretivos para a propensão das pessoas leigas de valorar incorretamente certos tipos de informação ou de raciocinar de forma imprópria. Ainda que esse argumento seja primariamente empregado na justificação de regras de exclusão (*exclusionary rules*), ele também se aplica a instruções probatórias e a uma variedade de outras práticas dos *fact-finders*”. T.L. Depois de descrever o argumento da suposta incompetência racional do júri, DAMASKA apresenta a sua crítica. Para o autor, a justificação das regras de exclusão e demais expedientes probatórios com base numa suposta irracionalidade dos juízes leigos é insuficiente, pois “está por se provar que as classes de informações escludidas apresenta um maior potencial deletério diante de leigos do que de juízes

conceito vazio como o da presunção é.

Assim, em função dos desdobramentos negativos produzidos pelo emprego da terminologia, ALLEN argumenta no sentido de que não é certa a compreensão de que exista *equivalência*²⁸¹ entre as presunções e os demais expedientes; dado que não há reciprocidade, simetria ou transitividade entre as presunções e a defesa afirmativa; entre as presunções e o julgamento por questão de direito²⁸², pois, a despeito de que a terminologia das presunções seja aplicada nas mesmas situações, isso produz um cenário de confusão quanto aos efeitos que podem ser esperados. Por isso mesmo, a compreensão do sistema de expedientes jurídicos a partir das presunções é *metodologicamente desvantajosa*, sempre dependente da explicação já oferecida por outras categorias²⁸³. Inexistindo relação de reciprocidade, paridade conceitual entre os demais expedientes de determinação dos fatos e as presunções, o trânsito não é de “mão dupla”; a presunção precisa mais dos outros expedientes do que eles precisam dela.

Cada um dos usos da palavra presunção se encaixa numa dessas categorias, e essas categorias existem a despeito do uso da palavra presunção. Não há

profissionais. DAMASKA, 1997: 30: “Ambos os *factfinders*, leigos ou profissionais, são igualmente sujeitos a errar quando expostos a informações específicas, a sua rejeição se deve a dificuldades cognitivas mais amplas do que as que afligem apenas as mentes leigas. Se uma regra de exclusão é justificada por uma suposta limitação cognitiva do júri, uma corroboração plausível precisa ser feita de modo a prestar suporte à crença de que um juiz singular atuando no lugar de um grupo de juízes leigos apresentaria uma melhor performance valorando a informação rejeitada”. T.L.

²⁸¹ Sobre relações de equivalência, ver MOSTERÍN, 1987: 15: “Uma relação de equivalência é uma relação reflexiva, simétrica e transitiva”. T.L.

²⁸² Em artigos de 1982 e de 2014, ALLEN desenvolve com mais especificidades a tese de que a etiqueta das presunções é empregada para os mais diversos efeitos que se quer produzir pelos vários expedientes probatórios. À redundância das presunções com a defesa afirmativa e com o julgamento por questão de direito, ALLEN inclui algumas outras redundâncias: um sistema de expedientes para a determinação dos fatos é composto por regras de julgamento (*rules of decision*), de critérios que distribuem o ônus de alegar, de produzir prova e de persuadir, e regras que buscam regular o peso atribuído aos elementos de prova referentes aos fatos relevantes. As presunções não oferecem nada além do já disponível pela aplicação desses expedientes.

²⁸³ ALLEN, 1981: 844: “[as] presunções não existem independentemente de outros expedientes de determinação dos fatos e procedimentos que levam outros nomes”. [...]“A tese central desse artigo é de que não existe essa coisa chamada presunção...”; ALLEN, 2014: 14: “Não existe essa coisa chamada presunção”. T.L.

qualquer sentido independente de “presunção”²⁸⁴. [...] A confusão completamente desnecessária sobre “presunções” deve-se ao uso do termo para realizar todas essas diferentes coisas, o que, então, produz ambiguidade quanto ao sentido do termo.

A crítica afiada formulada por ALLEN serve a iluminar redundâncias conceituais que a presunção oferece àquele sistema jurídico. O valor desse tipo de empreitada está no fato de que sinaliza os focos de ambiguidade terminológica que dificultam uma prática jurídica não confusa por parte dos operadores do direito. Para ALLEN, cada vez que se emprega presunção, em realidade não se quer fazer referência a um efeito que apenas ela possa oferecer; aquele que emprega a etiqueta vazia das presunções dá voltas desnecessárias para a explicação de alguma situação. Essas situações, segundo ALLEN, podem ser apresentadas com maior clareza caso os profissionais do direito empreguem os conceitos que diretamente estão envolvidos. Ele se refere ao ônus da prova, em sua modalidade de produção e persuasão. Neste ponto, gostaria de dividir com o leitor uma inquietação quanto à proposta eliminatória. ALLEN propõe eliminar a etiqueta das presunções, mas, não faz críticas ao emprego de etiquetas como defesa afirmativa e julgamento por questão de direito. Mesmo diante do fato de que falar em defesa afirmativa nada mais seja do que falar de ônus de persuasão, mesmo que falar de julgamento por questão de direito nada mais seja do que falar de ônus de produção. ALLEN empreende esforços para deixar claro ao leitor os efeitos pretendidos por tais institutos jurídicos. Ora, mas se os efeitos são os mesmos, por que não defender também, por coerência argumentativa, a eliminação das etiquetas da defesa afirmativa e do julgamento por questão de direito? Por que não tratar, diretamente – como ele argumenta que será melhor no caso das presunções –, de decisão por insatisfação do ônus de persuasão e decisão por insatisfação do ônus de produção, respectivamente? A meu ver, a navalha que deveria cortar as presunções por representarem meras etiquetas vazias, também deveria servir a cortar as etiquetas de defesa afirmativa e julgamento por questão de direito, substituindo-as pelas etiquetas que diretamente expressam os efeitos por elas pretendidos.

De todo modo e, ainda que não concorde com a estratégia eliminatória, é inegável os ganhos trazidos pela metodologia aplicada por ALLEN. Seu esforço analítico com ênfase na distinção de efeitos que devem ser pretendidos de modo a garantir a autonomia e razão de ser de cada conceito é passo que será bastante útil para a proposta de redefinição de que aqui se

²⁸⁴ ALLEN, 2014: 15.T.L.

cuida. A esse método é que se deve a relevância de ALLEN para a presente proposta de redefinição conceitual.

4.2. As presunções para além de sua eliminação

Nos pontos anteriores, ocupei-me de apresentar a proposta de completa eliminação da presunção do esquema conceitual referente à determinação dos fatos no sistema jurídico norte-americano, elaborada por ALLEN. Como vimos, o autor justifica a eliminação não apenas no fato de que as presunções são desprovidas de qualquer efeito jurídico que se deva exclusivamente a elas, mas também porque quando aplicadas, chegam a produzir consequências indesejáveis em função da ambiguidade de que padecem.

Pois bem, a ideia que será defendida aqui é de que algo muito semelhante ocorre com o conceito de presunção nos sistemas jurídicos de tradição continental. Também entre nós, no mais das vezes, do ponto de vista prático seu emprego é desnecessário e, do ponto de vista lógico pode chegar a produzir resultados indesejados. As situações de redundância se dão, respectivamente, entre: (i) as presunções relativas e o ônus da prova, (ii) as presunções absolutas e as ficções jurídicas e (iii) as presunções judiciais e as inferências probatórias.

Nos itens seguintes, prosseguirei à apresentação de cada uma das redundâncias, seguindo o exemplo metodológico de ALLEN. Contudo, à diferença do professor norte-americano, creio que há sim razões nas quais podemos nos ancorar rumo à defesa da preservação das presunções no esquema conceitual jurídico relativo à determinação dos fatos. Na sequência, após demonstrar, com ALLEN, a inutilidade das presunções quanto aos efeitos que produzem no atual estado de coisas, procurarei convencê-los de que ainda vale a pena “presumir” no contexto jurídico; desde que reconheçamos que o termo merece uma redefinição. Uma redefinição, vale adiantar, que deve considerar os propósitos epistêmicos que atribuímos ao direito como método de resolução de conflitos e, mais especificamente, à ferramenta de instauração de um processo judicial.

4.3. Os expedientes de determinação dos fatos na experiência continental

4.3.1. Ônus da prova e presunção

As teorizações tradicionais sobre o ônus da prova costumam apresentá-lo como uma ferramenta processual que desempenha duas funções: uma para o juiz, outra para as partes. Isso porque, o estabelecimento de regras que determinem a qual das partes incumbe a prova de qual fato foi a forma encontrada pelos sistemas jurídicos para oferecer tratamento ao problema da incerteza sobre os fatos. Trata-se de distribuir entre as partes o peso do risco da insuficiência de prova dos fatos relevantes em momento anterior ao momento da decisão. Na tradição continental, cabe ao legislador predeterminar a parte que será favorecida pela dúvida quanto a certos fatos na hipótese em que as provas sejam insuficientes²⁸⁵.

O sistema jurídico brasileiro, no artigo 373 do Código de Processo Civil, por exemplo, estabelece que é do autor o ônus da prova de fatos constitutivos²⁸⁶ do direito alegado, enquanto que de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos incumbem ao réu. Significa dizer que na eventualidade de que o juiz conclua que não há provas suficientes do fato constitutivo, é o autor quem perderá o processo; por outro lado, caso o juiz conclua que é de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito que faltam provas convincentes, será o réu quem acabará por sofrer a perda da causa.

Daí é que os juristas afirmam que, de uma só vez, o legislador estabelece (i) uma regra de julgamento para o juiz, de maneira a remediar os possíveis (embora não desejáveis) cenários de incerteza fática e (ii) uma distribuição da atividade probatória às partes processuais. Ressaltam os juristas que, do ponto de vista da parte interessada em ganhar o processo, a melhor estratégia está na produção de elementos de prova que possam contribuir para a convencer o juiz de que a sua hipótese é a que se corresponde à realidade. Isso faz com

²⁸⁵ A forma como os sistemas jurídicos tradicionalmente prestam tratamento à dúvida quanto aos fatos é determinando que ela deve favorecer apenas a uma das partes em detrimento da outra. No entanto, como ressalta Luis Duarte D'Almeida, seria perfeitamente possível que os sistemas jurídicos tivessem optado por atribuir à incerteza fática um resultado que não fosse exclusivamente favorável a qualquer das partes, representando, pois, uma *decisão intermediária*; nem C , nem $\neg C$. D'ALMEIDA Tese de doutorado, cap. 5, D'ALMEIDA, 133-134: “É, de fato, perfeitamente possível para o direito simultaneamente determinar que, se P é provado, então: (i) se $\neg D$ é provado, o juiz deve decidir que C , (ii) se D é provado, o juiz deve decidir que $\neg C$, e (iii) se D é incerto (isto é, nem D nem $\neg D$ é provado), então o juiz deve decidir que F . [...] Em (...) o juiz não é chamado a ‘supor’, ‘assumir’ ou ‘presumir’ nada”. T.L.

²⁸⁶ CHIOVENDA, G. 1969, v.1, p. 7: “Aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”. T.L.

que, apesar de que estejam permitidas a permanecer inertes, as partes se engajem na atividade probatória referente aos fatos que lhes interessam que o juiz se convença de suas ocorrências²⁸⁷. Sobre isso, consagraram-se as lições de JAMES GOLDSCHMIDT, quem, no âmbito da doutrina processual, explicou que o ônus representa a *necessidade de previnir*, mediante a realização de um ato processual, um prejuízo e, até mesmo em último caso, o advento de uma sentença desfavorável²⁸⁸.

Assim, esclarece-se que o aspecto do ônus que organiza entre as partes a atividade probatória, portanto, ocorre *em função* do seu aspecto de regra de julgamento; a prévia informação sobre o que funcionará como critério de decisão do juiz na hipótese de que as provas sejam insuficientes funciona como guia para as partes que queiram evitar um desfecho desfavorável por falta/insuficiência de provas. Para as partes, a forma mais eficiente de tentar evitar um desfecho desfavorável é assumir a produção de provas capazes de convencer o juiz de suas respectivas hipóteses fáticas. Dito de outro modo, um cenário de suficiência

²⁸⁷ Entre as teorias que foram desenvolvidas para prover tratamento ao ônus da prova, foi forte o debate sobre se o ônus mais se aproximava de uma situação jurídica ativa ou de uma situação jurídica passiva. CARNELUTTI, 1955, 2005, por exemplo, defendeu que se tratava de um *dever* em sentido amplo: “Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, porém, divergem quanto ao elemento substancial, porque quando medeia obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio e quando há ônus, para a tutela de um interesse próprio”. T.L. Essa aproximação com as situações jurídicas passivas explica a afirmação em Carnelutti (1944: 81), de que a inobservância do ônus “acarreta uma sanção em sentido lato”, isto é, uma consequência negativa a ser experimentada pelo sujeito. Ele foi acompanhado por LIEBMAN (1992: 342) que usava “sanção” (entre aspas) para rederir-se à consequência da ausência de adimplemento pela parte. Já MICHELI, 1942: 96, proveu razões para encaixá-lo entre as situações jurídicas ativas, um *poder* cujo exercício é necessário se o titular quer alcançar um determinado efeito. Ainda que esteja de acordo com a construção de MICHELI, a análise das semelhanças entre certo tipo de presunção e o ônus prescinde de uma revisão da discussão sobre a natureza jurídica do ônus. Finalmente, sobre tal debate, GAVAZZI (1970) também merece ser lembrado. É dele o *insight* de que o estabelecimento de um ônus serve a combinar interesses públicos e privados; mediante a sua desincumbência garante-se o que convêm ao particular e ao Estado. Aliás, a contribuição de Gavazzi foi tema de TARUFFO, 2012. Nos trabalhos contemporâneos, a discussão foi recuperada por RAMOS, 2015. Feito esse longo parêntese, esclareço que, a despeito do debate sobre se se trata de situação passiva ou ativa, se mais próximo as obrigações ou aos poderes, esclareço que me ateei à sua dupla função, isto é, à regra de julgamento e à função de previamente organizar a atividade probatória das partes. A função organizativa da atividade das partes depende do que tenha determinado o ônus enquanto regra de julgamento.

²⁸⁸ GOLDSCHMIDT, J. 2006 (1874), p. 73: “A consequência do descuido da parte é o agravamento da sua situação processual, quer dizer, o início ou aumento da perspectiva de uma sentença desfavorável”. T.L.

probatória elimina um cenário de decisão por aplicação da regra de ônus da prova. O problema do ônus só aparece num cenário deficitário no que se refere às provas. Em razão do princípio de comunhão das provas, contanto que haja suficiência das provas, pouco importa quem as tenha produzido. A preocupação quanto a quem estava onerado à produção de determinada prova só importa num contexto de carência ou insuficiência da informações que produza impasse quanto aos fatos ao julgador: só se busca o responsável pela permanência de dúvidas relativas aos fatos quando, por óbvio, essas dúvidas permanecem²⁸⁹.

Pois bem, se recuperamos a explicação tradicionalmente oferecida às presunções relativas, daremo-nos diante da necessidade de reconhecer que a função a ela asignada é a de precisamente distribuir o ônus da prova em situações específicas; seja repetindo a regra geral (de acordo com a qual ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito)²⁹⁰; ou, as vezes, invertendo-a em hipóteses nas quais circunstâncias específicas fazem mais justa a imposição do ônus ao polo passivo da ação (imagine-se a hipótese na qual está sob domínio do réu a prova de fato constitutivo do direito do autor)²⁹¹. Interessa-nos o exame de alguns

²⁸⁹ Entre processualistas brasileiros, essa ideia está plasmada em DIDIER JR., F; BRAGA, P.S; OLIVEIRA, R., 2008, 74: “Na realidade, ao julgador é suficiente que verifique se o resultado da instrução foi completo ou não. Se completo, irrelevante é quem foi o responsável pela produção da prova. O magistrado não deve se ater ao aspecto subjetivo do ônus probatório, não importando quem foi o responsável pela produção da prova – se o titular do ônus de produzi-la ou, eventualmente, a contraparte. Uma vez trazida a prova ao feito ela se desgarra daquela que a produziu, passando a fazer parte do processo – é o que dispõe o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas. Mas, se incompleto (o resultado da instrução), deverá ater-se ao caráter objetivo do ônus probatório, investigando qual das partes foi responsável por sua incompletude, para que suporte os prejuízos da inexatidão que permaneceu nos autos”. T.L. Sobre a função de regra de julgamento da regra de ônus da prova, afirma BARBOSA MOREIRA, 1989:160: “É uma saída de que não há como prescindir, mas cuja utilização costuma deixar certo ressaio amargo na mente do juiz consciencioso”. T.L. O argumento segundo o qual o ônus da prova só é um problema em cenários de insuficiência de provas também é trazido por Allen: o expediente de *discovery* (através do qual o juiz estabelece deveres processuais às partes, em contraposição a ônus processuais) vem cumprir a função de enriquecer ao máximo o conjunto de informações. Ele afirma em ALLEN, 2014: “A única situação na qual a distribuição do ônus de produção deve fazer diferença significativa é quando simplesmente não existem boas provas da questão sobre a qual se está litigando. Se nenhuma das partes têm acesso a boas provas, quem quer que tenha o ônus [de produção] da prova irá perder”. T.L.

²⁹⁰ “ei incumbit probatio qui dicit non qui negat”, regra geral de ônus da prova, já presente no direito romano: a prova incumbe a quem afirma, não a quem nega.

²⁹¹ A inversão de que aqui falo refere-se à modificação à regra geral de acordo com a qual a prova incumbe a quem afirma. Há situações nas quais os responsáveis pelo desenho dos sistemas jurídicos resolvem por distribuir

bons exemplos:

(a) A presunção de boa-fé na contexto processual. No sistema jurídico brasileiro vige a regra segundo a qual é punível a litigância de má-fé que, por sua vez, é cometida pela parte que faz uso de ardis para alcançar objetivos que o direito não visa proteger. Por exemplo, usar os recursos de forma protelatória simplesmente para atrasar a decisão final; ou buscar eliminar elementos de juízo que possam contribuir para uma decisão que lhe seja desfavorável. Para evitar cursos de ação como esses, o legislador brasileiro estabeleceu regra proibitiva, mas o fez mediante a etiqueta da presunção: *a boa-fé se presume e a má-fé se prova*. Logo, aquele que afirma que o adversário age com o dolo de produzir um prejuízo, corre com o ônus de provar.

Litigância de má-fé. Não configuração. A litigância de má-fé traduz desvio inaceitável, com uso de ardis e meios artificiosos para conseguir objetivos não defensáveis legalmente. Também pressupõe intenção do litigante de causar prejuízos à parte adversa, exigindo prova robusta do dolo. Considerando que a boa-fé se presume, a má-fé exige prova cabal, sendo certo que, na inexistência desta última, não há que se falar em aplicação de multa por litigância de má-fé²⁹².

Estabelecer a presunção de boa-fé é o mesmo que se estabelecer que aquele que afirma a má-fé do adversário corre com o ônus da prova. Não há qualquer efeito conseguido através da presunção de boa fé que não possa ser perfeitamente atingido por regra que diretamente cuide de distribuir o ônus da prova entre as partes sem que, para isso, mencione a etiqueta das presunções.

(b) Igual se dá na hipótese de presunção de boa-fé do terceiro adquirente de imóvel de devedor, sem que a penhora haja sido regularmente averbada no Registro de Imóveis. Não há dúvidas de que o devedor que sofre demanda de cobrança (e potencial execução) está

o ônus invertendo essa regra geral por meio de presunções legais. Isso, no entanto, não deve ser confundido com as situações nas quais o juiz resolve, ele mesmo, inverter o ônus da prova. Trata-se do fenômeno identificado por “ônus dinâmico da prova”. Significam a permissão a que o juiz modifique a distribuição do ônus estabelecida por norma quando verifique que ela impõe a uma das partes uma prova diabólica (isto é, de impossível produção). A difusão dessa concepção dinâmica de ônus da prova ganhou difusão a partir dos escritos de PEYRANO, J.W: 2008.

²⁹² Tribunal Regional do Trabalho. 2016. Decisão de Recurso Ordinário n. 00103983720155010451 (TRT-1) – RJ.

proibido de se desfazer ou onerar seus bens, sob pena de cometer fraude contra credores. O legislador brasileiro entende que ele coloca em risco o cumprimento das obrigações que ele já assumiu, pois pode ser que seu patrimônio, com subsequentes vendas realizadas, torne-se insuficiente para o adimplemento das dívidas assumidas (artigo 593, II, CPC). No entanto, na hipótese de que ele, mesmo assim, venha a realizar uma venda, aquele que com ele realiza o negócio jurídico – chamado de terceiro adquirente – conta com a presunção de boa-fé se inexistente registro da penhora no Registro de Imóveis. Significa que os arquitetos do sistema jurídico entenderam que, do interessado em comprar um bem é exigível somente a conduta de que vá ao Registro de Imóveis e averigüe a existência de gravames ou outras circunstâncias que inviabilizem o negócio, mas dele não se espera que procure por todos os lugares, fontes indefinidas, irregularidades que possam eivar o bem no qual está interessado.

1. A Jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se [...] no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal.

2. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção jure et de jure.

3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança.

4. No caso alienação de imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, §4o, do CPC, desde a redação da Lei n. 8953/1994), apenas a inscrição de penhora ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade.

5. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contrariantes agiram em consilium fraudis. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado.

6. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto²⁹³.

²⁹³ STJ 2006. Decisão de REsp n. 811.898-CE.

O mesmo efeito pode ser alcançado dispondo que aquele que alega que o terceiro adquirente agiu de má-fé é que corre com o ônus de provar, pois tinha conhecimento da dívida a qual o bem deveria responder. O uso sinonímico entre presunção e ônus da prova pode ser comprovado pelo exame da terminologia empregada na súmula de número 375 e uma decisão subsequente. De acordo com a súmula, “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”; de acordo com uma decisão subsequente à súmula. Negando provimento ao recurso interposto pelo autor da ação de fraude à execução (credor que queria anular a venda à terceiro), decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em 2016:

O entendimento das instâncias ordinárias está alinhado com a jurisprudência desta Corte de Justiça da não comprovação dos requisitos de fraude à execução, que levou em conta a presunção de boa-fé dos devedores, até porque a penhora só foi registrada 8 anos após a aquisição do imóvel²⁹⁴.

(c) Agora examinemos um caso de presunção de veracidade e legalidade dos atos administrativos. Em 2015, a Justiça estadual do Rio de Janeiro julgou um recurso interposto pelo Detran à decisão que acolheu, em primeira instância, o pedido de declaração de nulidade do ato administrativo que lhe suspendia o direito de conduzir automóveis por doze meses. A suspensão administrativa deveu-se à sua recusa em realizar o teste do bafômetro na operação “lei seca”. A argumentação acolhida pela decisão de primeira instância era de que a então condutora não poderia ser penalizada por se negar a produzir prova contra si mesma. Esse argumento, no entanto, foi refutado em segunda instância porque se entendeu que prevalecia a presunção de veracidade e legalidade dos atos administrativos.

Entendo que o Recurso Inominado merece ser provido, impondo-se a reforma da sentença monocrática para julgar improcedente os pedidos. Com efeito, nada há nos autos a elidir a presunção de veracidade e legalidade de que gozam os atos administrativos, não se prestando a suposta incompletude do auto de infração aqui questionado – por não descrever nomeadamente os sinais de embriaguez da parte autora quando parada na Operação Lei Seca – a essa finalidade. Deveria a parte autora, firme em sua pretensão, ter produzido prova robusta do direito alegado, assim atentando ao ônus que lhe é imposto pelo artigo 333, II do Código de Processo Civil, mas, como se vê, não o fez. Ao contrário, verifico que a parte ré atuou em estrita observância

²⁹⁴ STJ 2016. Decisão de Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1439769-RJ.

da legalidade, pois, diante da recusa da parte autora em submeter-se ao teste de bafômetro quando parada na Operação, fez incidir a regra positivada expressamente no parágrafo 3. do artido 277 do Código de Trânsito Brasileiro²⁹⁵, que nada tem de inconstitucional. Aliás, nesse aspecto, não socorre à recusa injustificada da parte autora em submeter-se ao teste do bafômetro o direito constitucional de não autoincriminação, tal como positivado no artigo 5o da Lei Maior, a uma porque a norma refere-se à norma criminal e não administrativa (sendo incidente, pos, para aqui impedir a persecução criminal da conduta praticada pelo autor; já que dirigir alcoolizado é tipo penal consagrado no artigo 306 do CTB) e, a duas, porque o exercício desse direito, tal como o exercício de todo e qualquer direito, ainda que de índole constitucional, deve ser dentro dos limites da boa-fé e da eticidade que norteiam as relações sociais, não se prestando a norma constitucional a salvaguardar da atuação estatal legítima, em prejuízo da segurança viária coletiva, aquele que injustificadamente – e assim, abusivamente – se recusa a observar o padrão de comportamento de todos exigível (...)²⁹⁶.

Afirmar a existência de uma presunção de veracidade e legalidade dos atos administrativos cumpre exatamente o mesmo papel de se afirmar que aquele que disse em juízo ter sido vítima de ilegalidade corre com o ônus de produção de material probatório que confirme o alegado. A etiqueta da presunção foi adicionada à situação que seria perfeitamente solucionada através da categoria do ônus da prova.

Olhando para cada um dos exemplos aqui analisados, detecta-se algo comum a todos: a “presunção” de boa fé-processual, a “presunção” de boa-fé do terceiro adquirente e a “presunção” de veracidade e legalidade dos atos administrativos carecem de um fundamento empírico que justifique tomar o fato desconhecido por verdadeiro. A regra que ordena que se tome por verdadeira a hipótese de que as partes litigam de boa-fé não tem a sua razão de ser

²⁹⁵ “Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (...) § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo”.

²⁹⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2015. Decisão de Recurso Inominado, processo 0246972-51.2014.8.19.0001. (Grifei)

numa regularidade empírica de acordo com a qual a grande maioria dos litigantes comporta-se processualmente com as melhores intenções; mais bem a regra busca fomentar um ambiente de confiança e, em algum sentido, contribuir para a maior rapidez no andamento do processo. Tampouco a hipótese de boa-fé do terceiro adquirente tem como preocupação primordial refletir certa regularidade empírica presente no mundo, de acordo com a qual, supostamente a maior parte dos terceiros agem com boas intenções ao comprar imóveis passíveis de iminente execução. O que move o legislador é fomentar certa dinamicidade nas relações contratuais; sem que a cada negócio a se realizar tenha de ser precedido por uma fase na qual os potenciais contratantes devam provar que agem de boa-fé; trata-se de fomentar um ambiente de confiança e dinamicidade das relações sociais, e não de se refletir algo que já se sabe existir no mundo. Por último, a regra que ordena tomar por verdadeira a hipótese de legalidade dos atos administrativos bem como a veracidade do que seja alegado pelos funcionários públicos também não se funda numa regularidade empírica segundo a qual na considerável maioria das vezes os atos sejam legais e os funcionários falam a verdade; o que a regra expressa é a vontade de se sedimentar uma rotina institucional. Útil, para isso, é estabelecer que é interesse de quem afirma o contrário a produção de suporte probatório. Do contrário, a ideia de continuidade, estabilidade, segurança das relações entre Administração e particulares seria posta em risco. Em suma, mais do que buscarem refletir uma regularidade empírica, essas regras pretendem fomentar um ambiente de rotina institucional que seja simultaneamente dinâmica e estável. As considerações que subjazem a essas regras são de caráter valorativo, e não inducto-probabilístico.

Assim, em situações como as tratadas por essas regras, é conveniente o abandono da terminologia das presunções, pois há que se reconhecer que eliminar a manutenção de ambiguidades terminológicas contribui para evitar confusões desnecessárias. Se o que se quer nestas hipóteses é a mera distribuição do ônus da prova, entendo que o melhor seria que a distribuição da atividade probatória fosse diretamente implementada. Não há porque se complexificar o cenário do emprego das estratégias voltadas à determinação dos fatos mais do que o necessário: se para os efeitos pretendidos basta o emprego do ônus da prova, não há razão para que se insista no emprego da terminologia das presunções; pois com ela arrasta-se à reboque referências a diversos outros efeitos que também são relacionados com a mesma terminologia. A terminologia das presunções pode e deve ser reservada a situações de efeitos

que exclusivamente se devam à sua aplicação e de mais nenhum expediente de determinação dos fatos.

4.3.2. Ficção Jurídica e presunção

Ao lado do ônus da prova, diverso conceito que também localiza-se no cenário de determinação dos fatos e que, como veremos, é empregado de forma redundante às presunções é o de ficção jurídica. Sobre o assunto, é clássico o tratamento teórico conferido por FULLER²⁹⁷. Segundo o autor, há ficção quando se afirma como verdadeira uma proposição fática sabidamente falsa em função da utilidade dessa falsidade. A utilidade está na atribuição de idênticas consequências jurídicas a duas situações distintas, conferindo a uma os mesmos efeitos originalmente pertencentes à outra. Trata-se um fato como se fosse outro. O primeiro elemento da ficção, portanto, consiste na atribuição de efeitos iguais a uma proposição falsa, como se verdadeira fosse. Sobre a noção de falsidade, FULLER destaca:

Nenhuma afirmação é uma expressão inteiramente adequada da realidade, mas nós reservamos a etiqueta “falsa” para aquelas afirmações que envolvem uma inadequação surpreendente ou inusual²⁹⁸.

A produção de adequação entre a proposição falsa e a verdadeira é realizada em função de certa utilidade antevista pelo agente formulador. Há a consciência do sujeito quanto à falsidade. Ela é usada em função de sua utilidade para a concretização de um determinado resultado desejado. Afirma-se a falsidade de maneira proposital. Não obstante a maneira proposital com a qual a proposição falsa é utilizada, não há que se falar em mentira, pois a produção do resultado desejado não pretende ser alcançada às custas do engano do destinatário de tal proposição. A falsidade nunca é escamoteada ou escondida. Assim, FULLER afasta a ficção da mentira e do raciocínio errôneo: não há que se falar em ficção quando o agente pretende enganar; tampouco quando o agente pretende valor de verdade à proposição falsa em razão de ter efetuado um *bad reasoning*.

²⁹⁷ FULLER, 1930: 363-399; FULLER, 2003: 57-102, original de 1967, traduzido para o castellano por FERRER BELTRÁN.

²⁹⁸ FULLER, 1930: 370. T.L.

*Independente da dificuldade em se traçar uma linha, a ficção (se se pretende que a palavra retenha alguma utilidade) não é uma declaração verdadeira, nem uma mentira, nem uma conclusão errônea*²⁹⁹.

(...)

*Que uma afirmação desacreditada tanto pelo autor quanto por sua audiência possa ter algum significado evidencia de forma suficiente de que estamos em contato com uma misteriosa influência exercida por nomes e símbolos*³⁰⁰.

Além do mais, FULLER explicita o fato de que as ficções podem ser estabelecidas pelo juiz de modo a oferecer solução aos casos individuais, mas também podem ser postas pelo legislador, na forma de regras³⁰¹. As *ficções legislativas e judiciais* não são as únicas acepções

²⁹⁹ FULLER, 1930: 366. T.L.

³⁰⁰ FULLER, 1930: 371. T.L.

³⁰¹ Útil exemplo de ficção jurídica judicial foi trazido por FULLER ao apresentar aos leitores o caso no qual a corte inglesa tratou a ilha de Menorca *como se fosse* parte da cidade de Londres – *Mostyn vs. Fabrigas*, 1774 – FULLER, 1930: 376. O exemplo é retomado, entre outros, por Schauer e Tuzet. Schauer retoma esse exemplo para falar de juízos de equidade nos quais os juizes não querem assumir que estão se distanciando do direito posto pois nele não encontram a resposta desejada. Fazem uso de ficções ao adotarem descrições dos fatos individuais propositalmente falsas tornando aplicável uma norma que, do contrário, não lhe alcançaria oferecer efeitos jurídicos. SCHAUER, 2011: 19: “Apesar de que se apelar para a equidade como modo de produzir um resultado justo *all things considered* seja uma estratégia consideravelmente bem aceita em diversas jurisdições, fazê-lo de forma tão diretamente contrária ao que explícita e precisamente está disposto nas regras jurídicas parece manter o cheiro indesejável de tempos passados. É difícil, por razões tanto psicológicas, políticas e jurisprudenciais, que juizes assumam que estão reescrevendo o que parece estar disposto por termos claros nas regras jurídicas. Assim, desde muito tempo considera-se mais aceitável, no contexto de busca de se realizar a justiça no caso individual, redescrever os fatos de modo a alcançar o resultado certo a redescrever o direito; ainda que, em realidade, redescrever (e descrever equivocadamente) os fatos para fazer com que eles se encaixem no direito é muito pouco diferente do que reescrever o direito de modo a fazer com que ele se encaixe à realidade. A despeito dessa similaridade entre essas duas estratégias, por muito tempo, e talvez precisamente por conta das razões psicológicas e políticas mencionadas, a redescrição dos fatos para se produzir um resultado justo parece ter sido preferível a reescrever uma regra jurídica, e dessa preferência – a preferência por prevaricação judicial a ativismo jurídico – emerge uma importante versão de ficção jurídica”. T.L. Já TUZET, em TUZET, 2010: 389-419, retoma o exemplo para tratar do que chamou de ficções justificatórias (*justificatory fictions*), isto é, proposições falsas adotadas de modo a se justificar uma consequência jurídica que não poderia ser atingida de outro modo (ou que poderiam ser atingidas mas a um preço muito alto). O caso da ilha de Menorca é apresentado como um exemplo de ficção justificatória formulada em sede judicial, enquanto que a *Lex Cornelia*, a qual instituía que um soldado posto em cativeiro deveria ser tratado como se tivesse morrido, é oferecida como exemplo de ficção justificatória resultante de atividade legislativa, isto é, uma regra geral que

de “ficção jurídica”. Ainda é possível que se empregue o termo para fazer referência a *entidades fictícias*, isto é, a construções mentais da ciência jurídica sobre as quais falamos como se existissem (os conceitos de *pessoa*, *estado* e *órgão* conforme o tratamento ofertado por Kelsen)³⁰²; ou, também, como *falsa representação*, fruto de certa ideologia, como a afirmação de que “os juízes não criam o direito”³⁰³. No entanto, para os propósitos de oferecer uma análise comparativa entre a ficção e a presunção nos sistemas jurídicos de tradição continental, interessa aprofundar-nos apenas nas *ficções estabelecidas pelo legislador*³⁰⁴. Os legisladores formulam dispositivos que determinam, em algumas situações, que proposições fáticas falsas devam ser tratadas como se fossem verdadeiras, o que garante às primeiras as mesmas consequências jurídicas originalmente atribuídas às segundas. Uma falsidade antecede o surgimento de casos gerais.

³⁰² TUZET, 2010: 389-419; 17: “Algumas ficções legais e políticas são usadas para se prover uma fundação a uma inteira instituição ou sistemas jurídico ou político. Pense no *estado de natureza*, ou (ainda mais controversa) *vontade geral dos cidadãos*. São entidades fictícias. É notadamente falso que o estado de natureza tenha existido como tal, mas é aceito como uma suposição que leva a alguma consequência política ou jurídica desejável. Que consequência? Em particular, ao estabelecimento da *soberania* (Hobbes), das *liberdades políticas e civis* (Locke), de *democracia e igualdade* (Rousseau). Em geral, algum princípio de justiça está em questão mas as consequências fictícias variam de acordo com o autor e com a maneira que caracteriza seu estado de natureza. (O apelo contemporâneo de John Rawls ao *véu da ignorância* na *posição originária* consiste numa reafirmação dessa ficção tradicional). Em qualquer caso, essas ficções servem como premissas para um argumento, projetadas a prover fundação a um sistema político ou jurídico. Por isso, eu as chamo de *ficções fundacionais* (*foundational fictions*)”. T.L

³⁰³ GAMA, 2015: 355.

³⁰⁴ Mirando o sistema jurídico norte-americano (inserido na tradição do *common law*), SMITH oferece o conceito de *new legal fictions*. Não seriam as ficções formuladas pelo juiz resultantes de descrições falsas dos fatos do caso individual de modo a que caíssem sob a hipótese de incidência de uma regra do contrário inaplicável, senão que seriam ficções relativas às categorias gerais de fato. SMITH, 2007:1468-1469. O autor apoia-se em CULP DAVIS para remeter-nos à distinção entre fatos legislativos (das regras gerais) em oposição a fatos adjudicativos (dos casos particulares) e em FAIGMAN para referir-se a *normative constitutional fact-finding*: “Ficções jurídicas clássicas geralmente pertencem aos fatos adjudicativos; [...] em contraste, novas ficções jurídicas caem na categoria geral de Davis de fatos legislativos. Eles são, pelo menos em sua maior parte, suposições fáticas, em oposição a suposições normativas; mas eles são diretamente relevantes para a elaboração das regras jurídicas, e ainda que as cortes as vezes lhes determinem com suporte probatório e empírico, normalmente isso não acontece. A esse respeito, as novas ficções jurídicas relacionam-se aos conceito de *normative constitutional fact-finding* de Donald Faigman, o qual descreve os julgamentos normativos que subjazem às suposições constitucionais baseadas em fatos”.

proposita que servirá a produzir determinado resultado que se considera benéfico nesse determinado sistema jurídico.

A chamada *citação ficta* configura um bom exemplo. Como bem sabemos, a citação consiste em ato processual que dá ciência ao réu de que se propôs ação contra ele³⁰⁵. É ato tão importante que a sua regular realização é pressuposto processual. Pois se a citação não se realiza, a relação processual não se aperfeiçoa; como pode o réu integrar uma relação da qual não tem conhecimento? Se, por um lado, é perfeitamente compreensível a preocupação legislativa com a exigência de uma regular citação de modo a realizar o valor do devido processo legal, por outro, o legislador também se preocupa em prover tratamento às situações nas quais as vias mais usuais de citação tenham se mostrado insuficientes. Do contrário, o legislador estaria a condenar ao abandono o interessado em reclamar a tutela de seus direitos. Se apenas pudesse aceder ao processo se satisfizesse o pressuposto da citação real da outra parte, nos casos em que o réu desaparecesse o autor não teria outra alternativa a se resignar com a injustiça já sofrida. A “citação ficta” cobra sentido nesse cenário³⁰⁶. No sistema jurídico brasileiro, duas são as modalidades de citação conhecidas como *fictas*: citação *por hora certa* e citação *por edital*. Tanto a primeira quanto a segunda consistem em estratégias de se fazer circular a notícia de que foi proposta determinada ação em face do réu, sem que este seja pessoalmente comunicado a respeito.

Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em falta, qualquer vizinho que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a citação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento da correspondência.

(...)

Art. 256. A citação por edital será feita:

I – quando desconhecido ou incerto o citando;

³⁰⁵ WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO; MELLO, 2015: 407.

³⁰⁶ A “citação” por edital se justifica nas seguintes situações: (i) quando o réu for desconhecido ou incerto; (ii) quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que ele se encontrar.

II – quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;

III – nos casos expressos em lei.

O caráter ficcional está em que não se exige o elemento presencial que caracteriza as situações nas quais se aplica o termo “citação real”. Não há a comunicação pessoal da parte, sequer através de seu representante legal. Não acontece o contato físico, frente a frente, entre o oficial de justiça e o réu, ou com o seu representante. A publicação da notícia da ação gerará as mesmas consequências jurídicas da citação regular. O efeito pretendido é a formação regular da relação processual. E, para alcançá-lo, na hipótese de que as alternativas mais usuais de citação já tenham sido tentadas sem sucesso, o legislador produz o que a doutrina identifica como modalidade *ficta* de citação.

Em hipóteses como essa, de acordo com FULLER, o direito mostra-se indiferente à falsidade de certas proposições fáticas a elas o mesmo efeito originalmente imputado às proposições fáticas verdadeiras: a citação ficta, isto é, a citação que não é uma citação, recebe os mesmos efeitos atribuídos à citação real. Vincula-se uma disposição a uma realidade distinta daquela a qual a disposição se refere³⁰⁷. O importante é garantir ao processo a produção dos efeitos desejados. Daí é que se entende a afirmação de FULLER que a produção de ficções no direito envolve um uso *metafórico* da linguagem ordinária. Emprega-se o uso metafórico de um termo como estratégia persuasiva para convencer aos demais sobre a adequação da medida de se tratar duas situações, em realidade distintas, *como se* fossem iguais: forja-se linguisticamente uma identidade entre fatos diferentes entre si. Decorre da identidade que passa a caracterizar fatos em realidade diferentes a atribuição de idênticos efeitos a ambos.

“Actual notice” é, então, um termo persuasivo; “constructive notice” não é. Mas nós podemos tornar “constructive notice” mais convincente se preservamos a noção de que o termo apresenta algo em comum com “actual notice” para além do nome. Se pudermos criar a impressão de similaridade (de fato, e não apenas quanto a efeitos jurídicos) entre “actual” e

³⁰⁷ HERNANDES MARÍN, 1986, 143.

“constructive notice” nós teremos estabelecidos para o último termo um tipo de força persuasiva vicária³⁰⁸.

Na hipótese da citação, ao fim e ao cabo, acaba-se por entender como integrantes de um gênero comum duas situações em realidade diferentes. A partir desse ponto, não será efetivamente importante se o réu tomou ou não conhecimento da ação contra ele proposta, pois é suficiente para dar seguimento ao raciocínio processual partir da premissa de “como se tivesse tomado”. À consequência desse “como se tivesse”, os efeitos jurídicos originalmente atribuídos aos casos em que ocorreu a citação serão conferidos às situações nas quais, em realidade, a citação não pôde ocorrer por fato alheio à vontade do autor e pelo qual não entende-se que não pode ser prejudicado.

De mais a mais, vale sublinhar que, como a falsidade da afirmação é proposital, não há ponto em se autorizar que a parte desfavorecida por ela produza prova contrária. Representaria perda de tempo e atraso processual a admissão de provas cujo objetivo fosse confirmar o que já se sabe. A proposição é falsa e é precisamente à falsidade que se deve a sua utilidade. “Precisamente aquelas afirmações falsas as quais são usadas como sendo falsas é que têm utilidade. A ficção tomada seriamente, *i.e.*, ‘acreditada’, torna-se perigosa e perde a sua utilidade”³⁰⁹.

Pois bem, prossigamos com os mesmos passos dados no item anterior (referente ao ônus da prova e as presunções). Apresentada a ficção jurídica, cabe agora demonstrar em que sentido a chamada presunção absoluta pode ser perfeitamente reconduzida à ficção jurídica. Como já apresentada, a noção de presunção absoluta envolve a) a definição de presunção segundo a qual um fato deve ser tomado como verdadeiro a partir da prova de outro, b) o aspecto normativo de que se trata de uma presunção legal e, portanto, de uma regra posta pelo legislador que ordena um certo curso de ação ao julgador e, c) a proibição de prova contrária. Esse último aspecto da combinação é que lhe garante a nomenclatura recebida; *absoluta* ou *conclusiva* é a presunção que não admite prova contrária. São situações nas quais, provado o fato básico, não pode o adversário produzir prova de que o fato presumido em realidade não

³⁰⁸ FULLER, 1930: 381. T.L. De acordo com o dicionário jurídico da Cornell Law School, “constructive notice (citação ficta) é a ficção legal de que alguém recebeu a notice (citação) com indiferença de que tenha verdadeiramente a recebido ou não. Se certos procedimentos foram seguidos, o direito considerará que uma pessoa foi legalmente citada, ainda que, de fato, não o tenha”.

³⁰⁹ FULLER, 1930, 370.

ocorreu. O juiz tem a obrigação de conduzir o feito de modo a garantir oportunidade ao adversário da presunção de produção de prova que contrarie o fato básico mas, em nenhuma hipótese, a atividade probatória do adversário poderá ser direcionada a provar que o fato a ser presumido é falso.

Logo, a presunção absoluta consiste num expediente que estabelece que uma proposição fática não provada deva ser tratada como se verdadeira fosse; nisso não se difere das demais presunções. Contudo, não há como ignorar que se distancia delas quando determina que a proposição fática a ser tomada como verdadeira deverá sê-lo de modo absoluto. As presunções relativas caracterizam-se por oferecer uma proposição fática não provada a ser tomada como verdadeira como uma alternativa subsidiária da verdade; uma resposta antecipada pelo sistema para os casos em que a prova produzida mostre-se finalmente insuficiente. Esse aspecto subsidiário não está presente nas presunções absolutas pois a proposição referente ao fato presumido é tratada como o resultado diretamente pretendido pelo sistema, e não como uma alternativa à insuficiência de provas de que o fato presumido não ocorreu. É a proibição de prova contrária que expressa precisamente o aspecto preferencial (em contraposição ao caráter subsidiário) da resposta gerada pela aplicação da regra de presunção absoluta às hipóteses em que instâncias individuais do predicado fático da regra tenham ocorrido. A preferência é de que certas proposições fáticas devem ser juridicamente tratadas como verdadeiras *no matter what*. É o que MARGALIT E MARGALIT repararam quando dedicaram análise à conclusive presumptions no intento de oferecer uma proposta conceitual e filosófica à temática em questão:

O direito, a respeito o status especial que essas presunções originam, não está interessada na verdade como ela é. Será muito mais preciso dizer que através do estabelecimento de uma regra substantiva ou processual de presunção absoluta o direito instrui os tribunais a proceder a partir da suposição de que determinado enunciado se mantém no matter what³¹⁰.

É útil analisar algum exemplo para que se esclareça esse efeito da presunção absoluta. Num item anterior já mencionei os dispositivos do direito brasileiro que regulavam a hipótese de presunção absoluta de estupro nas relações sexuais havidas com menores de catorze

³¹⁰ ULLMANN-MAGALIT; MARGALIT, 1982: 442. T.L.

anos³¹¹: de acordo com o artigo 213, incorria em conduta de estupro aquele que constrangesse mulher à conjunção carnal ou grave ameaça; de acordo com o artigo 224, presumir-se-ia a violência se a vítima não fosse maior de 14 anos. Ora, o que se entende é que a formulação em realidade expressa a irrelevância do consentimento prestado pela vítima. Provado o fato “conjunção carnal com mulher de catorze anos ou menos”, não há relevância em saber se existiu ou não o consentimento para tanto. Os casos nos quais a vítima manifestou vontade conforme à realização do ato deverão ser tratados *da mesma forma* em que originalmente presta-se tratamento às hipóteses em que não está presente a manifestação dessa vontade. Logo, o direito brasileiro estabelece que mesmo os casos nos quais possa-se determinar o fato “consentimento” devem receber o tratamento conferido aos casos marcados pelo uso da violência. A determinação do fato “relação sexual com menor de catorze anos” juridicamente passa a equivaler à relação sexual violenta. Não há que se abrir atividade probatória referente ao consentimento porque, em realidade, ele é irrelevante. O que juridicamente objetivou-se reprovar mediante a regra em questão foi o comportamento de conjunção carnal com mulheres menores de catorze anos.

Ora, se a presunção absoluta serve para impor uma proposição fática como verdadeira com indiferença quanto à sua falsidade sem qualquer reversibilidade, ela serve precisamente para a reprodução do mesmo efeito que se consegue mediante o estabelecimento de ficções jurídicas. Com isso, creio que a distinção tradicionalmente posta entre presunções absolutas e ficções jurídicas não se sustenta e merece ser eliminada. Costuma-se afirmar que a relação entre as classes de fato de uma presunção absoluta corresponde-se a algum fundamento empírico, o que faria da proposição a ser presumida uma proposição provavelmente verdadeira, enquanto que as ficções jurídicas seriam reservadas apenas à afirmação de proposições sabidamente falsas, como se verdadeiras fossem, sem que isso se corresponda a qualquer regularidade empírica efetivamente observada no mundo. As ficções poderiam ser artificiais, enquanto que as presunções absolutas conservariam certa pretensão de fazer que as proposições a ser consideradas juridicamente verdadeiras probabilisticamente sejam as melhores opções. Segundo BEST,

A distinção essencial entre isso [referindo-se à ficção] e as presunções juris et de jure consiste nisso: que as últimas são arbitrárias inferências que podem

³¹¹ Ver item 1.4.3.

*ou não ser verdadeiras, enquanto que, no caso das ficções, a falsidade do fato assumido é consciente e avalizada*³¹².

Na companhia de FULLER³¹³, questiono a manutenção dessa distinção. Em primeiro lugar, as presunções absolutas são formuladas para resolver casos nos quais precisamente entende-se que uma proposição fática falsa merece as mesmas consequências jurídicas conferidas às proposições fáticas verdadeiras. A hipótese de presunção de estupro, por exemplo, foi formulada para garantir efeitos jurídicos *principalmente* aos casos em que a proposição fática de falta de consentimento seja falsa. Dado que os casos de relação sexual com menores de catorze anos podem acontecer com a concordância da vítima, o legislador viu como necessário o recurso a alguma estratégia por meio da qual ela fosse tratada com os mesmos efeitos originariamente reconhecidos à falta de consentimento como forma de dissuadir a sua prática. “Seu comportamento (conjunção carnal com menor de catorze anos) é tão reprovável quanto aquele outro (conjunção carnal mediante violência)”; essa a equiparação que a chamada presunção absoluta serve a expressar: o consentimento de uma menor deve ser tratado como se fosse o não-consentimento de uma pessoa adulta: tanto num caso como em outro, o agente não tem relações sexuais com alguém que decide livremente com base num exame sobre as consequências de sua escolha. Sendo assim, a distinção segundo a qual as presunções absolutas diferem das ficções em função da possibilidade de que as primeiras sejam verdadeiras não procede, pois o interesse em formular as presunções vai além de se aproximar ao máximo da verdade em razão de que observe um suposto fundamento empírico, porque, sobretudo ela serve a impor e atribuir idênticos efeitos aos casos excepcionais. É a imposição dos casos excepcionais que caracterizam as presunções absolutas.. Tanto é assim que não admitem prova contrária. Fosse preponderante a preocupação com proposições verdadeiras, restaria admitida a produção de prova contrária ao fato presumido e, via de consequência, tratar-se ia de uma presunção relativa. A finalidade não está em se prover premissas fáticas o mais próximas da realidade possível, senão em produzir equiparações fáticas entre descrições fáticas manifestamente diferentes. Em suma, que a hipótese de presunção possa ser verdadeira não é o que está no centro de análise da presunção absoluta. Sua função é garantir efeitos a proposições fáticas quando elas não se correspondem à realidade objetiva.

³¹² BEST, 1845: §20. T.L.

³¹³ FULLER, 1930: 393: “O quão válida é essa distinção?”. T.L.

Em segundo lugar, as presunções absolutas são regras, e não são inferências – como erroneamente afirmado por BEST. E ainda que possam contestar que essas regras expressam inferências realizadas pelo legislador, sempre será possível reafirmar o fato de que o juiz as trata como regras jurídicas, e, se são regras, não são simples inferências. “Se eu meramente aceito a inferência já pronta e oferecida por outra pessoa, eu não estou inferindo nada”³¹⁴. Há obediência a um comando, o que não deve ser confundido com liberdade de raciocinar de acordo com as regras do raciocínio lógico. Dito de outro modo, quando a regra ordena que se tome *P* como verdadeiro, já não há espaço para se afirmar que o juiz *inferiu P*. Logo, tanto as ficções quanto as presunções absolutas, por serem regras, envolvem um cenário de determinação fática de restrição quanto ao raciocínio lógico que pode ser efetuado pelo julgador.

Assim, quando o efeito pretendido é o de garantir equiparação de consequências jurídicas entre proposições fáticas verdadeiras e falsas com *absoluta indiferença*³¹⁵ quanto à realidade (demonstrado pela proibição de prova contrária), por que manter em uso duas etiquetas diferentes? Considerando que o conceito de ficção foi convencionalmente aproximado ao tratamento de proposições fáticas sabidamente falsas, defendo que situações identificadas como de presunção absoluta sejam reconduzidas ao tratamento conceitual oferecido pelas ficções jurídicas. Situações tratadas como ficções jurídicas não são premiadas com a pressão de que se tenha de admitir prova contrária sob a justificativa de que se estaria a cometer uma injustiça no caso individual. Isso garante que o tratamento pretendido pelos arquitetos dos sistemas jurídicos a certas situações seja efetivamente implementado, sem dar lugar a objeções quanto à constitucionalidade do direito de produção de prova (da prova contrária)³¹⁶. Dito isso, a medida contribuiria para que a etiqueta das presunções tivesse seu

³¹⁴ FULLER, 1930: 397. T.L.

³¹⁵ GOUBEAUX, 1981: 297. Na não autorização da prova contrária a lei manifesta indiferença quanto à determinação dos fatos do caso individual.

³¹⁶ Não passou despercebido a FERRER BELTRÁN a tensão entre o direito à prova e as presunções absolutas, FERRER BELTRÁN, 2003: 28: “[...] convém ter em conta que o mecanismo legislativo de impor presunções *iuris et de iure* pode supor também uma forma dissimulada de impedir ilegitimamente a prova de um fato relevante para a pretensão de uma das partes. É conveniente, pois, estudar a justificação da imposição de uma presunção que não admita prova em contrário à luz de uma possível violação do direito à prova”. T.L. Compreender essas situações como ficções jurídicas eliminaria o questionamento sobre o direito à prova contrária. Tais normas estariam sujeitas à crítica a que todas as normas potencialmente estão sujeitas quando cotejadas num contexto de

uso reservado a situações que apresentassem efeitos que fossem diferentes e independentes dos efeitos que podem ser conseguidos mediante o emprego de outros expedientes.

4.3.3. Raciocínio inferencial probatório e presunção

Para além do efeito de duplicação entre i) presunção e ônus e ii) presunção e ficções jurídicas, no estado atual de coisas das presunções no direito, também é possível afirmar que elas incorrem em duplicação com respeito às inferências probatórias, especificamente com respeito às inferências probatórias epistêmicas. Se recobramos a noção do raciocínio por inferência probatória epistêmica de que previamente GONZÁLEZ LAGIER cuidou, veremos que ele consiste no raciocínio efetuado por aquele que pretende determinar a ocorrência de um fato a partir das informações de que já dispõe. No contexto jurídico, essas informações recebem a terminologia técnica de *prova* e é com base nelas que o sujeito parte em busca de uma conclusão a respeito da *hipótese* fática que tem sob exame.

Assim, alguns elementos característicos do raciocínio inferencial probatório podem ser indicados: i) os fatos cuja ocorrência já se sabe (as informações, ou os fatos probatórios), ii) os fatos cuja ocorrência pretende-se determinar (a hipótese fática, ou o fato a provar) e iii) alguma generalização empírica que autorize a conclusão da ocorrência dos segundos a partir dos primeiros. Essas generalizações servem a tal raciocínio na medida em que versam sobre as categorias de fatos das quais os fatos conhecidos e os fatos que se quer provar são respectivamente suas instâncias individuais. A partir da informação de que p ocorreu, quer-se concluir a ocorrência de q . Isso é possível através da generalização empírica de acordo com a qual se sabe que “Quando P ocorre, Q também ocorre”. Assim, nas palavras de GONZÁLEZ LAGIER:

Provar um fato consiste em mostrar que, à luz da informação que possuímos, está justificado aceitar que esse fato há ocorrido. Trata-se, portanto, de um tipo de raciocínio no qual podemos distinguir vários elementos: a hipótese sobre o fato que queremos provar, a informação (acerca de outros fatos mais ou menos diretamente vinculados com o primeiro) da que dispomos (que

aplicação a casos concretos. A proibição de produção de provas não precisa – e a meu ver, não deve – ser uma razão para que desconfiemos das regras (SCHAUER, 2009). No entanto, a terminologia das presunções só serve a fomentar o mal-entendido de que certos fatos deveriam ser discutidos.

podemos chamar de indícios ou provas) e uma relação entre a hipótese e os indícios. Podemos chamar esse raciocínio de “inferência probatória”³¹⁷.

Logo, atendo-nos a essa noção, forçoso é concluir que tanto é possível que uma inferência probatória parta de um fato circunstancial³¹⁸ e conclua pela ocorrência de outro fato circunstancial (ambos logicamente relevantes para a determinação do fato do qual depende a decisão judicial que solucionará o caso, isto é, o fato principal), quanto é possível que existam inferências probatórias que partam de um fato circunstancial, como informação possuída, e que cheguem à conclusão sobre a ocorrência, não de um fato circunstancial, senão do próprio fato principal. Comparemos exemplos:

Imaginemos que tenha havido um homicídio em certo edifício. Há um vídeo da câmera do elevador que marca a hora e data de todas as pessoas que transitam por ele. Tal vídeo serve de prova do fato circunstancial de que o acusado esteve no edifício da vítima no dia e hora do homicídio. Agora vejamos o exemplo encaixado na estrutura das inferências probatórias: o vídeo desempenha o papel de informação, a proposição fática “o acusado esteve no edifício da vítima no dia e hora do homicídio” representa a hipótese que se considerará verdadeira com base na relação entre esses fatos representada pela generalização empírica de que “os vídeos são fontes confiáveis de informação”; é ela que respalda a passagem da informação à hipótese. Assim, realiza-se uma inferência probatória cujo resultado é a confirmação da ocorrência de um fato circunstancialmente importante para o solução do caso individual; na linguagem técnica também é comum afirmar-se que o raciocínio resultou na prova de um indício. O vídeo só confirma como verdadeira a proposição segundo a qual o acusado esteve no edifício no dia do crime, não que tenha cometido o homicídio. No entanto, como estar no lugar onde se tenha passado o crime é logicamente relevante para se confirmar o fato principal de haver cometido a conduta, então diz-se que a presença funciona como um indício; um fato circunstancialmente relevante para a prova do fato principal.

Agora, imaginemos o desfecho desse homicídio. A hipótese que se quer provar é que “O acusado cometeu o homicídio da vítima”. Para se chegar até ela, parte-se do laudo pericial realizado pelos auxiliares da Justiça, que declara “haver resquícios de pólvora e material

³¹⁷ GONZÁLEZ LAGIER, 2013b: 75. T.L.

³¹⁸ Ou secundário de acordo com a classificação dos fatos entre fatos secundários e principais.

genético da vítima sob as unhas do acusado”. É com base nessa informação que o juiz infere que “o acusado cometeu o homicídio da vítima”. Repitamos o procedimento de encaixe do exemplo à estrutura da inferência probatória e teremos de reconhecer certas etapas de raciocínio que, por conseguinte, indicam a presença de elementos característicos das inferências probatórias: o laudo pericial (informação ou prova) confirma “a presença de material genético do acusado e pólvora da vítima sob as unhas da vítima” (fato circunstancial) o que, por sua vez, conduz à conclusão de que “o acusado cometeu a conduta de homicídio da vítima” (fato principal). O laudo pericial é informação que é interpretada e decifrada de acordo com a generalização empírica segundo a qual “as técnicas usadas para a determinação de presença de material genético e pólvora são confiáveis”, de modo que é verdadeira a hipótese individual de que “o acusado possuía sob as suas unhas material genético da vítima e pólvora”. Tal fato circunstancial é *ponto de chegada* da primeira etapa do raciocínio, e, ao mesmo tempo, é *ponto de partida* da segunda e final etapa; que conclui pelo juízo de verdade da hipótese individual de que “o acusado cometeu o homicídio da vítima”: a passagem do fato circunstancial (ter resíduos de material genético e pólvora sob as unhas) ao fato principal (haver cometido homicídio), depende da generalização empírica segundo a qual “é comum que as vítimas apresentem resistência, lutem, antes de que sejam eliminadas por seus algozes”.

Esse último passo inferencial que conclui pela ocorrência de um fato principal é que costuma ser catalogado como “presunção judicial”. A suposta justificativa do emprego dessa expressão reside no fato de que esse raciocínio apresenta a estrutura comum a todas as presunções; um fato básico, um fato a ser presumido e uma “máxima de experiência” que vincula a passagem do primeiro ao segundo. Ora, se essa é a razão para se afirmar que se trata de uma presunção, é preciso reconhecer que não se trata de uma razão boa o suficiente. O emprego de “presunção” nessas situações expressa uma aproximação desacertada por duas razões: (a) porque sugere uma *identidade* entre o que se passa quando o juiz formula um raciocínio com vistas a determinar a ocorrência de um fato e quando é o legislador quem ordena ao juiz que tenha um fato por verdadeiro porque ele, o legislador, já inferiu que a categoria do fato desconhecido merece ser presumido sempre que o fato básico tenha sido confirmado³¹⁹; (b) porque, ademais, sugere uma *diferença* qualitativa entre, de um lado, o que

³¹⁹ O juiz não “valora” uma presunção judicial; ele a formula. Não se trata de algo que lhe chegue pré-fabricado,

se passa quando o juiz conclui pela ocorrência de um fato principal a partir de uma generalização e das informações que tinha e, de outro, o expediente da prova em geral. Vejamos essas razões:

(a) Em primeiro lugar, valorizar a identidade entre a atividade do julgador ao formular uma “presunção judicial” e a atividade do legislador é um equívoco porque se deixa de prestar atenção à contundente diferença dos efeitos produzidos por elas. Mais do que apontar que ambas representam inferências de uns fatos a outros, o que não se deve perder de vista é que elas produzem efeitos opostos: as presunções legais constroem a atividade intelectual sobre a determinação dos fatos, enquanto que as situações nomeadas como “presunções judiciais” expressam exatamente a confiança reconhecida aos julgadores para que determinem os fatos a partir das generalizações – das regras ou máximas de experiência – que eles julguem ser pertinentes aos fatos que o conflito envolve. Servem, portanto, a gerar efeitos não apenas diferentes, mas, sobretudo, opostos: as presunções legais são formuladas em situações nas quais o legislador não quer correr o risco de que os julgadores cheguem a conclusões sobre os fatos diferentes das que ele – legislador – chegaria. Nessas situações, o legislador não quer correr o risco que a atividade intelectual do julgador conduza a um resultado diferente no que se refere à determinação dos fatos; já as situações de presunção judicial se dão quando o legislador deixou a atividade de determinação dos fatos ao melhor juízo do julgador; será considerado verdadeiro o fato que o julgador tenha entendido merecedor com base em sua experiência e nos caminhos cognitivos por ele mesmo trilhados.

Assim, ao contrário do que a terminologia – que é comum a regras jurídicas – possa sugerir, nas “presunções judiciais” não há nada pré-fabricado. O juiz formula esse raciocínio que vai de uns fatos conhecidos a outros com discricionariedade. Essa discricionariedade é que não pode ser ignorada em função de uma suposta estrutura comum; fato conhecido, fato presumido e regra de experiência. Taruffo oferece críticas a uma decisão judicial da Corte é ele quem constrói a presunção interpretando os fatos do caso como instâncias individuais de alguma generalização empírica que já faz parte de sua bagagem de conhecimentos socio-culturais. Analisando uma decisão que a Corte de Apelação julgou, TARUFFO (1992: 292) afirma: “Ela parece pressupor que o juiz de mérito ‘valora’ as presunções simples, como se ele a encontrasse de um modo pré-fabricado e que a devesse ‘avaliar’. Esse é um modo impróprio de imaginar o raciocínio por presunção do juiz sobre o mérito: ele não ‘valora’ a presunção, mas a formula e realiza a passagem lógica em forma de inferência que vai do fato conhecido ao fato desconhecido por meio do critério exclusivamente representado por uma máxima de experiência”. T.L.

italiana justamente em razão da forma como os magistrados apresentam a presunção judicial:

Ela [a decisão] parece pressupor que o juiz de mérito “valora” as presunções simples, como se ele a encontrasse de um modo pré-fabricado e que a devesse “avaliar”. Esse é um modo impróprio de imaginar o raciocínio por presunção do juiz sobre o mérito: ele não “valora” a presunção, mas a formula e realiza a passagem lógica em forma de inferência que vai do fato conhecido ao fato desconhecido por meio do critério exclusivamente representado por uma máxima de experiência³²⁰.

Em suma, enquanto a presunção legal consiste numa norma jurídica que requer obediência do juiz, as situações identificadas como “presunções judiciais” oferecem um cenário livre das regras jurídicas que imponham um significado específico à prova de um fato (“Se *P*, então *Q* deverá ser presumido”). A presunção judicial não é outra coisa senão o raciocínio sobre os fatos realizado pelo julgador; é o que se espera existir em sistemas jurídicos nos quais seja vigente a diretiva de livre valoração³²¹, pois cabe ao juiz valorar as

³²⁰ TARUFFO, 1992: 292. T.L.

³²¹. Não desconheço os problemas atinentes à noção de valoração “livre” da prova. Como explica TARUFFO em TARUFFO, 2008: 134-135, o sistema da prova legal que se caracterizava por tabelas e baremas legislativamente impostos aos juízes para a atribuição de valores aos meios de prova foi substituído por um novo ideal de juiz, juntamente com outros cambios institucionais oriundos da Revolução Francesa. “O novo juiz criado depois da Revolução Francesa e das reformas napoleônicas é um funcionário do Estado treinado profissionalmente e um decisor neutro e responsável; portanto, já não é necessário evitar que o juiz tenha uma ampla discricionariedade em sua resolução sobre os fatos. [...] O método de uma valoração baseada em um cálculo de valores numéricos predefinidos foi abandonado e substituído por uma concepção completamente diferente da valoração da prova. O julgador não está mais obrigado a seguir regras abstratas: tem de determinar o valor probatório de cada meio de prova específico mediante uma valoração livre e discricional. Essa valoração deve ser feita caso a caso, conforme standards flexíveis e critérios razoáveis. A ideia básica é que essa classe de valoração deve conduzir o julgador a descobrir a verdade empírica dos fatos objetos de litígio, sobre a única base de apoio cognitivo e racional que os meios de prova disponíveis oferecem”. T.L. Com isso, não deixo de reconhecer que a realidade acabou sendo bastante diferente do ideal revolucionário. A deturpação da livre valoração (entendida como valoração livre de critérios jurídicos e numéricos que em nada servem à aproximação da verdade dos fatos) como valoração livre (de critérios racionais) e que autorizaria decisões não justificadas (sob as vestes de uma ‘íntima convicção’) é tema criticamente trabalhado por FERRAJOLI, 2011:139-ss. Conta-nos o autor que o princípio da livre valoração não passa de um “trivial princípio negativo” que determina que a valoração deve ocorrer sob a ausência de critérios legais; “livre” de critérios legais. Por isso, em si mesma, a fórmula da livre valoração é insuficiente para garantir racionalidade e justificação às decisões sobre os fatos. Tanto é assim que ela descambou num “tosco princípio potestativo idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes”. Ademais, a partir

provas como informações suficientes (ou não) para a determinação da ocorrência dos fatos sob discussão. Sua qualidade está diretamente vinculada à generalização empírica por ele selecionada; logo, se a generalização não é universal, ela, por definição, suporta a possibilidade de exceções. Portanto, a construção do raciocínio deverá cuidar de demonstrar que o caso individual é regra, e não exceção.

Uma análise dos momentos processuais torna ainda mais evidente a contundente diferença que há entre as presunções legais e o expediente identificado por presunção judicial. Como veremos, elas desprendem efeitos em momentos diferentes. Assumindo a divisão do processo quanto aos seus momentos probatórios, sugerida por FERRER BELTRÁN, é possível distinguir (i) o momento de conformação do conjunto probatório, (ii) o momento de valoração das provas e finalmente (iii) o momento de decisão sobre os fatos a ser considerados verdadeiros³²².

(i) O primeiro dos momentos acolhe a grande maioria das especificidades jurídicas, impondo dois filtros à produção probatória: o filtro da *relevância*, sem deixar que se perca tempo nem recursos financeiros com a produção de provas sobre fatos que nada têm a ver com o que se está a discutir no processo; o filtro da *admissibilidade*, o qual entra em ação para excluir a produção de certas provas mesmo que seu objeto seja um fato relevante³²³. Pense-se, pois, na proibição de provas ilícitas, as quais os sistemas

de uma perspectiva normativa, Ferrer Beltrán realiza uma análise sobre as condições de realização de uma valoração racional da prova, isto é, livre de critérios jurídicos (prova legal) e, ao mesmo tempo, comprometida com critérios racionais para a determinação dos fatos, FERRER BELTRÁN, 2007.

³²² Sobre os momentos probatórios, ver FERRER BELTRÁN, 2007: 41; Ferrer Beltrán, 2013:24.

³²³ De acordo com Montrose (em artigo original de 1954 e republicado por Twining e Stein em 1992), foi Thayer quem primeiro distinguiu os conceitos de relevância e admissibilidade, MONTROSE, 1992: 351: “Foi Thayer quem demonstrou de maneira mais completa a básica distinção entre a rejeição de prova pela corte por falta de relevância e a rejeição de prova ainda que relevante em função de alguma política específica de direito. Ele introduziu a linguagem que sublinha a distinção através do uso das palavras ‘relevância’ e ‘admissibilidade’, linguagem essa que, muito embora seja usada na Inglaterra, não é universalmente usada aqui [referindo-se ao sistema jurídico norte-americano]”. T.L. Em Thayer, ver THAYER, 1898: 224-225: “Observe, nesse ponto, uma ou duas conceitos. Há um princípio – não tanto uma regra de prova como uma pressuposição presente na própria concepção de um sistema racional de prova, em contraste com os antigos formais e mecânicos sistemas – que proíbe integrar qualquer coisa que seja irrelevante, sem valor lógico-probatório [*logically probative*]. Como saberemos quais são essas coisas proibidas? Não por qualquer regra de direito. O direito não oferece qualquer teste de relevância. Para isso, ele tacitamente se refere à lógica e à experiência geral – assumindo que os

jurídicos buscam evitar em nome de outros valores distintos à busca da verdade (como o direito à privacidade, por exemplo)³²⁴.

(ii) O segundo momento se dá uma vez que as provas já tenham sido produzidas, pois é necessário atribuir-lhes valor; determinar em que medida cada elemento de prova contribui para a confirmação ou refutação das hipóteses fáticas postas em discussão.

princípios do raciocínio são conhecidos por juízes e ministros, assim como uma vasta multitude de outras coisas são assumidas como suficientemente já conhecidas por eles. Há outro preceito que deve ser posto como preliminar, e estabelece que o direito probatório [*the law of evidence*], a menos que excluído por alguma regra ou princípio de direito, tudo o que tem valor lógico-probatório é admissível. [...] Ao estabelecer, assim, esses dois grandes e fundamentais conceitos, não devemos cair no erro de supor que relevância, conexão lógica, real ou suposta, é o único teste da admissibilidade; porque então perderíamos de vista a parte mais importante do direito probatório. [...] há testes de admissibilidade que vão além da relevância lógica”. T.L.

³²⁴ Gascón Abellán sobre o filtro da relevância, GASCÓN ABELLÁN, 2004: 129: “Qualquer elemento que permita aportar informação relevante sobre os fatos que se julgam devem poder ser usados”. T.L. A respeito do filtro da admissibilidade, Gascón Abellán salienta a possibilidade de que a eliminação de elementos de juízo relevantes possa responder a preocupações epistemológicas, isto é; pode ser que até mesmo do ponto comprometido com a busca por proposições verdadeiras seja melhor inadmitir-lhes o ingresso; GASCÓN ABELLÁN, 2004: 131: “[...] limitações da prova que coadjuvam à determinação da verdade rechaçando e avaliando negativamente provas com baixo valor gnoseológico; por exemplo, o escrito anônimo, o reconhecimento por fotografia, o testemunho por ouvir dizer etc. [...] o caso mais claro talvez seja o da proibição da tortura, pois, ainda que se oriente diretamente a garantir a vida e dignidade humanas, não há dúvidas de que também contribui a evitar a possível obtenção de uma verdade retorcida”. T.L. Ademais, também sobre a especificidade da conformação dos elementos de prova do contexto jurídico e a relevância do estudo dos filtros de relevância e admissibilidade, FERRER BELTRÁN, 2013: 25: “A diferença com os outros âmbitos da experiência é que nestes outros âmbitos é comum que esse [refere-se ao filtro de relevância] seja o único filtro. A particularidade jurídica é que se adicionam um bom número de regras jurídicas de exclusão: não se admitem as provas obtidas em desrespeito aos direitos fundamentais, não se admitem as testemunhas ‘de ouvir dizer’, não se admitem, com exceções, as provas que não podem ser praticadas no curso do processo com a devida aplicação do princípio do contraditório, etc”. T.L. Ademais, de acordo com Laudan, sobre a relevância, LAUDAN, 2013: 44: “A ideia central é que um elemento de juízo é relevante para a avaliação de certa hipótese apenas se, sendo crível, faça que a hipótese em questão seja mais ou menos provável do que era antes. Se um elemento de juízo, ainda que crível, não altera nossa confiança na hipótese respectiva, de um modo ou de outro (aumentando ou diminuindo suas probabilidades de que seja verdadeira) será considerado irrelevante em relação a dita hipótese”. T.L. Já sobre a admissibilidade, afirma, p. 46: “Para ser admissíveis, as provas não apenas tem de ser relevantes, senão que, ademais, devem satisfazer uma variedade de demandas adicionais. Por exemplo, a prova em questão não pode ter sido obtida mediante violação dos direitos do acusado”. T.L. Laudan afirma que “qualquer regra que conduz a exclusão de provas relevantes é suspeita desde um ponto de vista epistêmico” (com exceção das regras que excluem as provas redundantes).

Esse é o momento da racionalidade por excelência, o momento em que o julgador faz uso de suas faculdades intelectuais do mesmo modo como outros sujeitos – não juízes – delas fazem uso nos mais variados contextos nos quais se busque a determinação de fatos: avalia-se o apoio empírico que um conjunto de informações presta às hipóteses em discussão³²⁵. Daí dizer que a valoração é *livre*: livre no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado dessa valoração; no entanto, se se entende que a determinação dos fatos tem um compromisso com a busca da verdade, então, deve-se entender também que há um compromisso com os critérios gerais da lógica e da racionalidade³²⁶.

(iii) À valoração, segue-se o momento da decisão sobre os fatos propriamente dita. Isso porque, diferente do que a uma primeira vista se possa supor, o resultado da valoração que se obtenha no segundo momento não implica, por si só, nada a respeito da decisão a adotar³²⁷. Em razão dos *standards* de prova, é bem possível que uma certa hipótese seja a mais provável segundo as provas produzidas e que, a despeito disso, não seja considerada verdadeira a efeitos da decisão judicial. Supondo um *standard* de prova exigente – como o “além de toda e qualquer dúvida razoável” adotado no sistema jurídico norte-americano – será o caso de que uma hipótese muito provável não possa ser declarada verdadeira por não tê-lo atingido³²⁸.

³²⁵ FERRER BELTRÁN, 2007: 46: “Uma vez esse conjunto (de provas) esteja delimitado, a operação de valorar o que dele se pode racionalmente inferir não difere em nada da que se pode realizar em qualquer outro âmbito da experiência e está submetida aos controles da racionalidade geral”. T.L.

³²⁶ FERRER BELTRÁN, 2013B: 26.

³²⁷ FERRER BELTRÁN, 2007: 48: “Convém insistir que o resultado da valoração da prova que se obtenha no segundo momento não implica por si só nada a respeito da decisão a ser tomada. Para isso, é necessário a intermediação de algum *standard* de prova. E sequer se pode concluir que a hipótese que tenha resultado mais confirmada é aquela que deverá ser dada por provada. Se se observa bem o funcionamento do *standard* de prova que exige uma confirmação da hipótese de culpabilidade, no processo penal, ‘além de toda e qualquer dúvida razoável’, esse supõe que a hipótese não será considerada provada ainda que disponha de um apoio empírico maior do que a hipótese da inocência (salvo que esse apoio ofereça uma corroboração muito mais alta que a primeira) de forma que será presumida a verdade da hipótese menos confirmada (i. e., a de inocência)”. T.L.

³²⁸ ver nota 265. Ainda neste momento, SALAVERRIA (2003: 163-164) destaca a importância de se explicitar os caminhos inferenciais percorridos no curso da determinação dos fatos a partir da valoração das provas: “Os dados probatórios de uma ou outra cor – a favor ou contra a hipótese – nada significam por si sós nem levam a lado algum; a não ser que haja uma inferência que os conecte com algum outro dado ou diretamente com o fato

Em que momentos, então, a presunção legal e a chamada presunção judicial desprendem seus efeitos? Em primeiro lugar, as presunções legais desprendem efeitos jurídicos no momento 3 porque predeterminam como o juiz deverá julgar nos casos de insuficiência de provas e subseqüente incerteza quanto aos fatos. Para evitar os efeitos jurídicos das presunções tenham lugar, a parte não favorecida pela presunção pode encará-la como um estímulo à uma robusta produção de provas no momento 1 (um olhar prospectivo da parte em função do efeito que a presunção legal pode vir a desempenhar ou não). Já o expediente nomeado de presunção judicial é formulado pelo julgador no momento 2, isto é, no momento em que deve valorar as provas, avaliando em que medida as informações prestam suporte às hipóteses fáticas em jogo.

(b) Em segundo lugar, a manutenção da terminologia deve ser evitada porque sugere uma diferença qualitativa entre o que acontece quando um juiz formula um raciocínio com vistas a determinar a ocorrência de um fato principal, a partir de generalizações fáticas que ele já continha em seu *stock of knowledge*, e o procedimento da prova em geral. Como se fossem procedimentos diferentes e que, portanto, um deles merecesse uma etiqueta que pusesse-nos de sobre-aviso sempre quando fosse utilizado. Por essa perspectiva, o raciocínio por presunção – isto é, da presunção judicial – seria assim denominado porque ele apresentaria a específica característica de possibilitar a confirmação indireta de um fato: considera-se um fato como provado a partir da prova de outro fato; o fato principal é “presumido” verdadeiro em função da prova que confirmou um fato diverso (um fato secundário).

[...] As provas dividem-se em diretas e indiretas. Prova direta é aquela que incide sobre os próprios fatos relevantes para o julgamento (facta probanda) – como a culpa e o dano nos litígios por responsabilidade civil, a prática de grave violação aos deveres do casamento na separação judicial, a filiação nas ações de alimento etc. É indireta a prova de fatos que em si mesmos não teriam relevância para o julgamento, mas valem como indicação de que o

estelar. O juiz se preocupa em reconstruir fatos do passado a partir de dados do presente, e esse vazio que media uma coisa e outra tem que ser preenchido por algum tipo de raciocínio”. T.L. Em seguida e, tratando do perigo da “vida invisível” de muitas inferências que formam parte de nosso “patrimônio antropológico e cultural”, afirma: “quando o critério que serve denexo inferencial não funciona tão mecanicamente é preciso sacá-lo à superfície da motivação para analisá-lo e debatê-lo, sem esquecer que o emprego de tais inferências deve ser bastante mais prudente do que usamos na vida cotidiana (...)”. T.L.

*fato relevante deve ter acontecido tais são os indícios, os fatos-base, sobre os quais o juiz se apoia, mediante a técnica das presunções, para tirar conclusões sobre o fato probando*³²⁹.

De acordo com essa lógica, como nem sempre é possível confirmar a ocorrência do fato principal através de prova que tenha versado sobre ele mesmo, há que se aceitar a sua confirmação intermediada pela prova de outros fatos cujas ocorrências são correlacionadas: a confirmação de um serve à confirmação do outro.

*Nem sempre, porém, o fato do qual decorre a consequência jurídica pretendida pode ser submetido à prova direta. A esse fato, vamos denominar fato principal. É meio de prova direta do fato principal a testemunha que relata, porque viu, um atropelamento, que é o fundamento jurídico do pedido de indenização. Quando não é possível a prova direta do fato principal, a parte faz prova de fatos circunstanciais, que são os indícios, dos quais se infere a existência e modo de ser do fato principal; [...] uma forma de raciocínio do juiz, o qual, de um fato provado, conclui a existência de outro que é o relevante para produzir a consequência pretendida*³³⁰.

Assim, *prova indireta, prova por presunção, prova indiciária* são expressões ocupadas para se fazer referência ao caráter supostamente mais incerto da operação que conclui pela ocorrência do fato principal³³¹, como se a prova que versa sobre fato principal fosse capaz de entregar certezas absolutas (e as provas de fatos circunstanciais, por implicatura, não). A terminologia serve a sugerir que há uma desvantagem cognitiva no raciocínio que vai da confirmação da ocorrência de um fato a outro, em cadeias que podem ser mais ou menos extensas, quando comparados ao raciocínio de *prova direta* que se dá quando a prova tem por objeto o próprio fato juridicamente relevante. Se a classificação entre prova direta e indireta

³²⁹ DINAMARCO, 2002: 92.

³³⁰ GRECO FILHO, 2003: 194-195.

³³¹ GASCÓN ABELLÁN, 2004: 151-ss. Nessas páginas, a autora analisa o discurso processualista tradicional sobre as presunções judiciais: “O que essa caracterização das presunções simples traz à luz é que não são um meio de prova *sensu stricto*, senão, mais bem, um procedimento de prova consistente em inferir, a partir de um fato provado (indício) e de uma regra de experiência, a existência de um fato desconhecido. Em suma, em que pese a terminologia possa levar a confusões, o esquema das presunções simples faz referência aos raciocínios probatórios nos quais não se prova diretamente o fato que constitui o *thema probandum*. Precisamente por isso, para aludir ao procedimento de prova indireta ou indiciária se fala, algumas vezes, de ‘prova por presunções’: as expressões prova indireta, prova indiciária e prova presuntiva aludem a uma mesma estrutura probatória.”.

tem a sua serventia, não se pode supor mais do que ela é capaz de oferecer: ela apenas serve a informar que o procedimento de prova realizado versa sobre um fato logicamente relevante (fato secundário), ou sobre um fato juridicamente relevante (um fato principal). Mas não há necessário valor cognitivo superior em provas diretas quando comparadas a provas indiretas; não é certo afirmar que uma proposição fática seja confirmada com mais elevado grau de confiabilidade porque tenha sido objeto de prova direta; nem que necessariamente as proposição fática confirmadas provas indiretas carecem de suporte suficiente. Uma testemunha de reputação questionável que emita declarações sobre o fato principal não contribui para a sua confirmação mais do que outros meios de prova (indiretas) possam fazê-lo³³². Não há uma relação necessária entre prova direta (isto é, sobre fato principal) e confirmação mais elevada da hipótese. Até porque, mesmo a prova direta requer ser interpretada, o que será efetuado a partir de generalizações. É um equívoco pensar que as provas diretas coloquem o juiz diante dos fatos mesmos.

No caso de um testemunho, por exemplo, o juiz deverá ter o cuidado de avaliar as credenciais do sujeito, se há motivos para que ele faltasse com a verdade, se há chance de que a percepção ofertada pelo sujeito seja uma percepção acidentalmente falsa (o sujeito tem intenção de contribuir com a verdade, mas está ele mesmo enganado), etc³³³. A cadeia de inferências pode ser mais ou menos extensa, mas nem mesmo nas cadeias menos extensas pode-se eliminar por completo a intermediação que as generalizações desempenham. No exemplo da testemunha, para que o juiz conclua de que p (sendo p uma proposição referente ao fato principal) como ela atesta, será necessário avaliar as credenciais pessoais dela, para, só então, ser possível concluir que há provas suficientes em favor de p . Se há prova, há intermediação. Enfatizar que as provas indiretas contêm intermediação não deve servir para

³³² Sobre a reputação no direito, ver PÁEZ, 2016: 185-209.

³³³ Sobre isso e, desde a epistemologia do testemunho, alerta PÁEZ, 2013: 216: “Nossa tendência natural a aceitar testemunhos algumas vezes nos mete em problemas, especialmente quando a aceitação desprevenida de um falso testemunho tem consequências negativas significativas. Nos negócios, no direito, na ciência e na vida diária devemos tomar decisões importantes e implementar políticas cruciais a partir, quase exclusivamente, das palavras dos demais. Nestes contextos o testemunho há de ser aceito como o resultado de um processo de decisão racional. A aceitação do testemunho requer uma avaliação epistêmica para determinar a sua relevância, sua credibilidade e seu valor explicativo e probatório num contexto dado”. T.L.

construir a implicatura³³⁴ de que as provas diretas são livres desse traço. Tanto no procedimento de prova indireta quando no procedimento de prova direta há o emprego de generalizações que levam de informações a hipóteses, com independência de se se conclui a ocorrência de um fato principal ou de um fato secundário. É preciso assumir que, de um certo modo, inexistente prova que seja direta, pois sempre há a intermediação das generalizações a partir das quais o agente epistêmico valora a informação recebida. O juiz não recebe mecanicamente o conteúdo da declaração da testemunha; ele a interpreta, ela a valora³³⁵. Assim, a terminologia da presunção (judicial) aplicada a esse contexto pode servir precisamente a fomentar uma hierarquia epistemológica injustificada entre provas direta e indireta, como se se devesse olhar sempre com mais cuidado às proposições concluídas através da prova de fatos secundários quando comparadas às concluídas por supostas provas *diretas*. Em suma, presunção judicial é uma terminologia infeliz, pois, por vezes serve a eternizar a confusão entre o que é regra e constrange o raciocínio do julgador com o que expressa a confiança no mesmo; por vezes serve a desqualificar cadeias de raciocínio perfeitamente formuladas que levam de fatos secundários a fatos principais.

As situações que tradicionalmente são identificadas como *presunções judiciais* podem ser perfeitamente reconduzidas às inferências probatórias epistêmicas. A estratégia serve a

³³⁴ Faço referência à noção de implicatura conversacional de Grice (1989: 22-40). O termo foi criado por Grice precisamente para demarcar a distinção com uma implicação lógica: a conclusão de uma implicatura não é logicamente necessária (DASCAL, 1999: 40, nota 9), mas o contexto da conversa é que a produz como sendo a conclusão mais plausível. Grice aproxima a implicatura da falácia de ênfase pois em ambos os casos oferecem-se premissas verdadeiras e a conclusão pode ser falsa. Isso acontece porque entre as premissas verdadeiras que são oferecidas, o que deixa de ser dito também é importante. Numa conversa em que se diga que “João foi visto com uma mulher no restaurante”, mesmo que a esposa de João seja, antes de esposa, um pessoa do sexo feminino e, portanto, uma mulher, o que se acaba a sugerir é que “João estava acompanhado de uma amante no restaurante”: é verdade que João estava num restaurante acompanhado de uma mulher, mas a implicatura conversacional produzida é errônea. A ênfase prestada ao sexo de seu acompanhante deixa de oferecer uma informação relevante: a acompanhante era mulher e era sua esposa. Não dizer que era sua esposa produz a implicatura de que não era a sua esposa. De modo similar, a afirmação de que exista expediente de prova por mediação sugere que existam também provas sem qualquer mediação e que produzam certezas ou resultados mais confiáveis. Novamente, a informação prestada é correta pois efetivamente existe a prova de fatos a partir de outros fatos. Mas trata-se de uma implicatura conversacional a ser evitada a conclusão de que o contrário seja possível; isto é, que exista um procedimento de prova livre de mediação e que garanta resultados mais confiáveis.

³³⁵ Sobre o perigo de supervalorização da imediação, ver ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007.

eliminar a confusão entre expedientes que em realidade expressam apostas institucionais de determinação dos fatos que se opõem: uma que atribui ao juiz o papel de sujeito epistêmico, outra que expressa a preferência de lhe retirar tal atribuição e concedê-la ao legislador. Numa frase: algo que confia não deve ser tratado sob a mesma terminologia empregado a algo que constrange a atividade intelectual do juiz. Em segundo lugar, a terminologia serve injustamente a desqualificar raciocínios cujas cadeias inferenciais sejam mais extensas, pois parte da supervalorização das chamadas *provas diretas*, suportamente livres de intermediação e, portanto, mais confiáveis. Também a prova direta têm caráter inferencial. Minha proposta é de que a definição jurídica de presunção se associe a um tipo de aposta institucional de determinação dos fatos, até porque a melhor compreensão de como se dá o raciocínio de determinação dos fatos livre de regras jurídicos ganha com a eliminação da terminologia. Não deve haver presunção se não há regra. Não se deve confundir as presunções jurídicas com o raciocínio que vai das provas aos fatos.

4.4. O compromisso epistêmico do Direito

Defender uma proposta de redefinição de um conceito requer a demonstração da insuficiência da definição a que se pretende substituir bem como posterior demonstração de que a incorporação da versão substituta trará benefícios aos usuários do conceito em questão. Trata-se do ônus argumentativo que corre à conta do propositor, de oferecer razões boas o suficiente para corroborar a tese de que a definição então vigente não satisfaz seu propósito explicativo e, na sequência, de oferecer suporte à tese de que a candidata a substituta possui uma capacidade explicativa comparativamente superior; que é capaz de contribuir para uma melhor organização e explicação da parcela da realidade contextual a que se destina.

Em suma, a adoção de uma versão substituta de certo conceito depende do reconhecimento (i) de que os contornos conceituais então vigentes já não cumprem bem o seu papel e (ii) de que a candidata alternativa é capaz de realizar a tarefa. (i) e (ii) constituem razões independentes porque é bem possível que se aceite como convincentes as razões acerca da insuficiência da definição vigente e, no entanto, não restem demonstradas razões sobre a maior capacidade explicativa da candidata a lhe substituir. Nessa hipotética situação – de que existam razões suficientes para sustentar (i) mas não para (ii) – pode-se chegar a uma posição de resignação quanto à definição vigente: reconhece-se o deficit explicativo da

definição vigente que, por falta de algo melhor, deixa um vazio quanto ao que se colocar em seu lugar. A pretensão desse trabalho doutoral é a de oferecer razões que prestem suporte a (i) e, na sequência, também razões que apoiem (ii).

Por isso, nos itens anteriores, ocupei-me em demonstrar o estado de profunda ambiguidade no qual o conceito de presunção se encontra, o que produz sobreposições com a definição de outros conceitos que compõem o conjunto de expedientes de determinação dos fatos. As sobreposições significam fronteiras borrosas entre as presunções, as ficções, as inferências e o ônus da prova. Recapitulando esse movimento, em 4.3.1., 4.3.2. e 4.3.3, busquei demonstrar que:

- (1) Quando se afirma a existência de presunções legais relativas que não contam com qualquer respaldo em regularidades empíricas, atribui-se ao conceito de presunção o propósito de distribuir assimetricamente entre as partes o peso da dúvida quanto aos fatos, tal como o conceito de ônus da prova já é capaz de oferecer;
- (2) Quando se afirma a existência de presunções absolutas, atribui-se ao conceito de presunção o propósito de produzir no contexto jurídico proposições indiferentes à determinação dos fatos que se corresponda à realidade objetiva, tal como o conceito de ficção jurídica já é capaz de oferecer;
- (3) Quando se afirma a existência de presunções judiciais, atribui-se ao conceito de presunção o propósito de se produzir proposições o mais próximas possíveis da realidade objetiva estando o agente de posse de sua racionalidade não restringida por regras jurídicas que determinem resultados da atividade de valoração probatória, tal como o conceito de inferência probatória epistêmica já é capaz de oferecer.

O que haveria de prejudicial em se preservar essas sobreposições conceituais? Poder-se-ia dizer que simplesmente desenvolveu-se o emprego dessas terminologias como se fossem sinônimas, a serem trocadas entre si, invariavelmente, sem maiores consequências, sempre que o objetivo fosse fazer referência à determinação de algo não provado diretamente; a ser considerado verdadeiro para a atribuição de efeitos jurídicos. Aliás, não é errado afirmar que as presunções, as ficções, o ônus e as inferências probatórias compõem, juntamente com outros conceitos, um conjunto de expedientes que servem justamente à finalidade de determinação dos fatos.

Contudo, a essa hipotética justificação eu apresento a resposta de que a manutenção das sobreposições representa o desperdício de uma oportunidade de proceder a um uso mais preciso da linguagem jurídica, empregando a terminologia das presunções a situações nas quais o que se pretenda seja expressar uma forma ímpar de relação entre direito e verdade: um uso mais fino de todas essas as terminologias referentes às estratégias de determinação dos fatos contribuiria à expressão de graus diferentes de deferência que os arquitetos dos sistemas jurídicos escolhem prestar à realidade externa. Isso porque, se bem é certo que o direito tem um compromisso com a busca pela verdade dos fatos, também é certo que esse não é o único compromisso assumido pelo direito³³⁶.

Sobre a relação entre direito e verdade, subscrevo a tese defendida pelos teóricos da chamada *tradição racionalista da prova*³³⁷. A busca pela verdade representa um valor de estrutural³³⁸ a todo e qualquer sistema jurídico que pretenda conformar o comportamento de

³³⁶ FERRER BELTRÁN, 2007: 31.

³³⁷ A expressão é de Twining, TWINING, 1984:138-139: “As teses características do discurso sobre a prova dentro da Tradição Racionalista podem ser sucintamente apresentadas como se segue: a epistemologia é cognitivista e não cética; uma teoria da verdade como correspondência é geralmente preferida a uma teoria da verdade como coerência; o modo de se chegar a uma decisão é visto como ‘racional’ em contraposição aos modos ‘irracionais’ como os duelos, a purgação, ordálias ou tirar nos dados; o tipo de raciocínio característico é a indução; a busca pela verdade como meio de alcançar a justiça representa uma alta, ainda que não absoluta, prioridade do direito”. T.L. Em Gascón Abellán, a mesma concepção de determinação dos fatos por meio de provas é defendida mediante a expressão “modelo cognoscitivista”, GASCÓN ABELLÁN, 2004: 51: “O modelo epistemológico que vamos adotar é o cognoscitivista. Entendemos por tal aquele modelo segundo o qual os procedimentos de fixação dos fatos se dirigem à formulação de enunciados fáticos que serão verdadeiros se os fatos que descrevem hajam sucedido e falsos em caso contrário. Em outras palavras, a fixação judicial dos fatos não pode ser, por exemplo, consequência do puro decisionismo ou construtivismo, senão resultado de um juízo descritivo de fatos aos quais se atribui ‘existência independente’. Por isso, o conceito de verdade requerido pelo modelo é o semântico da correspondência e o principal critério de verdade é o da contrastação empírica. O objetivo que um paradigma cognoscitivista de fixação judicial dos fatos persegue é, pois, a formulação de enunciados fáticos e verdadeiros. Observe-se: ‘fáticos’ e ‘verdadeiros’”.T.L. Sobre os diferentes conteúdos que o termo “verdade” apresenta quando comparamos discursos de *common law* a discursos da tradição continental do *civil law*, ver PRADO, 2012: 60-61. O autor destaca o conteúdo de versão negociada da verdade como suficiente aos discursos de common law e o emprego do mesmo termo esconde ideologias distintas de processo.

³³⁸ A preferência estrutural do valor da busca pela verdade quando comparado a outros valores está em FERRER BELTRÁN, 2007: 82-83: “Um sistema jurídico pode funcionar perfeitamente sem assumir o valor da inviolabilidade de domicílio ou das comunicações, por exemplo. Este seria um sistema jurídico indesejável por outros motivos, mas não há nada que impeça que um sistema assim seja perfeitamente efetivo e eficiente no

seus destinatários; ele deverá levar a sério a atividade de atribuir consequências com o menor índice de erros possível – buscando evitar falsas condenações e falsas absolvições³³⁹. Significa saber que a aleatoriedade dos resultados é inimiga dos sistemas jurídicos, dado que a manutenção da incerteza dos resultados serve a desestimular a obediência ao próprio direito: por que obedecer ao direito em um cenário em que se sabe que a conduta efetivamente praticada pouco importa para a atribuição das consequências jurídicas³⁴⁰? Nessas condições, não é difícil de se imaginar a consequência de direito deixar de oferecer razões para a ação.

Essa relação entre direito e busca pela verdade se expressa em distintas gradações e varia de situações caracterizadas por um compromisso robusto a situações nas quais o direito mostra-se indiferente à verdade dos fatos³⁴¹. Por isso, creio ser adequado reconhecer que a busca pela verdade não importa sempre (pois há situações excepcionais nas quais os sistemas jurídicos são indiferentes à realidade objetiva) e que a busca pela verdade, quando importa,

cumprimento de sua função motivadora da conduta. Por outra parte, um sistema não pode prescindir da averiguação da verdade como objetivo institucional do processo (e, portanto, da aplicação do direito) posto que de outro modo o sistema colapsaria. Isso não lhe outorga um maior valor moral à averiguação da verdade, mas mostra que no conflito entre esse objetivo do direito e outros possíveis objetivos, o primeiro tem uma preferência estrutural que faz que não possa ceder sempre (nem na maioria das ocasiões)”. T.L. Ou seja, se o sistema jurídico deseja conformar a conduta dos destinatários, deve se comprometer com a determinação dos fatos correspondente à verdade (não em todos os casos individuais, mas numa quantidade de casos robusta o suficiente para trazer a certeza do direito e da chegada das consequências jurídicas aos que fazem por merecê-las).

³³⁹ Dizer que estamos preocupados com os erros é apenas uma outra forma de dizer que estamos preocupados com a averiguação da verdade mediante a instituição do processo. Ver LAUDAN, 2013: 23.

³⁴⁰ Sobre o efeito desestimulante dos resultados aleatórios, FERRER BELTRÁN, 2007: 30: “Suponhamos que a consequência jurídica prevista (a sanção, neste caso) seja atribuída aleatoriamente. Assim, os órgãos encarregados da adjudicação jurídica poderiam realizar um sorteio para determinar cada mês quem deve ser sancionado, fixando um número de sanções também aleatório. Está claro que, nessa situação, não havendo qualquer vinculação entre as condutas de cada dos membros dessa sociedade e a probabilidade de ser sancionado, não há, tampouco, razão alguma para comportar-se de acordo com o estabelecido pelas normas jurídicas. Dito de outro modo, só se o processo judicial cumpre a função de determinar a verdade das proposições referidas aos fatos provados é que o direito poderá ter êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta de seus destinatários”. T.L.

³⁴¹ Exceções ao compromisso com a verdade não servem a descaracterizar a relação que direito e verdade têm em todo e qualquer sistema jurídico que tenha pretensões de permanecer existindo de forma estável.

não importa sempre do mesmo modo. Assim, um sistema de múltiplos expedientes de determinação dos fatos serve a expressar gradações distintas: (i) ora de maior deferência do direito à realidade objetiva;(ii) ora de menor deferência; e (iii) ora, ainda, de indiferença do direito à realidade objetiva.

(i) Considerando que o objetivo do processo é emitir decisão com base numa descrição verdadeira dos fatos, o expediente de provas que culmina com a realização de inferências probatórias epistêmicas³⁴² representa a alternativa mais comprometida com a busca pela verdade. Através dela, valora-se livre e racionalmente as informações obtidas por todos os meios aptos a contribuírem à confirmação/refutação das hipóteses fáticas em jogo, e, em razão disso, tem-se a melhor oportunidade de ingresso de uma proposição fática verdadeira a desempenhar o papel de premissa menor do raciocínio decisório.

(ii) Não obstante a fundada preferência por uma determinação dos fatos através de provas, os responsáveis pelo desenho institucional dos sistemas em questão encaram de frente a necessidade de pensar em cenários nos quais as provas não sejam suficientes a integrarem informações bastantes para a confirmação ou refutação das hipóteses fáticas em jogo. Cenários de insuficiência probatória costumam ser remediados a partir de presunções e de ônus da prova. É aí que os expedientes em questão mostram a sua utilidade, pois ambos oferecem uma segunda melhor resposta sobre os fatos ao julgador, o qual tem de se ver com a obrigação de decidir. No entanto, o ônus da prova e a presunção podem – e, em minha opinião devem – expressar gradações distintas de deferência à realidade objetiva. Isso pode ser alcançado a partir de uma redefinição das presunções que inclua certos elementos entre as suas características necessárias, capazes de as tornar mais sensíveis ao propósito de fazer corresponder realidade jurídica e realidade objetiva; o tido por verdadeiro dentro do direito e o verdadeiro propriamente dito.

(iii) Tudo isso sem que nos olvidemos das situações em que o responsável pelo desenho institucional pretende expressar indiferença com a busca pela verdade. Para isso, estão as ficções jurídicas. Como há valores distintos à busca pela verdade cujas defesas o direito também toma para si, é preciso reconhecer que a busca pela verdade não importa *sempre*. As ficções legislativas são os expedientes adequados a prestar tratamento às situações nas quais o que se pretende é a imposição de considerações valorativas, preferências morais

³⁴² Aqui faço uso da definição proposta por González Lagier, tratada nesta tese no item 3.1.2.

institucionalizadas que não se compatibilizam com compromissos epistêmicos. Nessas situações, a norma carece de fundamento empírico e a realidade objetiva pouco importa. O efeito que se quer produzir a partir da formulação de ficções é o de precisamente obrigar o juiz a incorporar em seu raciocínio, na qualidade de premissa menor, uma proposição fática falsa – sabidamente falsa. Uma proposição fática falsa e frise-se *útil* à proteção de certos interesses institucionalmente selecionados. A citação ficta é um exemplo de hipótese em que o legislador teve em mente resguardar a possibilidade de desenvolvimento do processo àqueles casos nos quais a citação tenha se tornado um procedimento de difícil realização. O recurso à citação ficta foi a alternativa encontrada para conceder ao jurisdicionado interessado na propositura de uma ação a garantia de poder fazê-lo até mesmo quando o réu em potencial não pôde (ou pior, não quis) ser encontrado. Desse modo, o interessado em propor ação não fica a mercê da possibilidade (ou da concordância) de se encontrar o sujeito contra o qual quer propor uma ação. Por essa perspectiva, a citação ficta visa garantir o direito de ação, o direito de todos os jurisdicionados de perseguir a tutela jurídica. Há, pois, situações nas quais o direito se propõe de modo especial à realização de outros valores distintos à busca por uma correspondência entre o que será considerado verdadeiro dentro do direito e o mundo lá fora. Não por outra razão, há quem as aproxime de regras constitutivas. Guastini afirma que essas disposições legislativas não podem ser predicadas de verdade ou falsidade e, neste sentido, apresentam um valor constitutivo; para o direito “*P* conta como *Q*”, “*P* é *Q*”. “A qualificação jurídica de um fenômeno é obra exclusiva da vontade do legislador, sem possibilidade de conflitos com a narrativa das coisas, a realidade histórica ou usos linguísticos preexistentes”. Ou seja, segundo essa linha argumentativa, a ficção legislativa seria mais uma ferramenta de construção da linguagem técnico-jurídica, de produção de categorias fáticas jurídicas que não pretendem refletir o mundo como ele é – daí a razão por não poderem ser predicadas de verdade ou falsidade, pois não são descrições. Neste ponto, vale a pena a recordação de HERNÁNDEZ MARÍN: à diferença das demais disposições qualificatórias, na eventualidade de que as orações pelas quais se expressam as ficções legislativas fossem consideradas como autênticas descrições, suscetíveis de verdade ou falsidade, seriam orações patentemente falsas, ou, inclusive, contraditórias. A potencial comparação de suas orações e a realidade faria delas descrições falsas, enquanto que o mesmo não ocorreria necessariamente com outras disposições qualificatórias. Haveria, assim, algum detalhe de diferença entre as ficções e as demais regras produtoras de categorias de

fatos³⁴³.

Controvérsias à parte, para os propósitos desse trabalho, é desnecessário que eu tome partido sobre a caracterização da ficção legislativa como mera regra constitutiva, pois, mesmo que assuma tal ponto de vista, permanecerá correta a afirmação de que são estratégias de determinação de fatos não comprometidas com a geração de qualquer correspondência entre as proposições fáticas jurídicas que produzirá e as proposições fáticas que serviriam a descrever a realidade objetiva. Seriam indiferentes à verdade pois seu propósito é de inauguração de uma realidade institucional.

De todo modo, apesar da existência de ficções que expressam situações de indiferença quanto à verdade no interior dos sistemas jurídicos contemporâneos, é certo que, em maior ou menor medida, apresentam a comum preocupação de gerar decisões fundamentadas em uma determinação dos fatos comprometida com a realidade objetiva. A verdade desempenha um papel de ideal regulativo nesses sistemas, que são desenhados para que a aplicação do direito conte com o ingresso da verdade por meio de uma atividade probatória capaz de produzir um rico conjunto de elementos a ser racional e livremente valorados pelo julgador. E há razões para que Estados com objetivos tão distintos tenham se organizado para oferecer uma aplicação do direito sensível à determinação correta dos fatos: o nível de satisfação dos objetivos elencados como prioridades institucionais, qualquer que sejam eles, é diretamente proporcional a dados que descrevam corretamente a realidade e, nesse passo, funcionem como úteis pontos de partida para a promoção dos resultados desejados. Estados de ideologia de corte liberal poderão estruturar seus respectivos sistemas jurídicos de modo a que se satisfaçam o objetivo de solucionar os conflitos entre as partes; Estados que tenham por objetivo principal a implementação de políticas públicas orientarão seus sistemas jurídicos de modo a que se instrumentalizem para tanto³⁴⁴. Um processo comprometido com uma correta

³⁴³ HERNANDES MARÍN, 1986: 42.

³⁴⁴ É de 1986 obra na qual Damaska apresenta as principais características de dois modelos de processo (p. 97, p. 147), desenhados respectivamente com vistas à realização dos objetivos de dois modelos estatais; estados mais liberais (Modelo de *Estado Reativo*, p. 73) vs. estados mais intervencionistas (Modelo de *Estado ativo*, p. 80), em DAMASKA, 1986. Estados liberais imputariam ao processo a função de meramente resolver os conflitos surgidos da pluralidade e contraste de interesses dos particulares na concretização de seus planos de felicidade; estados mais intervencionistas imputariam ao processo a função de implementar políticas públicas. Nessa obra, Damaska afirma que a correta determinação dos fatos só desempenha um papel relevante nos estados

determinação dos fatos (e que produza as menores taxas de erros) representa o meio mais adequado tanto para a implementação de políticas públicas quanto para a resolução de conflitos entre os particulares. Tanto a reprodução dos resultados políticos desejados quanto a resolução de conflitos podem atingir os melhores resultados quando as decisões sobre a maneira de atuar, de medidas a serem adotadas, tomem como premissa uma proposição que reflita de como genuinamente os fatos ocorreram (ou das previsões mais acuradas de como se darão). A eficiência nos resultados – sejam liberais, sejam intervencionistas – depende diretamente de uma determinação correta dos fatos na maior parte dos casos.

Essa forte relação entre direito e verdade deve servir de pano de fundo à melhor compreensão dos conceitos jurídicos referentes à determinação dos fatos, de modo que as potencialidades de cada expediente se destaquem. Por “potencialidade” quero fazer referência à maior ou menor capacidade de integrar proposições fáticas verdadeiras quando aplicadas. Proponho que visualizemos um *continuum*: num dos polos, estaria a forma de determinação dos fatos *mais deferente à realidade objetiva*, mais comprometida com esse ideal de se fazer corresponder a proposição fática usada na decisão e prop (de busca pela verdade); no outro extremo, a forma *menos deferente à apreensão da realidade objetiva*; menos comprometida com um propósito epistêmico de integração de proposições fáticas verdadeiras nas decisões judiciais. No primeiro polo veríamos localizada a determinação dos fatos por meio de provas, isto é, através de inferências probatórias epistêmicas. Em seu extremo oposto, por sua vez, o expediente das ficções jurídicas. O ônus da prova localizar-se-ia em algum ponto intermediário entre esses polos, pendendo ao polo menos deferente à realidade objetiva em razão da ausência de um fundamento empírico como critério de formulação do que seja a segunda melhor resposta. E não há fundamento empírico porque a finalidade desse tipo de expediente é de proteção de uma escolha de caráter político-moral. A regra conhecida como “presunção de inocência”, por exemplo, não reflete qualquer regularidade empírica entre “ser acusado de cometer um crime” e “ser inocente”, de maneira que, quando ordena que seja intervencionistas (p. 160, “atingir níveis ótimos de precisão na determinação dos fatos”); nos estados liberais a fixação dos fatos e a construção da premissa menor seria fortemente dependente da autonomia das partes – algo compatível com uma teoria convencionalista da verdade. No entanto, como recorda FERRER BELTRÁN (FERRER BELTRÁN, 2007: 31), em obra posterior (DAMASKA, 1997: 122), Damaska deixa de opor o modelo de processo voltado à resolução de conflitos à averiguação da verdade. Ou seja, mesmo o processo voltado à resolução de conflito só tem a ganhar quando se alia à averiguação da verdade. Neste mesmo sentido, GERALDO PRADO trata da “entidade epistêmica” que o processo assume, em PRADO, 2014: 19.

tomada como verdadeira a hipótese de inocência não o faz com a finalidade de fazer que a decisão judicial aproxime-se da realidade objetiva, mas sim de expressar a preferência por absolver culpados a condenar inocentes ante a inevitabilidade absoluta de se produzir erros. No entanto, apesar de que o ônus da prova localize-se numa parte menos deferente à realidade objetiva, há que lhe reconhecer algum compromisso epistêmico na medida em que está prevista a admissão de prova contrária. Ora, como a própria expressão “segunda melhor resposta” sugere, a integração das proposições fáticas na qualidade de premissa menor mediante este expediente é subsidiária; depende de que se valere insuficiente a premissa fática construída mediante inferência probatória epistêmica. Só lhe sobrar espaço para preencher a premissa menor da decisão na hipótese de que não tenha primeiro sido possível que tal premissa haja sido integrada pelos resultados da atividade probatória voltada à determinação dos fatos o mais próxima possível da verdade. Em suma, o expediente do ônus da prova conjuga considerações epistêmicas a considerações político-valorativas: prefere-se proposições fáticas resultantes de prova suficiente à determinação dos fatos, e, em segundo lugar, proposições fáticas definidas com base em considerações político-valorativas. Essa é uma das formas por meio da qual o sistema jurídico expressa a sua preocupação com a busca pela verdade; temperando-a, em alguma medida, com preocupações quanto às escolhas político-valorativas já tomadas.

Qual seria o lugar das presunções neste espectro? Um modo não redundante de uso das presunções implicaria entendê-las ocupando também uma posição intermediária do espectro, sem que, no entanto, confundira-se com a posição do ônus da prova. Intermediária sim, só que mais deferente à realidade objetiva. A segunda melhor resposta oferecida por uma presunção deve apresentar um fundamento empírico como critério informador. A generalização presente na regra expressa uma regularidade empírica que já existe na realidade objetiva. O direito interessa-se por refleti-la quando não haja informações mais precisas que sirvam a determinação dos fatos do caso individual. Então, a segunda melhor resposta oferecida por uma presunção difere da segunda melhor resposta oferecida pelo expediente do ônus porque mesmo em face de um cenário de incerteza fática ela pretende a formulação de uma inferência (normativa com finalidade de busca pela verdade, como vimos em GONZÁLEZ LAGIER) que provavelmente se corresponda com a realidade objetiva. Se recuperamos os categorias de análise de GONZÁLEZ LAGIER de acordo com as quais as inferências probatórias distinguem-se pela origem de sua força, sua finalidade e seu fundamento, há que se

reconhecer que, muito embora as presunções e as regras que estabelecem ônus da prova extraiam sua força do fato de que ambos são normas jurídicas, podemos compreendê-los com finalidade e fundamentos distintos. A finalidade da presunção é de oferecer uma proposição que funcione de premissa menor do raciocínio aproximando-se ao máximo do que provavelmente possa ter ocorrido, uma deferência à realidade objetiva, por isso, apresenta fundamento empírico. A finalidade do ônus é de oferecer uma proposição que funcione como premissa menor do raciocínio a qual proteja uma escolha de caráter político-moral, por isso, não depende de um fundamento empírico. Assim, presunção e ônus tal como pretendo que a redefinamos, ocupariam lugares distintos no espectro de expedientes de determinação dos fatos mais e menos deferentes à realidade objetiva. A presunção é mais porosa à realidade objetiva porque, além de prever a realização de prova contrária, ela também oferece uma segunda melhor resposta que reflete considerações de caráter empírico explicitadas na própria regra. Vejamos com mais vagar as características das presunções assim redefinidas.

4.5. A proposta de redefinição propriamente dita

Uma redefinição tem a pretensão de ser mais precisa do que a definição anterior. Parte-se do *explicandum* e chega-se a uma proposta de *explicatum*, considerando certa conveniência de se manter alguma interseção de uso com a definição anterior e, ao mesmo tempo, de se alcançar o objetivo de construir algo mais preciso e que comparativamente traga mais clareza quanto às hipóteses de aplicação. No que se refere às presunções, essa clareza será atingida com a redução de área de incidência do conceito. Assim, as discussões meramente verbais causadas pelo choque entre as diversas acepções do termo serão eliminadas desde o momento em que sejam iluminadas as características necessárias – e juntas suficientes – para que se esteja diante de uma presunção.

Uma hipótese de presunção deverá reunir as seguintes características: (4.5.1) que apresente *caráter normativo*; (4.5.2) que encontre apoio num fundamento empírico, (4.5.3) que apresente uma estrutura composta por um *fato básico*, e, finalmente, (4.5.4) que preveja a possibilidade de *prova contrária*. É a cumulatividade dessas características que impede que as presunções sejam reduzidas a meras duplicações de outros conceitos, ou, em outras palavras, que lhes garante uma posição única no espectro que referente à relação entre o direito e a verdade há pouco apresentado. Vejamos cada uma das características:

4.5.1. Caráter normativo

Por caráter normativo, faço referência à necessidade de que se trate de uma *norma jurídica*. As presunções representam uma maneira específica de se prover tratamento a cenários de incerteza fática e se dá através da formulação de uma norma com propósito de funcionar como um critério antecipado de decisão destinado a solver a uma pluralidade de casos que apresentem as mesmas características. O alvo dos arquitetos dos sistemas jurídicos não está em se atingir a melhor solução para um caso isolado, mas em se formular um critério prévio ótimo a casos, em abstrato, considerando um conjunto de características. Essa resposta deverá ser aplicada a todos os casos que apresentarem as características previsivelmente enumeradas.

Regras estabelecidas pelo legislador dão origem ao que tradicionalmente indentificou-se por presunções legais. Em primeiro lugar, são respostas-padrão antecipadas pelos arquitetos institucionais às situações de prova insuficiente e consequente incerteza fática; em segundo lugar, quando presentes as condições de aplicação, cobram obediência do destinatário da norma. Isto é, preenchidas as condições de aplicação (de prova de fato básico e ausência de prova do fato a ser presumido, que serão analisados nos itens seguintes), ao juiz do caso não sobra alternativa distinta à incorporação da proposição fática relativa ao fato presumido: a decisão justificada depende de sua obediência à norma de presunção. As presunções servem, portanto, ao estabelecimento de um dever ao julgador: o dever de incorporar a proposição fática do fato presumido como premissa fática de seu raciocínio na resolução dos casos individuais. Trata-se de um critério facilitador da decisão prática para contextos de incerteza fática servindo a eliminar futuros impasses. A eliminação de um cenário de impasses sobre como decidir com incerteza fática, por sua vez, serve a impedir – ou, ao menos diminuir – os prejuízos às relações sociais que requerem estabilidade quanto aos seus desfechos. Imagine-se um sistema jurídico que não oferecesse uma resposta aos casos de ausência, de desaparecimento em situações de risco de vida, etc. Em casos de ausência, há previsão de uma resposta padrão às hipóteses em que a morte não possa ser comprovada diretamente, com prazos especificamente definidos à abertura de sucessão provisória e definitiva.

É fácil perceber que o objetivo do arquiteto institucional foi de não depender do que cada juiz concluísse ser melhor considerando com discricionariedade as características dos

casos individuais que julgasse relevantes: qual lapso temporal seria exigível para a declaração de ausência? Pode o julgador não declarar a morte apesar de comprovada ausência de 15 anos? Que intervalo de tempo deve intermediar a abertura da sucessão provisória e a definitiva? Nas hipóteses de retorno após a sucessão definitiva, aquele que se ausentou tem direito a quê? Essas são algumas das respostas previamente respondidas pelo sistema jurídico por meio do estabelecimento de regras, portanto, sobre as quais o julgador do caso individual não possui ingerência para a formulação de uma “resposta melhor”³⁴⁵. No que se refere à premissa fática, está proibido concluir que o ausente não morreu³⁴⁶.

Além disso, ao contrário do que a uma primeira vista possa parecer, importa esclarecer que não somente as presunções estabelecidas pelo legislador são capazes de preencher o critério referente ao caráter normativo. As presunções jurisprudenciais são formuladas por juízes e, a despeito disso, não merecem ser confundidas com o raciocínio inferencial probatório tradicionalmente identificado sob a terminologia de “presunções judiciais”³⁴⁷. À semelhança das presunções estabelecidas pelo legislador, seu foco vai além dos casos isolados; expressam critérios gerais e abstratos de decisão cuja função é de disciplinar uma ampla quantidade de casos futuros que apresentem as mesmas características: preenchidas as condições de aplicação, a presunção jurisprudencial não poderá ser evitada pelo juiz que soluciona o caso individual. Não se trata de uma inferência resultante da relação de provas e

³⁴⁵ Isso será mais aprofundado no item 4.6., em que tratarei de propor uma reflexão a partir de dois tipos de apostas que os sistemas jurídicos podem fazer, e combinar entre si, na busca por decisões justificadas – e por decisões justificadas quanto à construção da proposição fática que servirá de conteúdo à premissa menor do raciocínio decisório.

³⁴⁶ A menos que o julgador entenda que há boas razões para derrotar a própria regra de presunção. Como Schauer, entendo que a derrotabilidade é uma propriedade contingente do direito, pois existirá na medida em que o aplicador, intérprete ou “enforcer” potencialmente conte com a alternativa de realizar algum ajuste ad hoc, ou adaptação de última hora para evitar resultados subótimos. É importante ter em mente que a regra só funciona como regra se ela representa uma razão para resistir a outras razões que fundamentariam resultados diferentes. No contexto de aplicação de uma decisão, uma regra só funciona como regra se os aplicadores aceitam a produção de resultados subótimos em alguma medida. Se apenas decidissem-se pela regra nos casos em que a sua aplicação gerasse resultados justos, por exemplo, os aplicadores estariam julgando conforme um ideal de justiça. SCHAUER, 2012a: 81. Para uma análise mais profunda sobre derrotabilidade, ver os outros capítulos desse volume.

³⁴⁷ Sobre o argumento de que a presunção jurisprudencial possui estrutura análoga ao que se convencionou chamar de presunção legal relativa, ver TARUFFO, 1991: 3.

fatos a partir das regularidades empíricas que o julgador tenha discricionariamente integrado ao caso por entender pertinentes³⁴⁸, mas da aplicação de um critério de decisão sobre os fatos previamente imposto por outro sujeito juiz³⁴⁹. Ela apresenta caráter normativo tanto quanto uma norma formulada pelo legislador.

Exemplo de presunção de origem jurisprudencial pode ser encontrado no sistema jurídico espanhol. A presunção de tráfico de drogas surgiu de uma série de julgados do Tribunal Supremo e determina que o julgador deve tomar por verdadeira a hipótese de tráfico em todos os casos nos quais restem preenchidas as condições de aplicação de (a) prova de posse de substância entorpecente em quantidade superior à quantidade para uso pessoal e (b) ausência de prova contrária. Como arquitetos institucionais e formuladores de uma resposta geral e abstrata, os juízes estabeleceram a quantidade limite para a caracterização de consumo pessoal, a qual varia de substância para substância. A quantidade que caracteriza uso pessoal para a substância da cocaína, por exemplo, é de no máximo 10 gramas. Disso, jurisprudencialmente construiu-se o entendimento de que o tráfico (de cocaína) deverá ser presumido quando a posse seja em quantidade superior a 10 gramas. Inexistindo prova suficiente a contrariar a hipótese de tráfico³⁵⁰, a posse de mais de 10 gramas faz que o juiz tenha o dever de tomar por verdadeira a hipótese positiva, imputando-lhe as consequências

³⁴⁸ TARUFFO, 1991: 3: “Realizando essa operação, a jurisprudência não formula uma inferência que vai do fato conhecido ao fato desconhecido para determiná-lo por raciocínio de presunção; presume-o sem que seja determinado, reservando-se ao juiz o conhecimento apenas no caso em que a parte que resulta onerada produza prova contrária. Trata-se, como é evidente, de uma operação em tudo similar àquela que o legislador cria quando estabelece uma presunção legal relativa: ambas prescindem da determinação da verdade do fato a ser presumido”. T.L.

³⁴⁹ É certo que uma presunção jurisprudencial pode ter sua origem num raciocínio inferencial probatório repetido por muitas e muitas decisões até que se determinasse seu caráter normativo, vinculativo, aos futuros juízes na resolução dos futuros casos. Mas, uma vez que se tenha decidido por conferir à decisão caráter normativo, vinculativo, não há como confundir seus efeitos com os efeitos gerados pelo raciocínio tradicionalmente identificado por presunção judicial. Apenas nas presunções jurisprudenciais há uma atitude de obediência do julgador, isto é, de que antes de estar perseguindo a verdade dos fatos, ele está cumprindo um dever de aplicar a regra.

³⁵⁰ O poder econômico do acusado, o grau de adicção e a ausência de utensílios comuns à atividade de tráfico são fatores que, combinados, serviram como prova contrária num caso em que o acusado portava nada menos do que 285 gramas de cocaína, quantidade consideravelmente superior ao limite de consumo próprio específico daquela substância. (o caso foi exemplo mencionado em ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 1999; acesso em março de 2017).

jurídicas anunciadas pelo tipo penal referente.

A proximidade entre presunções legais e jurisprudenciais pode ser comparada à proximidade entre uma decisão judicial tomada em função de uma regra jurídica e uma decisão judicial tomada em função de um precedente³⁵¹. Tanto a regra como o precedente desempenham o papel de razões para atuar que pretendem excluir a reflexão do agente (do juiz) diretamente sobre as razões que efetivamente serviram de fundamento às regras e aos precedentes. Uma regra que haja determinado que a ausência por mais de dez anos faz presumir a morte tem a pretensão de eliminar a reflexão do destinatário da norma, futuro agente, sobre se dez anos é ou não tempo suficiente para se declarar a morte de alguém. O agente deverá decidir conforme a hipótese de que o ausente morreu; não porque ele esteja convencido de que essa hipótese seja verdadeira³⁵², mas porque ele deve obedecer a regra. De modo similar, a existência de um precedente cujo conteúdo seja de presunção de tráfico nas hipóteses de posse superior à posse para consumo próprio, faz surgir ao juiz do caso presente o dever de decidir com base na hipótese de tráfico, não porque esteja persuadido de que a quantidade em questão caracterize o tráfico, mas porque ele deve seguir o precedente³⁵³.

³⁵¹ A decisão por precedente não se confunde com uma decisão na qual o juiz se convence das razões que fundamentaram uma decisão passada; não se decide igual porque se está de acordo com a decisão pretérita, mas pelo simples fato de a decisão pretérita existe e é obrigatório repeti-la. Schauer tem afirmação bastante elucidativa sobre decidir com base em precedente. Ver SCHAUER, 2009: 40: “Raciocinar a partir de um precedente – e talvez seja até mesmo um erro chamar de ‘raciocinar’ – é seguir uma decisão prévia apenas em razão de seu status de ser uma decisão de uma corte mais alta, ou da mesma corte numa ocasião anterior; não porque o aplicador tenha se persuadido do raciocínio do caso precedente para a solução do caso concreto”. T.L. SCHAUER (em SCHAUER, 2012b) fala da autoridade do precedente como sendo independente de seu conteúdo (*content independent*), 124: “[...] A autoridade do precedente é, tal como ocorre como a autoridade em geral, independente de seu conteúdo. É a fonte ou o status do precedente que lhe oferece autoridade – que provê a razão para a decisão – e não o conteúdo do precedente ou o conteúdo da persuasividade do raciocínio nele incorporado”. T.L.

³⁵² Se a presunção não possuísse caráter normativo, ela funcionaria como uma “sugestão” do legislador a qual poderia ou não ser acolhida pelo juiz. No entanto, para que a presunção satisfaça o papel de trazer previsibilidade de resultados a resposta que o legislador antecipa não pode passível de ser revisada por cada juiz. A possibilidade de revisão abriria novamente as portas para a instabilidade e aos prejuízos que a incerteza quanto aos fatos podem produzir às relações sociais.

³⁵³ SCHAUER, 2009: 41: “Quando os tribunais são constrangidos por um precedente, eles são obrigados a segui-lo não somente quando os juízes pensam que o precedente é correto, mas mesmo quando pensam que é incorreto. É a fonte do precedente ou seu status o que lhe dá força, não a solidez (*soundness*) do seu raciocínio, tampouco

Significa que é perfeitamente possível que a aplicação das presunções gere, ao ver íntimo de seus aplicadores, consequências jurídicas sobre as quais contestariam não estar de acordo (caso fossem perguntados). Em suma, como possuem caráter normativo e pretendem a obediência de seus destinatários, as presunções são compatíveis com cenários nos quais o aplicador sente-se contrariado quanto à premissa imposta a sua decisão e, em outras palavras, veja-se descontente com o resultado jurídico que contribuiu a produzir.

4.5.2. Fundamento empírico

Em segundo lugar, para que algo seja uma presunção é necessário que possua um fundamento empírico. Que subascente à regra possa ser encontrada uma regularidade que verse sobre categorias de fatos já observada no mundo. Por meio das presunções, o sistema jurídico antecipa uma resposta de caráter subsidiário que entrará a atuar na eventualidade de que os casos individuais sofram de insuficiência ou ausência de provas. Mas, atenção: se bem é certo que o expediente do ônus também serve à formulação de uma resposta antecipada, há que se ressaltar que apenas a resposta *default* das presunções promove informações e dados já brindados pela experiência comum. Assim, enquanto a segunda melhor resposta do expediente do ônus serve a refletir compromissos político-valorativos, a segunda melhor resposta das presunções deve se caracterizar por se vincular a um compromisso de corte epistêmico.

Em minha opinião, a diversidade de compromissos que podem ser assumidos ao momento de se preestabelecer uma resposta-padrão é algo que não pode ser desprezado. Por a crença de que o resultado gerado seja correto”. T.L. SCHAUER salienta que a autoridade do precedente torna-se mais perceptível nos casos em que o julgador está em desacordo com o conteúdo do precedente e desconforme ao resultado. Nesses casos, torna-se evidente o caráter normativo do precedente. Ver SCHAUER, 2012b: 124: “Apenas quando o decisor está em desacordo no caso presente com o resultado ou raciocínio contido no precedente é que sua autoridade independente do conteúdo torna-se aparente. Nesses casos, é mais óbvio que o decisor está sob uma obrigação de seguir o precedente porque é apenas a fonte ou o status, e somente por causa dessa fonte ou status que decidirá como decidirá, mesmo se o decisor no caso presente tiver a crença de que a decisão do precedente foi um erro”. T.L. Por outro lado, as situações nas quais o julgador se permite olhar as decisões passadas assumindo uma posição de convencimento quanto às razões que as fundamentaram correspondem à decisão por *analogia*. Uma decisão por analogia é aquela na qual o agente repete a decisão passada porque se convence de que os fatos do caso concreto merecem ser julgados a partir das mesmas razões que iluminaram a decisão passada. A decisão por analogia reflete uma decisão que o julgador toma a partir de seu “best judgment”; isto é, sem constrangimentos. SCHAUER, 2012b: 125.

isso, creio que vale a pena desenvolvermos conceitos (e, pela mesma razão, oferecer redefinições) capazes de refletir os diferentes propósitos que o direito quer implementar: há conceitos que servem a auxiliar a realização de propósitos político-morais e há conceitos que devem ser reservados a expressar o propósito epistêmico. Concedemos maior capacidade explicativa às presunções se as reconstruímos como expediente que contribui a que as proposições fáticas consideradas verdadeiras dentro do direito sejam efetivamente a opção mais próxima da verdade com a qual possamos contar. Isso significa que as presunções devem refletir a tendência de se atribuir valor de verdade a uma proposição fática não-provada mas de maneira diferenciada: a partir de seu compromisso epistêmico.

Dito isso, devo enfrentar uma eventual objeção. Ao menos a uma primeira vista, poderia parecer estranha a afirmação que busca relacionar as presunções a um compromisso epistêmico. Pode ser contraituivo pensar na existência de um compromisso epistemológico subjacente a um expediente cuja função seja de atribuir valor de verdade a uma proposição fática que não foi objeto de prova. Se entendemos que a epistemologia é – dentre muitas coisas – um projeto normativo que avalia os contextos de conhecimento e suas ferramentas tendo em vista a maior ou menor capacidade de aproximar seus agentes ao máximo de proposições fáticas justificadas – e se possível também verdadeiras, então é possível entender o papel de relevo concedido às provas. O caminho para que racionalmente se possa afirmar a verdade de uma proposição consolida-se nas provas. Dirão os epistemólogos que não se trata de intuir que algo é verdadeiro, mas de corroborá-lo, comprová-lo, confirmá-lo e, só então, afirmá-lo como verdadeiro e tratá-lo como verdadeiro. Como conciliar as presunções – cujo propósito é de ordenar que um fato não-provado seja tomado por verdadeiro – com um suposto compromisso epistêmico? Aliás, desde essa perspectiva, seria razoável fazer a afirmação contrária, isto é, de que as presunções em realidade responderiam a um propósito *contraepistêmico*, dada a compatibilidade que apresentam com situações nas quais uma proposição fática finalmente *falsa* seja considerada verdadeira.

Trata-se, contudo, de uma incompatibilidade apenas aparente. A ordem para que se tome um fato não provado como verdadeiro está condicionada a que não se dê primeiro um cenário que é mais desejável. O cenário mais desejável é no qual se dá a especificação do caso individual por atividade probatória suficiente a provar os fatos do caso. Antevendo situações individuais nas quais esse cenário não aconteça, o arquiteto determina que se

aplique a generalização fundada numa regularidade empírica. Ele a impõe normativamente (por meio de regra) e, a partir de então, os casos individuais que apresentem as características dispostas na norma deverão ser interpretados como instância individual da generalização; o caso individual deverá ser julgado com base na hipótese de que é uma repetição, uma instanciação, do que provavelmente ou normalmente acontece.

Neste ponto, é preciso salientar que não se trata de uma generalização artificialmente forjada no interior do próprio direito (como é o caso da ficção, como é o caso do ônus da prova; vide a comoriência, vide a regra segundo a qual todo acusado “é inocente” até que se prove o contrário). A regra que determina que na hipótese de mortes de parentes causadas pelo mesmo acidente há que se decidir como se tivessem falecido ao mesmo tempo é bom exemplo de fatos artificialmente conectados, pois não há relação entre o aspecto espacial (falecer junto) e o aspecto temporal (falecer ao mesmo tempo). Não há qualquer lei da natureza que determine uma relação entre os dois aspectos, bem como inexiste uma relação de probabilidade ou normalidade que determine que “Parentes que falecem juntos, falecem ao mesmo tempo”. Propósitos político-valorativos podem ser perfeitamente perseguidos e implementados a partir de regras de ficção ou que estabeleçam o ônus da prova – a depender se se quer prever a possibilidade de prova contrária ou não.

Já nas hipóteses de presunção, subjacente à regra “Se *P*, então *Q* será presumido” deve existir uma relação empiricamente observada de acordo com a qual “Quando *P* ocorre, *Q* geralmente ocorre” (ou provavelmente ocorre). A relação entre as categorias de fato *P* e *Q* reflete a realidade objetiva. Dito de outra forma, porque o direito se interessa por conceder efeitos a *Q*, as situações em que *Q* seja de difícil prova deverão ser remediadas com o antídoto já previamente receitado: o comando presente na presunção é de que a decisão deverá ser tomada com base na regularidade empírica já anteriormente selecionada; o julgador deverá assumir como verdadeiro o que o legislador entendeu ser mais provavelmente (ou normalmente) verdadeiro em momento anterior.

A postura é de aproveitar as regularidades empíricas nas quais confiamos na vida em comunidade, conferindo-lhes um papel de destaque quando não haja melhor informação na qual nos apoiar. Não há porquê resignar-nos à mais radical incerteza³⁵⁴ quanto aos fatos

³⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS (2012) parece abraçar um argumento cético em função da limitação da busca pela verdade dentro do processo (como se somente o contexto processual experimentasse limitações). De que não

quando é de conhecimento comum que o fato que precisa ser determinado vem regularmente acompanhado de um outro, cuja ocorrência já encontra-se fixada. É neste sentido que a presunção se revela como um expediente epistemicamente comprometido: ela oferece a resposta mais próxima da verdade em cenários de limitada informação sobre o caso individual. Representa a aposta institucional do melhor que se pode fazer quando o objetivo é a busca pela verdade, em cenários nos quais se está diante de deficits de informação.

Não por outra razão, os sistemas jurídicos contam com regras que ordenam que se tome a morte do ausente como hipótese verdadeira, das vítimas de desastres aéreos, desaparecidos em guerra etc. Nessas situações, o simples passar do tempo sem que haja uma decisão judicial representa o maior dos prejuízos. A vida dos familiares e das demais pessoas que se relacionavam com o desaparecido não pode esperar indefinidamente por uma solução. Até porque, de mais a mais, a prova dos fatos individuais pode estar fora do horizonte possível. Um avião que tenha sofrido uma queda, por exemplo, pode resultar em que muitos corpos não sejam encontrados e que, finalmente, deixem de existir. Não seria sábio que o sistema jurídico fizesse que as consequências jurídicas dependessem da prova do fato morte. Então, num contexto comprometido com o restabelecimento da estabilidade social – como é o caso do direito –, tomar como verdadeira a hipótese da morte a partir de uma regra que expressa um juízo de probabilidade representa a saída que melhor contempla, e a um só tempo, a premência da decisão e o compromisso de busca pela verdade. A limitação cognitiva – robustamente presente nessas situações – não é razão para que nos distanciemos de forma radical da busca pela verdade.

4.5.3. Fato básico

A terceira característica das presunções é sua estrutura. Hão de estar presentes um fato básico e um fato presumido a ser conectados por um fundamento empírico. O fato básico é o

esteja sobre a mesa a possibilidade de apreensão de certezas absolutas extrai a conclusão de que nos deve sobrar o digno reconhecimento de que o objetivo do processo é dizer o Direito em casos concretos, e não determinar verdades (2012: 90, nota 30). Afirma, ainda, que uma “explicação suficientemente justificada” resulta impossível se tomamos a questão da verdade com a extensão que a interrogação merece. Tratar da verdade “implica um esforço meta e pré-processual extraordinário no amplíssimo campo da metafísica, da teoria do conhecimento, da epistemologia etc. e, ademais, um espaço de papel ou um número de bytes dos que não é imaginável dispor, nem nesse breve ensaio, ou tampouco num volume grosso”. T.L.

ponto de partida do raciocínio realizado pelo legislador quando formula a presunção. O fato presumido seu ponto de chegada. A presença de fatos que sejam categorizados respectivamente como fato básico e fato presumido serve a explicitar a inferência que o legislador decidiu impor na forma de uma presunção. Considerando a regra “Se P, então Q deverá ser presumido”, importa reconhecer que o arquiteto institucional resolveu que Q era um fato merecedor de consequências jurídicas; tão importante que a determinação da sua ocorrência pode ser atingida através de prova de um fato diverso que sabe ter ocorrência frequentemente vinculada, P. Como sabe que P é categoria de fato que antecede à categoria de fato Q na realidade objetiva, no mundo, o arquiteto determina que seja aquele tido por esse, sempre que as provas não disserem o contrário (é uma generalização que ele impõe ao mesmo tempo em que admite exceções: as exceções deverão ser provadas, pois a generalização, dado que já é conhecida pela comunidade na qual se inserem – tanto o arquiteto quanto os demais participantes daquela comunidade). Em outras palavras, a presença de um fato básico a somar-se com a do fato presumido serve a explicitar e a cristalizar o caminho intelectual que foi percorrido pelo legislador no que se refere aos fatos. Digo que *explicita* o caminho intelectual porque dá a conhecer aos demais a inferência realizada quando formulou a regra; *cristaliza* porque a sua pretensão é de que essa inferência sobre os fatos não seja revisada pelo juiz, quem, mesmo que por ventura veja-se em desacordo com a institucionalização da relação entre P e Q, deverá aplicá-la.

Como se pode perceber, há uma relação muito próxima entre o requisito do fato básico e o do fundamento empírico. Um fato é qualificado como básico pelo legislador, que lhe explicita na regra que formula a partir de suporte em certa regularidade empírica. Mas essa relação próxima não deve dar lugar à confusão de que tratar-se-iam de um único e mesmo requisito. A presença de um fato básico e o fundamento empírico não se confundem porque:

- (i) nada impede a formulação de regras estruturadas em fato básico e fato presumido e que não apresentem fundamento empírico (como a regra que determina a comoriência);
- (ii) nada impede a formulação de regras que careçam de fato básico e fato presumido mas que sim se fundamentem em regularidades empíricas (vide as regras que pretendem regular a velocidade no trânsito, a idade mínima para votar etc).

Tudo o que aqui se afirma é que o fato básico deve ser considerado requisito necessário às presunções para que elas não se confundam com outras regras cujos efeitos pretendidos

sejam distintos em função de compromissos também distintos. Em suma, trata-se de uma característica necessária, ainda que sozinha seja insuficiente para dar lugar a uma presunção.

Assim, há uma série de regras que determinam que uma proposição fática seja tida como verdadeira apenas sob a condição de que inexista prova contrária; não mencionam um fato básico que empiricamente se relacione ao fato cuja ocorrência se pretenda confirmar: “A menos que haja prova contrária, Q deverá ser presumido”. É o caso do que ficou conhecido por presunção de inocência e também do que entendemos por presunção de constitucionalidade. Não há que se confirmar um fato básico para que a partir dele se venha a tomar por verdadeira as hipóteses de inocência e constitucionalidade: sem ter de se preocupar em confirmar um fato antecedente, de partida qualquer processado tem a seu favor a hipótese de inocência; sem ter de se preocupar em confirmar um fato antecedente, toda lei ou ato normativo tem a seu favor a hipótese de constitucionalidade (qualquer sujeito que afirme a existência de uma lei ou ato normativo é dispensado da provar que a lei ou ato observa os critérios de validade impostos pelo sistema jurídico de referência e que, portanto, é constitucional). Esses são exemplos representativos desse tipo de regras e nelas. A ausência de um fato básico, nessas hipóteses, combina-se com a falta de fundamento empírico, pois não pretendem que o tomado por verdadeiro pelo direito reflita o que provavelmente é verdadeiro. O compromisso firmado pelo arquiteto quando esse tipo de regras é de caráter político e moral. Refletem escolhas sobre erros preferíveis (no caso da inocência do acusado), sobre o valor de se estabelecer uma rotina institucional de procedimentos mais simples e menos custosos (no caso da constitucionalidade das leis e atos normativos). Estas regras, pois, carecem de fato básico e carecem de fundamento empírico.

Ademais, o que dizer das regras que buscam limitar a velocidade máxima em áreas próximas a escolas? Ou a regra que determina que a idade mínima para se votar é de 16 anos? Tratam-se de exemplos de regras de cujas formulações podem ser perfeitamente reconstruídas a partir de regularidades empíricas. A regra de velocidade máxima de trânsito, suponhamos em 50km/h, é formulada por um arquiteto institucional preocupado em fomentar um ambiente seguro nas áreas de circulação de crianças; obrigar aos cidadãos a reduzir a velocidade contribui ao ambiente seguro, no qual há menos riscos de acidentes. De forma semelhante, a regra que determina a idade mínima para votar expressa a preocupação de que a essa idade, de modo geral, as capacidades intelectuais referentes a escolhas políticas já

atingiram estágio de suficiente amadurecimento. A regularidade empírica num e noutro caso consubstanciam-se em razões subjacentes às regras e que se tornam, ao menos na maior parte dos casos que venham a regular, razões turvas. Há uma inferência subjacente à regra, que relaciona velocidade/acidentes, idade mínima de 16 anos/maturidade intelectual. Consiste numa inferência implícita; *pré-normativa*.

Isso não deve ser confundido com o que ocorre através de uma presunção. Nas presunções, há a explicitação do caminho intelectual trilhado pelo arquiteto institucional no que se refere aos fatos. Não há nada a supor. A presença do fato básico traz à superfície o raciocínio inferencial realizado pelo legislador (ou juízes, na hipótese de presunção jurisprudencial). O efeito das presunções é ímpar, particular, se comparado ao de outras regras porque oferece a inferência realizada pelo arquiteto institucional quando formulou a regra sem, contudo, abrir um convite ao aplicador a que se ponha de acordo com essa inferência, ou muito menos que se coloque a revisá-la. A presença do fato básico torna explícito o caminho intelectual com respeito aos fatos sem que com isso se pretenda abrir mão da autoridade que dota uma regra jurídica. É preciso enfatizar esse efeito de trazer à superfície o raciocínio fático então realizado pelo legislador sob pena de que se considere presunção qualquer regra jurídica que se funde uma regularidade empírica. Porque, se consideramos presunção toda e qualquer regra que possua um fundamento empírico, a prática totalidade de regras jurídicas serão presunções; entre regras de conduta e regras constitutivas, todas as que contenham uma subjacente e implícita consideração empírica que defira a como as coisas são na realidade objetiva como um critério para influir em como os comportamentos devem ser, enfim, todas serão presunções. E quando quase todas as normas jurídicas pudesse ser considerada presunções, a noção de presunção careceria de utilidade; deixaria de significar algo muito específico que, em minha opinião, deve-se defender: que seja entendida como uma segunda melhor resposta a ser tomada por verdadeira porque se trata da resposta mais próxima da realidade objetiva.

Um conceito assim faz falta a sistemas jurídicos que levem a sério o compromisso epistemológico de usar proposições fáticas que se aproximem ao máximo da verdade como base de suas decisões judiciais. Não é o caso de que desperdicemos a chance de confeccionar uma ferramenta conceitual adequada às necessidades próprias do contexto jurídico e de como expressamos a relação entre a determinação dos fatos e a realidade objetiva. Para tanto, o

requisito do fato básico importa na medida em que separa as presunções das demais regras que contam com regularidades empíricas em seus fundamentos. Por último, mas não menos importante, a exigência de um fato básico funciona como uma âncora entre o caso concreto e o fundamento empírico contido na regra. Porque para que a generalização transforme-se em aplicável ao caso é necessário que um fato que regularmente se relaciona ao fato que se quer seja presumido seja antes confirmado. Há um esforço probatório mínimo a que se possa justificar um compromisso epistemológico a um expediente. Não se determina que algo seja tomado por verdadeiro “do nada”, senão que a partir da prova de um fato que provavelmente antecedeu a ocorrência do fato principal. Há um salto, mas não se trata de um salto no abismo. Ele envolve riscos calculados e com considerável chance de êxito.

4.5.4. Prova contrária

A partir de agora ocuparei-me da última característica necessária às presunções. Com a admissão da prova contrária, fica completa a análise das características necessárias e em conjunto suficientes para que se esteja diante de uma presunção. Tratando-se de uma redefinição que se propõe a conjugar-se a um compromisso de caráter epistemológico, torna-se imprescindível listar a previsão de prova contrária entre os requisitos conceituais da presunção. Pois, desde uma perspectiva preocupada com a determinação dos fatos do processo o mais próximos possível da verdade, de nada adianta que a regra possua um fundamento empírico através da qual o arquiteto institucional presta certa deferência à realidade objetiva se, no caso individual, acabada proibindo a entrada de informações possivelmente mais precisas. A noção de uma segunda melhor resposta oferecida pelo sistema a certas situações se esvazia se combinada com a proibição de prova contrária. Proibir a prova contrária nada mais é do que converter a segunda melhor resposta na única resposta a qual o arquiteto institucional está disposto a dar. De maneira que a proposição fática que somente deveria ser tomada como verdadeira *à falta de* informação específica sobre o caso é alçada ao status de *resposta preferida*. Significa que a estratégia de se proibir a prova contrária responde justamente ao objetivo de se afastar a possibilidade de se confirmar a falsidade da proposição. Ela deverá ser considerada verdadeira a despeito de que as provas sobre a sua falsidade pudessem ser produzidas (possibilidade fática), na hipótese de que o direito não as tivesse proibido. Aliás, a proibição da prova contrária já foi alvo de críticas quanto à sua constitucionalidade, uma vez que costuma figurar nos diplomas constitucionais

contemporâneos a garantia ao direito à defesa e de produção de toda prova que seja útil para mostrar a verdade ou falsidade de proposições fáticas relativas a fatos relevantes³⁵⁵. A questão, no entanto, é que a proibição decorre da irrelevância do fato a ser presumido porque, em realidade, o legislador converteu o fato que supostamente ocupa o lugar de fato básico (ou secundário) em fato juridicamente relevante, excluindo-o da área do que pode ser discutido o fato a ser presumido. Em realidade, o fato básico é tão reprovável quanto o fato a ser presumido e é ele, – o fato básico – que terá a ocorrência sob foco nos casos em que se proíbe a prova contrária.

Não pretendo debater a utilidade que a proibição de prova contrária possa ter para a satisfação de compromissos político-morais que tenham sido assumidos por dado sistema jurídico, minha afirmação consiste apenas em reconhecer a absoluta incompatibilidade dela com qualquer compromisso epistemológico, uma vez que expressam justamente a preferência por proposições fáticas falsas em algumas situações. Houvesse optado por uma formulação que não explorasse a relação entre um fato básico e um fato a ser presumido (que diretamente impusesse a reprovabilidade de um fato *P* sem ter de se referir a um fato *Q* para atribuir efeitos ao primeiro), não seria criada a preferência pela proposição fática falsa referente a *Q*, senão que caberia atribuir ou não efeitos a *P* em função das provas produzidas referentes a ele mesmo, portanto, exclusivamente a depender da verdade ou falsidade de proposição a ele referente. Considerando “Se *P*, então *Q* deverá ser presumido”, é possível compreender que através da proibição da prova de *Q* o arquiteto do sistema de regras opta pela estratégia de atribuir efeitos à falsidade da proposição relativa a *Q*, mas que, em realidade, o que está a fazer é expressar que o que lhe importa é a determinação da verdade de *P*. Se *P* ocorreu, com independência de *Q*, isso já é o bastante para a atribuição de consequências jurídicas. Trata-se de um giro linguístico por meio do qual se atribui consequências a proposições fáticas que podem ser falsas como custo de que a outras proposições verificadas verdadeiras (as referentes a fatos básicos que, como vimos, são os juridicamente relevantes) tenham as consequências que merecem. Atrela-se consequências jurídicas a duas categorias de fatos e o

³⁵⁵ AGUILÓ REGLA, 2006: 27: “Essa característica das presunções *iuris et de iure* de subtrair uma questão do âmbito da verdade e/ou do processo (de ser a negação de uma verdade procesual) explica porque muitas vezes se disse que o estabelecimento de normas desse tipo por parte do legislador supõe uma intromissão ilegítima da legislação (entendida como função) no âmbito da jurisdição, pois a determinação do que ocorre de fato no mundo nunca deveria ser o objeto da legislação; o legislador seria inábil (não estaria em condições) para determinar a ocorrência de fatos particulares”. T.L.

status de possível (e mesmo provável) falsidade de umas proposições não são o suficiente para afastar as consequências a ser atribuídas a outras.

Nesse sentido, a admissão de prova contrária representa a porta de entrada à realidade objetiva do caso específico. É permitindo a prova contrária que o arquiteto institucional concede status de subsidiariedade à proposição não provada. A interpretação do caso concreto como instância individual da regularidade empírica fundamento da presunção deve depender de que informações melhores não existam e, logicamente, averiguar a existência ou inexistência de informações melhores pressupõe primeiro a previsão de admissão de provas contrárias. Não há, pois, como se falar em presunções como expedientes compatíveis e realizadoras de um compromisso epistemológico em hipóteses que fechem suas portas para a prova contrária. A generalização é compatível com o compromisso epistemológico na medida em que é colocada em segundo lugar, sempre em detrimento de informações mais específicas sobre o caso concreto, em posição coadjuvante, residual, à espera por alguma brecha, resignada em sua falta de protagonismo. Até porque, se o que se pretende é estabelecer fins distintos à máxima aproximação de proposições que se correspondam à realidade objetiva, para isso já contamos com ficções ou diretamente como diriam alguns renomados professores, com regras constitutivas³⁵⁶.

Nesse sentido, afirmo a reunião de todas essas características como necessária a um conceito de presunção que seja útil ao direito, considerando o esquema conceitual referente às estratégias de determinação dos fatos. Porque afastar a estratégia eliminatória de Allen e defender que, pelo contrário, a presunção merece ser preservada, implica defendê-la como não-redundante; é não-redundante um conceito que sirva não somente a repetir efeitos perfeitamente alcançáveis através de outros conceitos. Como de momento está a repetir efeitos de três outros instrumentos – do ônus, da ficção e da inferência probatória epistêmica – ela termina por produzir uma ambiguidade indesejada tanto entre os operadores quanto entre os teóricos do direito; ora criando confusões desnecessárias porque simplesmente cada um aplica o termo pretendendo um sentido distinto, ora, sendo conscientes dos riscos de se formarem essas confusões, impõe-se-lhes a necessidade de sempre previamente estipular em que sentido o termo será empregado para, só então, abrir-se o debate sobre o conteúdo que genuinamente importa. Por economia de esforços, por apreço à racionalidade, é aconselhável

³⁵⁶ Como AGUILÓ REGLA, ver item 2.5.3.

que escolhamos um dentre os diversos sentidos que o termo possui. O único sentido que lhe garante autonomia conceitual à presunção, sem que ela possa ser reduzida a um mero sinônimo de outros expedientes, é o que lhe vincula a um compromisso epistêmico. Deverá ser considerado presunção uma regra (e nunca apenas uma inferência) que apresente uma generalização com fundamento empírico (e nunca uma generalização artificialmente forjada pelo próprio direito), que possua um fato básico (e nunca apenas um fato a ser tomado por verdadeiro sem que se explicita a inferência de que fato a qual fato foi realizada ao momento da formulação da regra), que preveja possibilidade de prova contrária (e nunca feche as portas para as melhores informações sobre o caso individual). A ausência de qualquer desses elementos transforma o candidato à presunção em uma outra coisa.

4.6. As presunções: entre decisões sobre como decidir e as razões para atuar

No item anterior defendi um conjunto de características que seriam necessárias a qualquer presunção. A partir de agora, ocuparei-me das duas perspectivas envolvidas num cenário de aplicação das presunções assim entendidas. Para isso, vou explorar a noção de decisões de segunda ordem (*second order decisions*) de SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT e a distinção entre razões de primeira e segunda ordens de RAZ. Nelas encontraremos as ferramentas conceituais necessárias para distinguir *as razões que levam à formulação* de uma presunção das *razões que levam a aplicação* de uma presunção: (i) O primeiro conjunto de razões leva em conta a posição do arquiteto institucional. No caso do direito e da formulação das presunções, a análise de SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT servem a iluminar a perspectiva do legislador; a enxergar melhor o que ele leva em consideração quando formula uma presunção. (ii) Depois disso, também interessa o conjunto de razões que leva o julgador a aplicar uma presunção.

(i) As decisões de segunda ordem ou decisões sobre como decidir depois

A decisão sobre como deverá ser a decisão sobre os fatos é algo particular à perspectiva do legislador. É ele quem decide quanta discricionariedade o juiz terá para admitir e valorar provas para, então, decidir sobre os fatos. Trata-se de uma decisão cujo objeto é a decisão futura. O contexto de formulação de uma presunção envolve uma decisão que refletirá o grau de confiança a ser atribuído às capacidades intelectuais daquele que decidirá depois. O princípio da livre valoração da prova expressa considerável confiança às capacidades

intelectuais do julgador para decidir que provas admitir, como valorá-las, o que decidir com base nelas. Ao mesmo tempo, também é certo que mesmo em cenários nos quais o legislador concede tal discricionariedade ao julgador, se o seu objetivo é de modelar um sistema jurídico em que a determinação dos fatos seja racional, isso acaba se traduzindo numa exigência de que sejam formulados *standards* de prova que representem adequadamente as preferências de uns erros sobre outros (isto é, de se evitar alguma classe de erros mesmo que isso sirva a reproduzir outras classes de erros). Logo, é forçoso reconhecer que até mesmo os cenários de mais confiança à decisão futura podem contar com constrangimentos anteriormente formulados. Decisões sobre como decidir depois são próprias do cenário do direito, e, no que se refere aos fatos, essas decisões podem variar, contribuindo para um leque de situações: de situações em que mais se confia nas capacidades intelectuais do julgador a situações nas quais o legislador prefere não arriscar a que a decisão finalmente tomada pelo julgador venha a divergir do que ele, legislador, decidiria nos casos individuais se tivera essa oportunidade em mãos.

Ao tratarem das decisões de segunda ordem, SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT contribuem a esclarecer o que ocorre nesses cenários. Por decisões de segunda-ordem, os autores referem-se a estratégias apropriadas a reduzir problemas associados à tomada de decisão de primeira-ordem³⁵⁷. Por vezes, há mais vantagens em se preestabelecer critérios fixos de decisão com anterioridade ao momento em que os conflitos apareçam. Isso, contudo não presta tratamento às situações em que uma decisão anterior e descolada do momento pode produzir injustiças inaceitáveis. Ou seja, SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT colocam-se a examinar situações nas quais a tomada de decisão é dividida em *dois momentos*: chamam-lhes de decisão *ex ante* e decisão *on the spot*. Isso porque, tanto em nossa vida cotidiana e pessoal, quanto na rotina institucional, é comum que façamos uso de uma série de estratégias que ora adiantam as reflexões mais substanciais de modo a facilitar o momento futuro de decisão *on the spot*, ora concedem maior peso ao momento da decisão *on the spot* sem que a reflexão sobre as razões para decisão sejam levadas em conta *ex ante*.

Se aplicamos as categorias de SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT a exemplos, seria acertado dizer que uma decisão sobre se fazer p ou fazer não-p poderia levar em conta todas as razões a favor ou contra de fazer p com anterioridade de que os casos concretos, cujos

³⁵⁷ SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 1999: 3.

conteúdos fossem fazer p ou fazer não- p , viessem a ocorrer. As vantagens de se fazer p ou fazer não- p seriam examinadas e balanceadas antes do momento em que a decisão efetiva sobre se se deve ou não fazer p tivesse ocasião. Antecipar o momento de reflexão sobre fazer p ou não- p ou esperar até que o questionamento apareça em função de uma situação concreta? Essa é uma pergunta que só pode ser respondida a partir de uma reflexão quanto aos resultados que se quer produzir: que custos se está disposto a pagar para a produção de decisões perfeitas (que tenham risco consideravelmente reduzido de ser sobre ou infrainclusivas)? De quanto tempo se pode dispor até que as informações para a decisão perfeita seja alcançada? Se consideramos por cenário de decisões perfeitas aquele no qual apenas culpados sejam condenados e que apenas inocentes sejam absolvidos, temos de assumir que esse não é o cenário no qual trabalhamos. Há uma limitação de tempo e recursos institucionais para que os casos sejam solucionados e, uma vez que os procedimentos sejam regularmente satisfeitos, o processo encaminha-se para o seu desfecho. Um desfecho que pode estar longe de ser perfeito, com independência do empenho dos atores envolvidos. É precisamente quando a pretensão de decisões sempre perfeitas abandone o horizonte que será necessário definir que classe de erros se está disposto a produzir em nome dos erros que mais se quer evitar. A estratégia de decisão de segunda ordem mais adequada variará conforme as respostas concedidas a estas perguntas: quanto menos tempo e recursos se esteja disposto a gastar, maior a proporção de erros se deve estar disposto a produzir. E é possível ajustar as ferramentas para essas finalidades³⁵⁸.

Com isso em mente, SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT classificaram as decisões de segunda-ordem entre *High-Low*, *Low-Low*, *Low-High*³⁵⁹. Essa terminologia quer expressar os

³⁵⁸ É possível que o peso da decisão recaia sobre todo sobre uma mesma pessoa, e, ainda assim que ela decida que o melhor é refletir sobre ela em momento posterior. Contudo, no contexto jurídico, os sujeitos costumam ser distintos: o legislador decide sobre como o juiz/administrador/legislador de competência distinta decidirá em momento oportuno, atribuindo-lhe em maior ou menor medida o peso da reflexão intelectual sobre as razões pertinentes àquela decisão.

³⁵⁹ No texto, os autores mencionam as estratégias *high-high*, que se caracterizam por intensa atividade intelectual tanto antes da decisão como no momento da decisão propriamente dita. No entanto, não oferecem análise proporcional a essas estratégias (apenas as mencionam como cenário possível), dado que não parecem ser estratégias desejáveis a qualquer cenário de decisão que tenha pretensões racionais. Pelo contrário, representam grande gasto de energia para resultados que poderiam ser igualmente alcançados através de estratégias. Tanto é assim que o exemplo de estratégia *high high* são governos disfuncionais dos romances de Henry James.

distintos graus de reflexão intelectual desenvolvidos antes e no momento da decisão propriamente dito, quando comparados. Vejamos:

(a) Estratégias *High-Low* reduzem o ônus da atividade intelectual ao momento da decisão propriamente dita (“*on the spot*” *decision*) mas, em compensação, requerem consideráveis esforços em momento anterior (“*ex ante*” *decision*)³⁶⁰. Antecipa-se o peso da reflexão acerca de razões contrárias e favoráveis a fazer p de modo a evitar que essas razões tenham de ser enfrentadas no momento próprio de se ter que decidir se se faz p ou não- p no caso concreto. Quando se sabe que situações de mesmas características se repetirão, é vantajoso tomar uma estratégia *High-Low*. Com elas, promove-se certa uniformidade de tratamento e se economiza tempo. Um exemplo de estratégia *High-Low* está nas *regras*.

(b) De tipo *Low-Low* são estratégias que impõem pouco peso antes e também pouco tempo depois. A vantagem está no reduzido esforço que ela representa para aquele que precisa decidir.. Jogar uma moeda é forma de decisão que não implica em grandes esforços, o sujeito se exime de refletir sobre as razões para se tomar a decisão e confere a algo exterior à própria racionalidade o resultado final. O desafio está na justificação dos erros que serão produzidos. SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT também listam “passos pequenos” entre as estratégias *Low-Low*, pois, do ponto de vista do agente, melhor não decidir antes por falta de informação e, mesmo ao momento da decisão, quando se decide por passos pequenos há consequências mais controladas e, neste sentido, com efeitos reversíveis (por ex.: morar junto antes de casar, tomar um semestre de classes de direito como ouvinte antes de se matricular).

(c) Em terceiro lugar, estão as estratégias de tipo *Low-High*, nas quais o peso de maior reflexão intelectual concentra-se no momento da decisão propriamente dita. Cronologicamente, as razões sobre se se faz p ou não- p não serão enfrentadas com antecipação ao momento em que concretamente se tenha de decidir se p é ou não o melhor comportamento a ser realizado. A delegação é o exemplo oferecido por SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT. Nela, o agente delega a um terceiro o peso da atividade intelectual sobre se se faz p ou não- p . A decisão é de se abster sobre o mérito, confiar no que o outro irá decidir em momento oportuno.

SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 1999: 12: “Para preencher todas as possibilidades, incluímos ‘high-high’ também (...)”.T.L.

³⁶⁰ SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 1999: 4.

Essa análise sobre estratégias de decisão contribui a esclarecer o objetivo do arquiteto institucional quando formula uma presunção. A presunção é regra e, portanto, uma estratégia do tipo *High-Low*. Através dela, pretende-se que a atividade intelectual mais intensa ocorra em momento anterior ao momento da decisão propriamente dita. A determinação de fatos passa a ser, através dessa estratégia, objeto direto³⁶¹ de uma regra jurídica. É o arquiteto institucional que analisa os prós e contras de se vincular uma categoria de fatos às consequências jurídicas originalmente atribuídas a outra categoria de fato em razão da correlação que esses fatos já apresentam na realidade objetiva: *P* e *Q* passam a ser categorias de fatos relacionadas à concessão de efeitos jurídicos tal qual já se relacionam na realidade objetiva; o arquiteto institucional resolve fazer que a regra “acompanhe”, que a regra reflita, expresse, a regularidade empírica em questão. Assim, partindo da regra “Se *P*, então *Q* deverá ser presumido”, o que se pretende é que, a menos que se produzam provas contrárias a *Q*, a ocorrência de *P* deverá ser suficiente para garantir as consequências jurídicas de *Q*. O efeito da regra é de precisamente converter a determinação sobre fatos numa decisão referente à vinculação jurídica de categorias de fatos entre si. Em suma, a relação entre *P* e *Q* é objeto de decisão legislativa que resolve, após um balanço das vantagens e desvantagens, reuni-los por meio de uma regra.

A principal vantagem da formulação de uma presunção específica está em que a generalização apresenta-se como a melhor estratégia para determinar os fatos diante da falta ou insuficiência de provas. *P* e *Q* são categorias de fatos já relacionadas na realidade objetiva e o que o legislador faz é se apoiar nesse dado, fruto de experiência já acumulada, para acertar a determinação dos fatos o máximo possível. Ao mesmo tempo, a formulação de uma generalização “para acertar ao máximo” implica o reconhecimento de *alguma margem de erro*; isto é, de que é inevitável reconhecer que haverá casos nos quais a prova de *p* resultará na determinação da ocorrência presumida de *q* mesmo que *q* não tenha acontecido. Basta pensar nos casos em que a prova contrária não é apresentada ou, quando trazida aos autos, é valorada como insuficiente. O legislador assume que a regra produzirá alguma injustiça e a

³⁶¹ Por “objeto direito” de uma regra jurídica quero demarcar a diferença desse tipo de regras e as regras que pretendem modular a atividade intelectual dos julgadores quando raciocinam sobre fatos sem, contudo, intervir nos resultados de prova desse ou daquele fato. Há regras que se referem à atividade intelectual que culminará na determinação dos fatos (como a regra da *sana crítica* e outras regras que procuram dirigir a valoração da prova para que ela seja racional) e há regras que estabelecem que a prova de um fato (categoria específica de fato) servirá para a fixação de outro fato (categoria específica de fato).

sopesa com as vantagens de se evitar outra classe de erros. Ele prefere evitar os erros decorrentes da determinação dos fatos em cenários de maior discricionariedade, no qual o julgador é quem decide se integra ou não a regularidade empírica em questão. De posse dessas alternativas, vence a preferência por eliminar a reflexão “on the spot” do julgador sobre a relação entre P e Q , vence a preferência por institucionalizar uma regularidade empírica e de eliminá-la do escopo do raciocínio crítico do julgador (se lhe parece ou não racional inferir q de p); vence, portanto, a preferência por produzir *erros resultantes da generalização de q quando p* aos *erros resultantes da decisão do juiz em cada caso individual*.

Dessa forma, a margem de discricionariedade do juiz em contextos de operacionalização de presunções concentra-se em duas áreas: (a) na qualificação jurídica dos fatos percebidos como instâncias individuais de P , não- P , Q e não- Q , (b) na aplicação de *standards* de prova, já que depende disso, da aplicação que o juiz faz dos *standards*, a resposta sobre se finalmente há prova suficiente de p ; se finalmente há prova suficiente de não- q . A resposta sobre se o caso satisfaz ou não as condições de aplicação de uma presunção depende dessas escolhas do julgador, mas, uma vez elas tenham sido tomadas (sobre a qualificação e sobre a suficiência da prova de p ou de não- q), não há liberdade de se concluir por uma proposição fática diferente da proposição fática presumida.

Assim, cabe a leitura das presunções como decisões *High-Low* pois se pretende que toda a reflexão, discussão, problematização sobre as vantagens e desvantagens de se ter como verdadeiro Q a partir de P permaneça vinculada ao momento legislativo. O momento *ex ante* analisa *prós* e *contras* do reconhecimento jurídico dessa relação entre fatos, enquanto que o momento *on the spot* caracteriza-se por uma atividade intelectual que se deixa restringir mais, que se orienta pelo que já foi decidido *ex ante* (ao menos quanto aos fatos). Mas, vejamos com mais vagar o que ocorre no momento da decisão propriamente dita (decisão *on the spot*).

(ii) As razões para atuar e a tomada de decisão propriamente dita

As presunções são regras e isso significa que sua pretensão é de que funcionem como razões excludentes de outras razões que o agente pode ter para acabar decidindo diferente. Para falar sobre o agir com base em regras, RAZ propõe a conhecida distinção entre *razões de primeira ordem* e *razões de segunda ordem*. Um cenário no qual tenha que decidir se cumpro ou não a promessa feita ao meu sobrinho de levá-lo ao parque de diversões envolve dois tipos

de razões: por um lado, levá-lo ao parque lhe deixará muito feliz e me deixa satisfeita produzir memórias afetivas positivas entre nós. Por outro, a forte dor de cabeça que tenho no dia de hoje pode atrapalhar o programa. No entanto, para além dessas razões, há ainda o fato de que prometi. Para aqueles que atribuem um valor ao ato de se fazer promessas, o propósito de fazê-las é o de precisamente tentar eliminar uma decisão diferente: aconteça o que acontecer, haja o que houver, a promessa deve ser mantida; do contrário, qual o sentido de se fazer uma promessa? Se o conteúdo da promessa pudesse ser suspenso a qualquer dificuldade, qual seria o valor de se fazer uma promessa?

O que RAZ quer salientar com exemplos como quando fazemos promessas é que existem razões que pretendem afastar outras razões. A promessa pretende ser uma razão suficiente para a tomada de decisão de como atuar; pretende afastar o sujeito de um balanço de razões de primeira ordem que busquem determinar a resposta a partir de um sopesamento entre a felicidade do sobrinho e a forte dor de cabeça. No entanto, para além dessas razões, o fato de que eu fiz a promessa não sai da minha cabeça. E a promessa passa a ser a razão suficiente para manter o passeio pois há um valor em se prometer algo, minha palavra precisa ser mantida. No exemplo, as razões de primeira ordem são excluídas do cômputo de razões. Não houvesse prometido o passeio para aquela manhã específica eu tenderia a não sair de casa, sequer a me levantar da cama. A promessa funciona quando meu curso de ação se mantém inalterado mesmo

No contexto jurídico algo semelhante passa com as regras jurídicas, que cumprem seu papel quando são suficientes para afastar um balanço de razões de primeira ordem que poderiam levar os agentes a cursos de ação distintos ao por ela ordenado. A regra que obriga o pagamento de impostos funciona quando realizamos o curso de ação de pagar os impostos, mesmo que tenhamos razões que facilmente prestariam apoio à ação de deixar de pagar impostos: o desvio de grande parte do montante arrecadado por nossos governantes, a viagem tanto desejada e que poderia ser feita, o carro que gostaríamos de comprar são afastadas pela regra. Pagamos impostos a despeito da crença de que seríamos capazes de fazer um melhor uso daqueles recursos, a despeito das críticas que temos sobre as áreas que recebem mais e menos investimentos públicos. A regra jurídica faz com que deixemos de realizar o que era de nossa vontade de acordo com o balanço original das razões de primeira ordem. No lugar do que esse balanço nos levaria a realizar, procedemos ao imposto pela norma com

independência de se nos convencemos sobre a correção de seu conteúdo. De modo semelhante, a regra de não matar funciona quando desestimula o sujeito que com base em razões de primeira ordem poderia optar por tirar a vida de alguém.

Pois bem, a presunção funciona como uma razão de segunda ordem excludente que objetiva afastar o exame de razões de primeira ordem sobre a conduta em questão. O juiz obedece uma presunção quando toma q por verdadeiro a partir da prova de p não porque acredite genuinamente que p seja uma boa razão para inferir a ocorrência de q , mas porque há uma regra segundo a qual “Se P , então Q deverá ser presumido”. Quando o juiz aplica uma presunção, guia o seu agir por uma razão de segunda ordem. Isso significa que a decisão judicial tomada com base em q não depende de razões a favor ou contrárias à ocorrência de q , mas a sua disposição a obedecer a regra jurídica. O juiz não examina as razões de mérito (isto é, se q deve ser tomado por verdadeiro em função da prova de p), mas segue a regra que lhe obriga a tomar q como verdadeiro naquelas mencionadas condições (isto é, diante da prova de p e da ausência de prova de $não-q$). Então, a regra é, ao mesmo tempo, uma razão de primeira ordem a favor da ação conteúdo da regra e uma razão de segunda ordem que exclui as demais razões de primeira ordem que enviariam o agente para outros cursos de ação. A regra desempenha um papel de autoridade diante do juiz, que obedece a algo já decidido pelo legislador num momento anterior. Se combinamos a análise de RAZ à contribuição de SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT anteriormente examinada, a decisão *on the spot* do juiz que aplica uma presunção é de seguir a regra e de excluir outros cursos de ação. Isso implica enxergar como fora de seu campo decisão a escolha sobre a correção ou incorreção da correlação de P e Q . Há a regra “Se P , então Q deverá ser presumido” e, num certo sentido, é irrelevante a concordância do juiz a respeito da generalização entre fatos institucionalizada pelo julgador. A institucionalização da correlação entre P e Q é assunto já decidido pelo legislador. O que sim cabe ao juiz é valorar se há provas suficientes de p e se há provas suficientes de $não-p$, o que, por sua vez, implica reconhecer-lhe certo poder sobre a determinação dos fatos mesmo em cenários nos quais o julgador tenha pretendido restringir-lhe a atividade intelectual. Não há como eliminar esse espaço de valoração e interpretação, considerando-se que a resposta sobre se estão satisfeitas ou não as condições de aplicação dela (isto é, prova suficiente do fato básico e ausência [ou insuficiência] de prova contrária ao fato presumido).

Por isso mesmo, também é oportuna a lição concedida por González Lagier, atentando para o fato de que o raciocínio judicial compõe-se por mais de um tipo de inferência. Equivoca-se aquele que pensa que todas as inferências que rumam à determinação de fatos são iguais. Na hipótese de presunção, a inferência realizada pelo julgador tem p como ponto de partida e q como ponto de chegada não em razão do pleno uso de suas faculdades cognitivas; não é em razão da discricionariedade para selecionar a regularidade empírica que encontrou pertinente às características do caso, mas por força de uma regra. A relação entre p e q está dada com anterioridade ao caso individual; está dada por uma regra que vinculou antecipadamente a ocorrência de P e Q (categorias de fatos), de maneira que sempre que ocorra uma instância individual de P , deve-se concluir por uma instância individual de Q . Significa que o juiz que realiza esse raciocínio segue uma regra que determina julgar conforme q sem que isso implique em sua crença de que q seja o caso. O passo inferencial resultante da aplicação de uma presunção difere qualitativamente do passo inferencial que haveria dado a partir de sua própria liberdade de julgamento: o juiz que conclui que q por força de uma regra preocupa-se em moldar seu plano de ação conforme o posto pela autoridade, quer q seja verdadeira, quer não; de outro lado, o juiz que conclui que q seguindo estritamente diretivas do raciocínio lógico – sem ter uma presunção a obedecer – está preocupado em emparelhar o que declarará ser verdadeiro com o que genuinamente crê sê-lo. No primeiro caso, trata-se de uma inferência probatória normativa, no segundo caso, de uma inferência probatória epistêmica. Tanto num como noutro caso, o raciocínio que conclui pela ocorrência de um fato apenas se aperfeiçoa com a realização de mais um tipo de inferência, que é aquela que interpreta o fato o qual se determinou ocorrido como uma instância do conceito de fato que se tem em questão. O disparo como um homicídio, a interrupção da gravidez como aborto e, como exemplo específico de uma categorização em cenário de presunção, de desaparecimento como ausência (jurídica).

Fica claro que a formulação de uma presunção é uma estratégia ímpar de determinação dos fatos. Impõe-se ao juiz a realização de uma inferência probatória normativa nos casos em que a inferência probatória epistêmica que confirme a hipótese contrária esteja fora de alcance. Nesse sentido, consiste em uma aposta institucional que pretende, em algumas hipóteses, dissociar o que será considerado verdadeiro no contexto decisório da crença de que o considerado verdadeiro no contexto decisório corresponda genuinamente à realidade objetiva. Essa dissociação não representa um radical distanciamento de um compromisso

epistêmico: entendendo por compromisso epistêmico a preocupação por promover ao máximo a integração de proposições fáticas verdadeiras como premissa de uma decisão judicial, uma aposta por uma estratégia de determinação fática que se ampare em uma generalização referente a um fundamento empírico também é compatível com o compromisso epistêmico.

Se é certo que as presunções podem gerar resultados injustos por atribuir a casos que excepcionam a regularidade empírica efeitos imerecidos, por outro lado, a determinação dos fatos nos cenários de prova suficiente é porosa a erros que o julgador tampouco está livre de cometer quando valora as provas; quando decide o que merece peso e quanto peso merece. Nenhuma estratégia de determinação dos fatos – seja resultante de uma aposta na autoridade da norma, seja resultante de uma aposta nas habilidades cognitivas do julgador – tem exclusividade sobre a produção de acertos e erros. Sendo assim, é preciso assumir a compatibilidade entre a determinação dos fatos pela formulação e emprego de presunções e algum compromisso epistêmico, pois, mesmo em casos nos quais a proposição tomada por verdadeira seja falsa, há que se ressaltar que presumi-la verdadeira configura-se como curso de ação mais promissor diante da falta de mais informações.

Aplicar presunções, que reconhecemos aptas a produzir falhas (se olhamos para a totalidade de casos que podem recair sob a sua incidência), consiste na estratégia adequada para produzir comparativamente mais acertos que erros em cenários de informação insuficiente. Isso nos leva a ter de reconhecer que sobra um espaço a ser ocupado por proposições fáticas falsas: isso não nos leva a ter de assumir uma atitude desiludida ou cética quanto à possibilidade e conveniência prática de se buscar a verdade, mas nos leva a refletir sobre as falsidades e erros com os quais estamos dispostos a conviver dentro do ambiente de determinação dos fatos. Assim, a presunções devem ser redefinidas a partir do objetivo de oferecer uma segunda melhor resposta em contextos de pouca informação ao mesmo tempo em que pretende reduzir ao máximo o ingresso de proposições fáticas falsas.

Por essas razões, creio que o conceito de presunção pode e deve ser reconstruído a partir da compreensão de que as regras que determinam a ocorrência de fatos a partir de generalizações empíricas são compatíveis com a busca pela verdade, pois, em certas situações, são o melhor que temos. Construir ferramentas epistemicamente potentes à seleção da proposição que finalmente servirá de premissa fática do raciocínio judicial não é algo

menor. Um processo efetivamente comprometido com a máxima integração de proposições fáticas verdadeiras deve erguer colunas que sustentem um procedimento probatório sensível à apreensão da realidade objetiva sem descuidar dos expedientes residuais, de caráter subsidiário, desenhados como antídoto das situações marcadas por insuficiências e dúvida persistente. Considerando esses contextos, a presunção se apresenta como um elogio realista à verdade: ela embarca numa busca humilde e que, apesar de suas limitações, pode contribuir ao estreitamento dos laços entre o direito e a verdade.

CONCLUSÃO

Essa tese foi dedicada à defesa de um conceito jurídico de presunção. Na linguagem comum, presumir significa pressupor, supor, imaginar, adiantar, conjecturar, sendo termo empregado em situações nas quais diante da limitação de informações, o sujeito assume uma versão como a mais provavelmente verdadeira; àquela na qual ele aposta as suas fichas pois crê ser a que tem mais chances a corresponder-se com a realidade objetiva. No ato de presumir, o agente aplica regularidades empíricas das quais tem conhecimento com o propósito de concluir sobre fatos cujas ocorrências são incertas. Trata-se de um exercício intelectual ampliativo que visa aproximar o sujeito da verdade, da realidade objetiva, mediante o qual se conclui que uma instância de fato acontecerá ou aconteceu tal como a categoria de fato a qual pertence. Aplica-se uma generalização a situações particulares. Como com frequência quando o céu se acinzentava depois vem a chuva; quando num dia específico o céu se acinzentava, autorizamo-nos a adiantar-nos à conclusão de que “hoje provavelmente irá chover”. Contudo, esse exercício intelectual ampliativo, de caráter não-dedutivo, não é o único sentido que o termo presunção ocupa no contexto jurídico.

No *capítulo primeiro* o leitor pôde encontrar a descrição do atual estado de coisas do contexto jurídico, em que presumir significa tanto o exercício ampliativo realizado pelo agente que visa a aproximar-se da verdade, como uma regra jurídica que impõe ao juiz o dever de incorporar uma proposição fática como premissa menor de seu raciocínio como se ela fosse verdadeira. Nessa segunda versão, a inferência que autoriza a conclusão sobre a verdade de um fato não é realizada pelo julgador, mas é antecipada pelo legislador.

Portanto, presunção, como conceito jurídico foi, então, desdobrado em *espécies*. Além de presunções judiciais (ou simples) e de presunções legais, vimos que a sistematização tradicional da matéria decompôs-se em um segundo critério; as presunções foram apresentadas como relativas ou absolutas, conforme contem ou não com a previsão de prova contrária. A consequência dessa sistematização é que as presunções passaram a ser facilmente confundíveis com outros conceitos jurídicos relativos à determinação dos fatos. Seus efeitos são os mesmos e, nesse sentido, o uso da terminologia passou a se dar na forma de sinônimo. Tanto é que a presunção relativa passou a ser apresentada como “o outro lado da moeda” do ônus da prova, a presunção absoluta e as ficções são vistas como tão próximas que houve quem as afirmasse distintas apenas desde um ponto de vista teórico de elegância;

sem falar nas presunções judiciais, as quais não apresentam diferenças qualitativas com o expediente da prova em geral.

Apresentado o estado de coisas de robusta ambiguidade entre a presunção e esses demais expedientes de determinação dos fatos, os capítulos segundo e terceiro serviram à apresentação e desenvolvimento de uma classificação aplicável aos principais tratamentos teóricos dedicados às presunções.

Como a tese se enfoca na ambiguidade terminológica que acomete as presunções nos sistemas jurídicos continentais, a estratégia que tomei foi de debruçar-me sobre as propostas continentais; àquelas que contribuíram à produção de um conceito mais exato desde a nossa própria tradição. Com isso em mente, busquei examinar criticamente as propostas de JERZY WÓBLEWSKI, MICHELE TARUFFO, DANIEL MENDONCA, PEÑA E AUSÍN, JOSEP AGUILÓ REGLA, DANIEL GONZÁLEZ LAGIER E GIOVANNI TUZET. Meu argumento é de que esses tratamentos tomados de forma isolada ainda não são suficientes para a sedimentação de um conceito jurídico de presunção que contribua para uma linguagem jurídica menos ambígua e mais produtora de compreensão. No entanto, são inegáveis as vantagens individuais que cada uma delas traz a serem combinadas numa nova redefinição de presunção.

Assim, o *capítulo segundo* dedica-se à análise crítica dos autores identificados por mim como reconstrutivistas diretos. Reconstrutivistas diretos, recorde-se, porque trataram das presunções em obras que lhe tinham como exato objetivo de análise. Foram eles: JERZY WÓBLEWSKI, MICHELE TARUFFO, DANIEL MENDONCA, PEÑA E AUSÍN, JOSEP AGUILÓ REGLA.

À continuação, no *capítulo terceiro* examinei as propostas teóricas oferecidas pelos autores que, se bem não tomaram diretamente o conceito de presunção como seu foco de atenção, sem dúvidas contribuíram para o esclarecimento de características indispensáveis a uma proposta capaz de garantir um lugar relevante e autônomo à presunção no que se refere ao no mapa conceitual das estratégias de determinação dos fatos nos atuais sistemas jurídicos. Foram examinadas as propostas de DANIEL GONZÁLEZ LAGIER E GIOVANNI TUZET.

No *quarto e último capítulo*, finalmente, apresentei uma proposta redefinicional da presunção que combina estratégias isoladamente usadas pelos autores da teoria do direito continental. Acredito a proposta objeto desta tese ainda consiste em um passo que ainda não tinha sido dado. Até então, os teóricos do direito haviam concentrado seus esforços em esclarecer ambiguidades e, desse modo, propuseram que fossem excluídas alguma ou

algumas das espécies de presunção de seu âmbito de incidência conceitual.

A incompletude dessas propostas creio dever-se à falta de uma peça importante do quebra-cabeças: para assegurar autonomia conceitual às presunções, de maneira a redefini-la como um conceito novamente útil (não reduzível a uma “etiqueta vazia” a ser somada como mero sinônimo às situações explicáveis mediante o conceito de ônus da prova, de ficção jurídica, de raciocínio inferencial probatório), é imprescindível a sua conjugação ao propósito institucional de se desenhar um processo comprometido com busca da verdade.

Neste sentido, as estratégias de determinação dos fatos devem ser concebidas, propostas e interpretadas a partir de um compromisso institucional segundo o qual a verdade importa, a realidade objetiva – independente da vontade de cada sujeito – é relevante. Assim, o passo que faltava era o de aproximar as presunções desse novo propósito: reconhecer, pois, um compromisso epistêmico que os expedientes de determinação dos fatos devem ser capazes de expressar (em distintos graus) – *se* é que pretendemos que os sistemas de regras jurídicas preservem-se como conformadores da conduta dos destinatários finais. Certa previsibilidade quanto às decisões judiciais (isto é, não-aleatórias) configura-se como um pressuposto para que o direito cumpra a sua função de direcionar comportamentos e isso está diretamente relacionado a um modelo de determinação dos fatos que seja sensível à verdade, ao propósito de se corresponder com a realidade objetiva.

A linha argumentativa assumida é de que o conceito de presunção deve ser revisado a partir desse compromisso que o direito firma com a verdade; a presunção é uma das estratégias de determinação dos fatos e o papel por ela desempenhado pode e deve ser distinto ao papel desempenhado por regras que distribuam o ônus da prova entre as partes, ao papel desempenhado pelo raciocínio inferencial, ao papel desempenhado por regras que fecham a porta à realidade objetiva. Cada um desses expedientes serve para expressar um grau de deferência que o direito quer manter com a verdade, em distintas situações, e com a presunção não deve ser diferente.

Nesse sentido, o capítulo quarto dedicou-se ao aperfeiçoamento do conceito, de modo que possa exprimir a necessidade de produção de uma segunda melhor resposta oferecida antecipadamente pelos responsáveis pelo desenho das instituições jurídicas. Isso fez com que o espaço das presunções fosse reduzido, mas, por isso mesmo, mais relevante: trata-se de um conceito que se aplica apenas às situações que apresentem propriedades específicas capazes

de garantir a produção de uma segunda melhor resposta que seja epistemicamente comprometida – não apenas por deixar a porta-aberta à realidade mediante permissão de prova contrária, mas por seriamente pretender produzir uma resposta que se corresponda à realidade na maior parte dos casos. Isso é possível quando se exige ao conceito as propriedades de que (a) seja uma regra jurídica, (b) que contenha um fundamento empírico, (c) que esteja estruturado a partir de um fato básico (além da (d) prova contrária, como já foi mencionado). Cada uma dessas propriedades são *isoladamente necessárias e conjuntamente suficientes* para que estejamos diante de uma *presunção jurídica*.

Isso faz com que as presunções não sejam mais confundíveis com outros conceitos, o que lhe traz uma função apenas sua. Caso essa proposta conceitual seja abraçada pela comunidade jurídica, a vantagem que poderá ser experimentada é que não teremos mais de vermos diante da necessidade desgastante de prestar uma série de explicações adicionais a cada vez que quisermos usar a terminologia das presunções. Já não teremos de nos preocuparmos em esclarecer que o sentido no qual desejamos que o termo seja entendido é próximo à ficção, ou que nos referimos apenas ao raciocínio probatório, ou ainda que pretendemos somente uma aproximação do conceito de ônus da prova. Tudo isso deixará de ser necessário. A vantagem de partir de um conceito mais exato de presunção é que finalmente estaremos livres para debater questões interessantes como: se certas matérias *merecem* ser disciplinadas por presunção (ou se, pelo contrário, é mais promissor seu tratamento via o mero ônus da prova, por exemplo); se certas matérias já disciplinadas por presunção efetivamente *devem receber* essa sorte de tratamento jurídico (ou se mais adequado reconhecer que a ficção jurídica é mais adequada aos efeitos que queremos resguardar); se uma presunção em específico está justificada ou não etc. Todo esse debate pressupõe uma virada de página que ainda não demos, pois, os termos do debate ainda estão se firmando. Espero poder haver contribuído, ao menos modestamente, na construção de um conceito jurídico de presunção mais exato para que, por fim, possamos rumar a novos horizontes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCATINO, D. - 2011: «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 483-511.
- AGUILÓ REGLA, J. - 1999: «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca», *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 22, 649-660.
- 2006: «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría* vol. 35, 9-31.
- ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. - 1987: *Sistemas Normativos: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- 2015: *Sistemas Normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ALLEN, R.J. - 1981: «Presumptions in Civil Actions Reconsidered», *Iowa Law Review* vol. 843, 843-867.
- 1982: «Presumptions, Inferences and Burden of Proof in Federal Civil Actions - An Anatomy of Unnecessary Ambiguity and a Proposal for Reform», *Northwestern University Law Review* vol. 76, no. 6, 892-912.
- ALLEN, R.J.; CALLEN, C.R., 2003: «The Juridical Management of Factual Uncertainty», *International Journal of Evidence and Proof* vol. 7, 1-30.
- 2013: «Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico» in *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, Carmen Vázquez (ed), Madrid: Marcial Pons. 41-64.
- 2014: «Burdens of Proof», *Law, Probability and Risk*, 1-25.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. - 2007: *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Granada: Comares.
- AMARAL SANTOS, M. - 2011: *Primeras linhas de direito processual civil*, 27 ed., São Paulo: Saraiva.
- ANDERSON, T.S., D ;Twining, W - 2005. *Analysis of Evidence*, 2 ed., New York: Cambridge University Press.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. - 2007: «Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)» in *En torno de la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ANDRIOLI, V. - 1966: «Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)», *Novissimo Digesto Italiano*, XIII.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. - 1999: «Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas», 1-4. Acceso em 2017.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J.- 2014: *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, a fraude à lei e o desvio de poder*, trad. Matida, J., São Paulo: Marcial Pons.
- BAYÓN, J. C. - 2008: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque benthamiano», *Analisi e Diritto*, 2008, 15-34.
- BARBOSA MOREIRA, J.C.- 1988: «As presunções e a prova», in *Temas de direito processual*, 1988, 55-71.
- _____ - 1989. «Julgamento e ônus da prova», in *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva.
- BEST, W.M.- 1845: *A treatise on presumptions of law and fact: with the theory and rules on presumptive or circumstantial proof in criminal cases*, Philadelphia: T.& J.W. Johnson, Law Booksellers.
- BRATMAN, M. E. - 1992: Practical Reasoning and Acceptance in a Context. *Mind*, Vol. 101, 1-15.
- BUENO, C.S. - 2013: *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento comum ordinário e sumário*, 6 ed., São Paulo: Saraiva.
- CARRERAS, J. «Naturaleza jurídica y tratamineto de las presunciones», *Estudios de Derecho Procesal*, ed. por M.F. y J Carreras, Barcelona: Bosch. 337-413.
- CARNELUTTI, F. - 1944: *Sistema de derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- _____ 1947: *La prova civile*, Roma: Edizioni dell' Ateneo.
- _____ 1950: *Lecciones sobre el proceso penal*, trans. Sentís Melendo, Buenos Aires: El Foro.
- _____ 1955: *Teoría general del derecho*, Madrid: Revista de Derecho Privado.
- _____ 2005 (1947). *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa, 4ed. Campinas: Bookseller.

- CHIOVENDA, G., - 1969. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva.
- COHEN, L.J., - 1989: «Belief and acceptance», *Mind* vol. 98, no. 391, 367-389.
- _____, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, Clarendon Press.
- D'ALMEIDA, L.D., «Cap 5: Clarifying the Account: Defeaters and the Burden of Proof»
- DAMASKA, M.- 1986: *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven: Yale University Press.
- 1997. *Evidence Law Adrift*, New Haven: Yale University Press.
- DASCAL, M.- 1999. *Interpretação e compreensão*, São Leopoldo: Unisinos.
- DAVIS, K.C.- 1942: «An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process», *Harvard Law Review Association* vol. 55, no. 3, 364-425.
- DEI VECCHI, D., 2015: «La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva» in *Debatiendo con Taruffo*, Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vázquez (eds.), Madrid: Marcial Pons. 273-295.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.; BANACLOCHE PALAO, J. - 2001: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid: Civitas.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. - 2012. *El papel del juez en el proceso civil: frente a ideología, prudentia iuris*. Pamplona: Aranzandi.
- DEVIS ECHANDÍA, H. -1976: *Teoría General de la prueba judicial*, 6 ed., Buenos Aires: Zavalía.
- DIDIER JR, F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. - 2013: *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatorio, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*, 8 ed., Salvador: Jus Podivm.
- DINAMARCO, C.R. - 2002: *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., São Paulo: Malheiros.
- ENGEL, P.- 1998: «Believing, Holding True, and Accepting», *Philosophical Explorations*, I, 2, 140-151.
- ENGEL, P., VV.AA. - 2000: *Believing and Accepting*, Dordrecht: Kluwer.
- EVE, H.A.S.; ZUCKERMAN, M.A. - 2013: «The Forgotten Pleading», *The Federal Courts Law Review* vol. 7, no. 1, 152-175.

- FAIGMAN, D.L. - 2008: *Constitutional Fictions: a Unified Theory of Constitutional Facts*, Nwe York: Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. - 2006: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid: La Ley.
- , «La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable», Cuadernos electrónicos de filosofía jurídica y política, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2260161>, acceso em abril de 2017.
- FERRAJOLI, L. - 2011: *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A.R.M., Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Editorial Trotta.
- FERRER BELTRÁN, J.- 2003: «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones», *Jueces para la democracia* vol. 47. 27-34.
- 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, 2a ed., Madrid: Marcial Pons.
- 2006: «Legal Proof and Fact Finders' Beliefs», *Legal Theory*, vol. 12, 293-314.
- 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- 2013a: «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia» *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Josep Joan Moreso y Josep Lluís Martí (eds.), Madrid: Marcial Pons. 137-156.
- 2013b: «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana» in *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Carmen Vázquez (ed), Madrid: Marcial Pons. 21-39
- FULLER, L.L. -1930: «Legal Fictions», *Illinois Law Review* vol. XXV, no. 4, 363-399.
- 2003 (1958) «Qué es una ficción jurídica», trad. Ferrer Beltrán, in *Ficciones Jurídicas: Kelsen, Fuller, Ross*, México, DF: Fontamara.
- GAMA, R., - 2011: *Las presunciones en el derecho y la argumentación*, Tesis doctoral, Alicante.
- , - 2013. «Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental» *Revista de Estudios de la Justicia*, ano 19. pp. 67-89.
- , 2015: «Presumptions and Fictions: a Collingwoodian Approach» in *Legal Fictions in Theory and Practice*, Heidelberg: Springer.

- , 2016: «Presunciones en el derecho continental y en el common law. Un análisis comparado», *Debatiendo con Taruffo*, (coeds) Jordi Ferrer Beltrán e Carmen Vázquez. Madrid: Marcial Pons, 359-384.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J; BUITRÓN RAMÍREZ G., - 2004: *La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GASCÓN ABELLÁN, M. - 2004: *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 2a ed., Madrid: Marcial Pons.
- - 2005: «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos». *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 28. 127-139.
- GAVAZZI, G.; - 1970: *L'onere: tra la libertà e l'obbligo*, Turín: G. Giappichelli.
- GOLDMAN, A.I. -1999: *Knowledge in a Social World*, New York: Oxford University Press.
- GONZALEZ LAGIER, D. - 2013a: «Hechos y argumentos: la inferencia probatoria» in *Quaestio Facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México, DF: Fontamara.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. - 2013b: «Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos» in *Quaestio Facti: ensayos sobre prueba causalidad y acción*, México, DF: Fontamara.
- 2013c: «Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial» in *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México, DF: Fontamara.
- 2014: «Presunción de inocencia, verdad y objetividad» in *Prueba y razonamiento probatorio en derecho: debates sobre abducción*, Juan Antonio García Amado, Pablo Raúl Bonorino (coords.), Granada: Comares.
- GOUBEAUX, G. - 1981: «Le droit a la preuve» in *La preuve en droit*, Chaim Perelman e Paul Fories (eds.), Bruxelles: Émile Bruylant.
- GRECO FILHO, V. - 2003: *Direito processual civil brasileiro*, 16 ed., São Paulo: Saraiva.
- GRICE, P. - 1989: «Logic and Conversation» in *Studies in the Way of Words*, Massachusetts: Harvard University Press.
- GUASTINI, R. - 1999: «Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho», trans. Ferrer Beltrán, J., Barcelona: Gedisa.

- GUTTIÉRREZ SANZ, R. M. - 2000: «Capítulo Tercero: Los procesos declarativos ordinarios en primera instancia» in *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Trivium.
- HERNANDES MARÍN, R. - 1986: «Ficciones Jurídicas», *Doxa* vol. 3, 141-147.
- ISAACS, N. - 1922: «The Law and the Facts», *Columbia Law Review* vol. 22, no. 1, 1-13.
- KAYE, D.H. -1986: «Do We Need a Calculus of Weight to Understand Proof Beyond Reasonable Doubt?», *Boston University Law Review* vol. 66, 657-672.
- LARSEN, A.O. - 2014: «The Trouble with Amicus Facts», *Virginia Law Review* vol. 100, no. 1757, 1757-1818.
- LAUDAN, L. - 2005: «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambigui no es un estándar» in *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, n. 28, 95-113.
- LAUDAN, L; SAUNDERS, H.D., - 2009: «Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus about the Utilities of Trials Outcomes», *International Commentary on Evidence*, Vol. 7, 2, article 1.
- 2013: *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons.
- 2015: «Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado» in *Debatiendo con Taruffo*, Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vázquez (eds.), Madrid: Marcial Pons. 341-352.
- LAUGHLIN, C.V. - 1953: «In Support of the Thayer Theory of Presumptions», *Michigan Law Review* vol. 52, no. 2, 195-230.
- LIEBMAN, E. T. - 1992: *Manuale de diritto processuale civile: Principi*. Milano: Giuffrè.
- MARINONI, L.G.; ARENHART, S. 2009: *Prova*, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- MATIDA, J. - 2016a: «Presunciones: entre compromisos epistémicos y asimetrías institucionales», *Ensayos sobre prueba, argumentación y justicia*, Rocío Villanueva, Betzabé Marciani e Pamela Lastres (eds.), Lima: PUC Perú Fondo Editorial. 107-139.
- MATIDA, J., HERDY, R. - 2016b: «As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos», *Epistemologias Críticas do Direito*, José Eduardo Cunha (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 209-237.
- MCNAUGHTON, J.T. - 1955: «Burden of Production of Evidence: a Function of a Burden of Persuasion», *Harvard Law Review Association* vol. 68, 1382-1391.

- MENDONCA, D. - 1988a: «Presumptions», *Ratio Iuris* vol. 11, no. 4, 399-412.
- MENDONCA, D. - 1988b: «Presunciones», *Doxa* vol. 21, no. I, 83-98.
- MICHELI, G.A. - 1961 (1942): *La carga de la prueba*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MIRABETE, J.F. - 2002. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais*, resenha jurisprudencial. 9ed. São Paulo: Atlas.
- MONTERO AROCA, J.- 2002: *La prueba en el proceso civil*, 3 ed., Pamblona: Editorial Aranzadi.
- MONTROSE, J.L. -1992: «Basic Concepts of the Law of Evidence» in *Evidence and Proof*, New York: NYU Press.
- MORALES LUNA, F.F.-2013: *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli: análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- MORGAN, E.M. - 1931: «Some observations concerning presumptions’, *Harvard Law Review* vol. 906, no. 44.
- 1933: «Instructing the jury upon presumptions and burden of proof», *Harvard Law Review* vol. 59, no. 47.
- , 1937: «Presumptions», *Washington Law Review and State Bar Journal* vol. XII, no. 4, 255-281.
- , 1943: «Further Observations on Presumptions», *Southern California Law Review* vol. XVI, no. 4, 245-265.
- MORRIS, C. - 1942: «Law and Fact». *Harvard Law Review* vol. 55, 1303-1341.
- MOSTERÍN, J. - 1987: *Conceptos y teorías en la ciencia*, 2 ed., Alianza, Madrid.
- MUÑOZ SABATÉ, L. - 2001: *Fundamentos de prueba judicial civil*, Barcelona: J.M. Borsch Editor.
- ORMAZÁBAL SANCHEZ, G. - 2004: *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid: Marcial Pons.
- PÁEZ, A. - 2016: «Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia» In *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, Carmen Vázquez, Madrid: Marcial Pons. 215-238.

- «La reputación en el derecho: una aproximación epistemológica» in *Ensayos sobre prueba, argumentación y justicia*, Rocío Villanueva, Betzabé Marciani e Pamela Lastres (eds.), Lima: PUC Perú Fondo Editorial. 185-212.
- PARDO, MICHAEL. -2005: «The Field of Evidence and the Field of Knowledge» *Law and Philosophy*, 24. 321-392.
- PARDO, MICHAEL. -2013: «Estándares de prueba y la teoría de la prueba» in *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons. 99-118
- PEYRANO, J. P.; CHIAPPINI, J. O. - 2008. «Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’». in *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano e Inés Lépori White (coord). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- PEÑA, L.; AUSÍN, T. - 2001: «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», *Anuario de Filosofía del Derecho* vol. XVIII, 95-125.
- POSNER, R.A. - 1999: «An Economic Approach to the Law of Evidence», *Stanford Law Review* vol. 51, 1477-1546.
- 2013: «Judicial Opinions and Appellate Advocacy in Federal Courts: One Judge’s Views», *Duquesne Law Review* vol. 51, no. 3, 3-39.
- PRADO, G.; MARTINS, R.C.; CARVALHO, L.G. G. C. - 2012: *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons.
- PRADO, G. - 2014: *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons.
- PROTO PISANI, A. - 1994: *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene.
- ROBINSON, R. - 1971: «Arguing from Ignorance», *The Philosophical Quarterly* vol. 21, no. 83, 91-108.
- SALAVERRÍA, J. I. - 2003: *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SÁNCHEZ PINO, A. J. - 1995: *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Huelva: Universidad de Huelva.
- SCHAUER, F. - 2003: *Profiles, probabilities and stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press.
- 2009: *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press.

- 2011: «Legal Fictions Revisited» in *Legal Fictions in Theory and in Practice*, Maksymilian Del Mar e William Twining (eds.), Netherlands: Springer.
- 2012a: «Is Defeasibility an Essential Property of Law?» in *The Logic of Legal Requirements*, Oxford: Oxford University Press.
- 2012b: «Precedent» in *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York: Routledge.
- , 2013: «The Decline of “The Record”: A Comment on Posner’, *Duquesne Law Review* vol. 51, 51-66.
- SCHEPPELE, K.L. - 1990: «Facing Facts in Legal Interpretation», *University of California Press* vol. 30, 42-77.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., 1963, *Normas de presunción en el Código Civil y ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona: Nauta.
- SMITH, P.J. - 2007: «New Legal Fictions», *The Georgetown Law Journal* vol. 95, 1435-1495.
- STALNAKER, R. - 1984: *Inquiry*. Cambridge: MIT Press.
- , 1995: *Context and Content: Essays on Intentionality in Speech and Thought*. Oxford: Oxford University Press.
- STEIN, F. - 1990 (1893): *El conocimiento privado del juez*, 2a ed., trad. Andrés de la Oliva Santos, Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces.
- SUNSTEIN, C.R.; ULLMANN-MARGALIT, E. 1999: «Second-Order Decisions», *Public Law and Legal Theory Working Paper* vol. 1, 1-36.
- TARUFFO, M. - 1991: «Presunzioni (Diritto Processuale Civile)», *Enciclopedia Giuridica Teccom* vol. XXIV, 1-5.
- 1992: «La prove», *Rivista trimestale di diritto e procedura civile* vol. XLVI-1, 285-295.
- 1997: «Funzione della prova: la funzione dimostrativa», *Rivista trimestale di diritto e procedura civile* vol. LX, 553-573.
- 2001: «Senso comune, esperienza i scienza nel ragionamento del giudice», *Rivista trimestale di diritto e procedura civile* vol. 55, 665-695.
- 2002: *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer Beltrán, Madrid: Ed. Trotta.

- _____. 2008a: *La prueba*, trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2008b: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano de connotación dispositiva*, trad. Beatriz Quintero, Bogotá: Temis.
- _____. 2009: «Consideraciones sobre las máximas de experiencia» in *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2012: «L'onere como figura processuale», in *Teoria del diritto e filosofia analítica: studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, (ed) Tecla Mazzaresse, Torino: G. Giappichelli Editore.
- _____. 2013: «La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses» in *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons. 203-213.
- THAYER, J.B. - 1890: «The Burden of Proof», *The Harvard Law Review Association* vol. 4, no. 2, 45-70.
- _____. 1898: *A preliminary treatise on evidence at the common law*, Boston: Little Brown & Co..
- TONINI, P. - 2002: *A prova no processo penal italiano.*, trad., A.M.; Mróz, D., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TOULMIN, S.E. - 2003 (1958): *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, New York.
- TUZET, G. - 2010: «How Fictions Are Credible» in *Fictions and Models*, Munich: Philosophia Verlag.
- _____. 2014a: «Prova, Verità e Valutazione», acceso em julho de 2017: https://www.academia.edu/29266480/Prova_verita_e_valutazione_2014_
- _____. 2014b: «Usos jurídicos de la abducción», *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Granada: Comares, 121-147.
- _____. 2015: «On the Absence of Evidence» in *Argumentation Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Cham: Springer
- TWINING, W. - 1984: «Some Scepticism about Some Scepticism», *Journal of Law and Society* vol. 11, no. 2, 137-171.
- _____. 2006a: «Legal Reasoning and Argumentation» in *Rethinking Evidence, Exploratory Essays*, 2 ed, Cambridge: Cambridge University Press.

- 2006b: «Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact» in *Rethinking Evidence, Exploratory Essays*, 2 (edn.), Cambridge University Press, Cambridge.
- ULLMANN-MARGALIT, E. ; Margalit, A.- 1982: «Analyticity by Way of Presumption», *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 12, 435-452.
- . -1983: «On presumption», *The Journal of Philosophy* vol. 30, 143-163.
- ULLMANN-MARGALIT, E. - 1992: «Holding true and holding as true», *Synthese* vol. 92, 167-187.
- VÁZQUEZ, C. - 2013: «A modo de presentación» in *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, Carmen Vázquez (ed.). Madrid: Marcial Pons. 11-20.
- VON WRIGHT, G.H. - 1970: *Norma y Acción*, Madrid: Tecnos.
- 1979: *Norma y Acción*, Madrid: Tecnos.
- WALTON, D. - 1999: «Profiles of Dialogue for Evaluating Arguments from Ignorance», *Argumentation*. 53-71.
- WAMBIER, R.L.; TALAMINI, E. - 2013: *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 13 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- WAMBIER, T.A.A.; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.D.S.; MELLO, R.L.T.D. - 2015: *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- WILLIAMS, B. - 1973. «Deciding to Believe» in *Problems of the Self*, Bernard Williams, Cambridge: Cambridge University Press.
- WREEN, M. - 1989: «Light from Darkness, from Ignorance Knowledge», *Dialectica* vol. 43, 299-314.
- WRÓBLEWSKI, J. - 1974: «Structure et fonctions des présomptions juridiques» in *Les présomptions et les Fictions en Droit*, Chaim Perelman e Paul Foriers (eds.), Bruxelles: Emile Bryulant.
- 1992: *The Judicial Application of the Law*, Netherlands: Springer.
- 2008: «Justificación de las decisiones jurídicas» in *Sentido y hecho en el derecho*, 2 (edn.), México, DF: Fontamara.

ANEXO

O presente anexo está escrito em língua espanhola e se trata de um artigo publicado na Revista de Teoria Contemporânea do Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Embora EDNA ULLMANN-MARGALIT não se encaixe exatamente como uma autora de interesses continentais (seus exemplos e sua área de interesse concentrava-se mais na tradição do *common law*), é certo que um de seus artigos sobre presunção chamou a atenção de autores trabalhados nessa tese (DANIEL MENDONCA, LORENZO PEÑA E TXETU AUSÍN, JOSEP AGUILÓ REGLA). Aliás, no caso de MENDONCA, seu texto sobre presunções foi escrito precisamente a partir das ideias que ULLMANN-MARGALIT desenvolveu sobre a temática. Assim, o anexo serve para dedicar exame mais detalhado à contribuição de ULLMANN-MARGALIT, considerando seu lugar de destaque nas referências assumidas por autores continentais de que me ocupei nesta tese.

El derecho como punto de partida al concepto filosófico de *presunción*:

la contribución de Ullmann-Margalit

Resumen

El presente paper analiza la contribución de EDNA ULLMANN-MARGALIT al desarrollo del concepto filosófico de presunción (asumir desde la ocurrencia de un hecho conocido la ocurrencia de un hecho no conocido a modo de actuar sobre él). ULLMANN-MARGALIT toma el contexto jurídico como punto de partida de su teoría porque, según ella, el lenguaje técnico del derecho dispone de más precisión que el lenguaje ordinario en lo que respecta a la *presunción* y sus parientes terminológicos. Dado que su paper de 1983 se haya convertido en una referencia a todos los que se dedican a qué significa *presumir*, aquí se ofrecerán dos objeciones a la contribución de ULLMANN-MARGALIT. **Palabras-llave:** Presunciones, Razonamiento Práctico, Ullmann-Margalit.

Abstract

The present paper analyzes EDNA ULLMAN-MARGALIT's contribution for the development of a philosophical concept of presumption (assume from the occurrence of a known fact the occurrence of an unknown fact in order to act on its basis). ULLMANN-MARGALIT takes the legal context as a departure point for her theory because she believes that technical legal language is more precise than ordinary language in relation to the concept of *presumption* and its terminological cousins. Given that her 1983 paper has been a reference to those who attempt to understand what it means to *presume*, this paper will offer two objections to ULLMANN-MARGALIT'S contribution. **Keywords:** Presumptions, Practical Reasoning, Ullman-Margalit.

1. Introducción

ULLMANN-MARGALIT es una importante autora de la teoría de la acción que se ha dedicado a pensar cómo el agente decide como finalmente actuar. Metida en esta problemática, se puso a estudiar el concepto de *presunción*; la posibilidad de tomar un *hecho*

no conocido como *verdadero* a modo de actuar sobre él: “no tengo pruebas de que *q* ocurrió y de acuerdo con la presunción, estoy autorizado a accionar como si hubiera ocurrido”. Para producir su teoría, ULLMANN-MARGALIT decide partir de un camino distinto. Si bien es cierto que un camino usual sea analizar el lenguaje ordinario, considerando la terminología específica de las presunciones le pareció más prometedora la estrategia de mirar hacia el contexto jurídico. Aquí me ocuparé críticamente del artículo de ULLMANN-MARGALIT publicado en 1983 a modo de analizar el uso del contexto jurídico al desarrollo de un *concepto filosófico* de presunción. En la primera parte del paper (apartado 2), me ocuparé de describir la estrategia de la autora al acercarse al derecho. En seguida (apartado 3), me detendré en ofrecer *dos objeciones* al tratamiento ofrecido por ULLMANN-MARGALIT. La primera objeción se refiere a la descripción de las presunciones jurídicas realizada por la autora; la segunda se dirige a la afirmación de que las presunciones cobrarían *especial relevancia* a contextos de deliberación práctica. En la tercera parte (apartado 4), estarán concentradas las conclusiones.

2. Las presunciones jurídicas desde la mirada de Ullmann-Margalit

En un artículo del año de 1983 (*On Presumption*, *The Journal of Philosophy*, 80, 3, 1983), EDNA ULLMANN-MARGALIT se ha dedicado al concepto de *presunción*. De acuerdo con la autora, se trata de una noción importante relacionada a la *teoría de la acción*, ya que garantiza al agente una *verdad tentativa*, una «*ready-made answer*», desde la cual puede actuar en contextos de incertidumbre. A través de ella, el agente no tiene que resignarse a la inacción: considerando *q* una proposición fáctica, el agente acciona como si *q* fuera verdadera. No sabe si *q* o si *no-q*, pero como inexistente prueba de *no-q*, puede dar impulso a un curso de acción compatible con la verdad de *q*. En situaciones como esta, es adecuado afirmar que se *presume q*, que el agente asume la verdad de *q* para definir su curso de acción: acciona *como si q*.

Ahora bien, para la autora, conviene partir de un análisis del contexto jurídico para comprender mejor qué significa *presumir*; el derecho se presenta como un adecuado punto de partida para lograr una explicación filosófica de las presunciones. Le acompañan en esta estrategia de iniciar el análisis filosófico de las presunciones desde el contexto jurídico

nombres conocidos como NICHOLAS RESCHER³⁶² y DOUGLAS WALTON³⁶³. Por razones de espacio, me centraré en el paper de ULLMANN-MARGALIT.

En «*On Presumption*», ya en su tercer párrafo explica la autora que, aunque en general los análisis conceptuales empiezan desde el lenguaje ordinario, en el caso del concepto de presunción, vale la pena girarnos hacia el *lenguaje técnico* del derecho. En sus palabras, to «the realm of law». En el contexto jurídico, y específicamente en la determinación de los hechos, el concepto de presunción es ampliamente empleado, además de ser objeto de fructífera discusión teórica. Toma dicha decisión de partir desde el derecho a pesar de que respecto a la discusión teórica sobre qué jurídicamente significa una presunción reconoce saber existir controversias y ninguna unanimidad de opiniones siquiera sobre su modo de funcionamiento³⁶⁴. Aclara a su lector que no tiene intención de proceder a un *análisis exhaustivo* de las presunciones jurídicas, tampoco investigar todos los usos del término en el referido contexto:

*My intention is different: to locate the hard core of the use of presumptions within the law, in order that this may serve as a starting point for the task of philosophical explication. My aim is to import the notion of presumption from the law into philosophy, not to export philosophical advice for the use of lawyers*³⁶⁵.

Así, en el contexto jurídico encuentra ejemplos muy interesantes. Son situaciones en que se tiene un *hecho no probado* como verdadero: (i) la aplicación de la *presunción de inocencia*, que ordena al juez que el acusado se tiene como inocente hasta que se pruebe lo contrario, (ii) de la *presunción de muerte*, que ordena al juez que sea tenido por muerto el sujeto desaparecido por período temporal igual o superior a 7 años sin que se sepa su

³⁶² RESCHER, 1977; RESCHER, 2006.

³⁶³ WALTON, 2008.

³⁶⁴ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 144: «[en función de tanta teorización sobre las presunciones en el derecho] It will be rewarding therefore, to devote some space to unraveling the nature of legal presumptions, in spite of the fact that theoretical discussions about their status are not free from controversy and that there is no unanimity of opinion among lawyers even about their mode of functioning».

³⁶⁵ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 144.

paradero³⁶⁶, (iii) de la *presunción de paternidad*, que ordena al juez que tenga el marido como el padre del niño nacido.

A través de estos supuestos, queda de manifiesto que tomar como verdadero un hecho desconocido (no probado) no siempre encaja con la descripción de un comportamiento *descuidado* o *poco prudente*. Es más: desde la perspectiva según la cual es peor condenar inocentes que absolver culpables, por ejemplo, la formulación de la regla que ordena presumir la inocencia es básicamente una *regla de prudencia*, que exige asimétricamente pruebas más robustas para condenar que para absolver los acusados del sistema jurídico de origen. Así mismo, desde el punto de vista del mejor interés de los niños, en una época donde inexístían avances científicos como el test de ADN, la presunción de paternidad llegó a cumplir la función de garantizarles *estabilidad social*. Así, *presumir*, en determinadas situaciones, es una adecuada estrategia para actuar justificadamente y la mera posibilidad de que la proposición fáctica sea falsa no convierte la acción que en ella se fundamenta en *imprudente, aprisurada o perezosa*.

De ahí se sigue que la propuesta conceptual de ULLMANN-MARGALIT parte del contexto jurídico para ofrecer una explicación (i) de lo que son las presunciones y por qué son necesarias, (ii) del *carácter normativo* de las presunciones (iii) de su *estructura*, (iv) de si la regla de presunción ordena al agente *inferir*, (v) de la *justificación* de cada presunción específica. A seguir, recurriré estos puntos de forma resumida y, al final, me detendré más profundamente en dos puntos:

(i) En primer lugar, las presunciones son necesarias en situaciones que potencialmente representan dilemas futuros para el agente que necesita decidir. Entonces, para evitar que el agente quede atrapado en un *proceso de deliberación inconcluyente*, se formulan *presunciones*. Sirve a evitar impases y a facilitar la acción.

³⁶⁶ Cada sistema jurídico establece cuántos años de desaparición deben ser alcanzados para que se aplique la presunción de muerte. En el sistema jurídico brasileño, la materia se encuentra tratada en el artículo 6o. (previsión de presunción de muerte del ausente), y del 22 al 39 (definición de *ausência*, trámites de sucesión provisional y definitiva, respectivamente). Asimismo, en el sistema jurídico brasileño, el lapso temporal de 7 años es insuficiente para la presunción de muerte del ausente. Para saber más de la formulación de la presunción de muerte por haberse transcurrido período superior a 7 años en los sistemas jurídicos de tradición *common law*, véase THAYER, 1889: 151-155.

*The function as a method of extrication, one among several, from unresolved deliberation processes. What they do is supply a procedure for decision by default*³⁶⁷.

(ii) ¿Y qué son? Las presunciones son una *respuesta anticipada* ofrecida en la forma de una *regla*. La regla relaciona genéricamente *categorías de hechos*. Siempre que ocurra *P*, se debe presumir *Q*. De ser así, la regla se dirigiría a cualquier persona que se involucrara en un proceso de deliberación práctica cuya resolución dependiera de la respuesta respecto de si *q* ocurrió o no: “Dado que es el caso de *p*, debes proceder como si *q* fuera verdadera, a menos que tengas suficiente razón para creer que no es el caso de que *q*”³⁶⁸.

(iii) O sea, para ULLMANN-MARGALIT la regla de presunción siempre cuenta con un hecho básico *P* cuya ocurrencia confirmada conduce el agente al hecho *Q*, el hecho presumido. Se trata de un *punte* ofrecido desde hecho *P* a hecho *Q*. En el contexto jurídico, se presume la *muerte* del sujeto ausente por más de 7 años, la *paternidad del niño* de la relación de matrimonio entre un hombre y la madre del nacido, la *carta recibida* de la carta enviada; todos estos son ejemplos de pares de hechos presumidos y hechos básicos. (iv) Ahora bien, el puente que el hecho básico ofrece hacia el hecho presumido, de alguna forma, no sería traducible en la inferencia de *Q* desde *P*? Sería *inferir* el comportamiento que la regla de presunción convierte en obligatorio? La respuesta de ULLMANN-MARGALIT es en el sentido de negar cualquier compromiso entre la regla de presunción con la verdad de *q* (es decir, la autora afirma que la presunción no se compromete con la verdad de la ocurrencia de *q* en el caso individual). La regla concede a uno que proceda como si *q* fuera verdadero, pero no requiere que el agente finalmente crea que *q*³⁶⁹. Luego, proceder como si *q* no es inferir que

³⁶⁷ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 155.

³⁶⁸ ULLMANN-MARGALIT adopta letras mayúsculas para representar las categorías de hechos y minúsculas para representar hechos individuales (p. 147).

³⁶⁹ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 149: «[T]he presumption rule involves no commitment to, nor guarantee of, the truth value of the presumed fact *q*. It makes no claims upon its subjects cognitive or epistemic systems, The rule entitles one to hold *q* as true for the purpose of concluding one’s practical deliberation on the impending issue; it neither requires nor entitles one to believe that *q*». Sobre la distinción entre *creer* y *presumir*, véase su propuesta de dos categorías de estados mentales: “holding true” vs. “holding as true” en su paper de 1992, “Holding True and holding as True”.

(v) Por último, ULLMANN-MARGALIT lista la pluralidad de consideraciones que pueden justificar la formulación de una regla específica de presunción. Dice la autora que son primordialmente *dos* los tipos de consideraciones que se mezclan y que, algunas veces, a estos dos tipos se suma un tercero. Serían (a) consideraciones *inductivo-probabilísticas*; (b) consideraciones *valorativas* y (c) consideraciones *procedimentales*.

(a) las *consideraciones inductivo-probabilísticas* se deben a la constatación de que la categoría de hechos Q tiene su ocurrencia relacionada a la anterior ocurrencia de P . En estos supuestos, sería una pérdida de tiempo exigir la prueba de q para afirmar su ocurrencia si ya se cuenta con la confirmación de p . Además, es necesario decir que este tipo de consideración disminuye el riesgo de que agente incurra en un *error* en la determinación de los hechos, una vez que es más probable que q se siga a p que q no se siga a p . La adopción de una regla de presunción que cuente con este tipo de consideración reduce errores en las decisiones sobre los hechos si es que el agente se encuentra en un escenario carente de información. Así, probablemente el sujeto que se encuentra hace más de 7 años desaparecido está muerto, de ahí que la regla de

³⁷⁰ En este punto es posible detectar la influencia de la teoría de THAYER en el pensamiento de ULLMANN-MARGALIT. Tal como él, entiende la autora que la regla de presunción no tiene nada que ver con *inferir* un hecho desde otro, no se trata de ordenar el agente – en este contexto el juez de los hechos – a inferir q desde la confirmación de p por la sencilla razón de que el derecho no tiene capacidad de intervenir en los asuntos de la lógica. El derecho no puede ordenar que el agente produzca en si mismo la creencia de la ocurrencia de un hecho específico. Lo que sí el derecho tiene capacidad para hacer es producir equivalencia entre hechos en cuanto a los efectos que de ellos se desprenden. Siempre que p ocurra, se tendrá que q ocurrió para efectos jurídicos (en la condición de que inexistiera prueba en contra de q). Sobre la inadecuación de relacionar el cumplimiento de una regla de presunción a la actividad mental de inferir, véase originalmente THAYER, 1889: 149: «To say, as is sometimes done, that in such cases there is ‘a rule of law that courts and judges shall draw a particular inference’ is, perhaps, intended as a mere mode of expression; but it is misleading, as involving the misconception that the law of evidence has any rules at all for conducting the logical process. It would be accurate to say that the rule of law requires a judge to stop short in the process of drawing inferences, or not to enter upon it at all; to assume for the time that one fact is, in legal effect, the same as a certain other. The rule fixes the legal effect of a fact; its legal equivalent with another. [...] A rule of presumption does not merely say such and such a thing is a permissible and usual inference from other facts, but it goes on to say that this significant shall always, in the absence of other circumstances, be imputed to them – sometimes passing first through the stage of saying that it ought to be imputed».

presunción evita em impase que pudiera producirse por faltar una directa corroboración del dato de la *muerte*.

(b) Sin embargo, las consideraciones de tipo probabilístico no bastan para que se formule una regla de presunción. Solas, pueden funcionar como un *buen consejo inductivo* al agente que necesita decidir, pero estan lejos de representar un aspecto *suficiente* para la imposición de un modelo de resolución anticipada del conflicto, como es la imposición de una regla de presunción. Con el conocimiento de una consideración probabilística, es posible que se deje al agente la decisión en cada caso individual si desde *p* se concluye que *q* o que *no-q*. Son *consideraciones valorativas* las responsables por la institución de una regla «Si *P*, entonces se presumirá *Q*». La formulación de una regla de presunción tiene el objetivo de expresar la *preferencia* por un tipo de error frente a otro. En la regla en cuestión – considerando “Si *P*, entonces *Q* será presumido” – claramente se prefiere la producción del error de tener por verdadero *q* (aunque *no-q* sea el caso) que no tener por verdadero *q* (y que sea el caso de *q*). Ha sido la anticipación hipotética de un escenario en que futuros agentes pudieran decidir *no-q* lo que ha conferido impulso a los esfuerzos normativos hacia la formulación de la regla según la cuál «Siempre que *P*, *Q* será presumido». Una asimetría entre errores «mejores» y «peores» desde un punto de vista moral es lo que da origen a una regla de presunción.

Sobre este tipo de consideración, la autora afirma ser el más importante. Incluso, es posible que por consideraciones valorativas se llegue a formular una regla de presunción que va *en contra* a consideraciones probabilísticas, es decir, es posible que la regla ordene presumir *Q*, *aunque sea probable no-Q*. La presunción de inocencia es el ejemplo mencionado por ULLMANN-MARGALIT. La regla de presunción de inocencia no se debe a alguna probabilidad más elevada de que los acusados en determinado sistema jurídico sean inocentes, sino que expresa la preferencia por absolver culpables a condenar inocentes. Sobre ello, afirma la autora: «La justificación de las presunciones puede, y tal vez comumente sea, expresa en términos inductivo-probabilístico, pero dichas consideraciones no son ni necesarias, ni suficientes»³⁷¹.

³⁷¹ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 158.

(c) Finalmente, puede que la regla de presunción exprese una *consideración procedimental*, dado que existen situaciones en que está justificado entender que una regla puede ayudar a crear mejores condiciones para la decisión que se tiene que tomar. Se trata de establecer un *punto de partida* que sea fructífero a la determinación de los hechos. No se ordena presumir *Q* porque sea probable su ocurrencia, tampoco se deba presumirlo porque tenerlo por verdadero así sea falso es un error más aceptable. Nuevamente, ULLMANN-MARGALIT se gira al contexto jurídico a modo de ejemplificar: la presunción de negligencia de la empresa transportadora (una compañía de tren en el ejemplo por ella analizado) en el supuesto de que el pasajero haya sufrido un daño. No se trata de que hayan fundamentos probabilísticos que presten soporte a la regla, tampoco está la regla a expresar exclusivamente una preferencia por una clase de errores ante a otra; se trata más bien de fijar un prometedor punto de partida para la discusión sobre los hechos.

In general, the procedural consideration has to do with the question of what presumption will be the most useful to adopt as an initial step in the process of deliberation, what will help the game along best – quite apart from the question whether the conclusion to which the adoption rule points is likely to be true, as well as from the question whether there existis a standard by which one sort of error is judged as more acceptable than the other³⁷².

Así es que ULLMANN-MARGALIT produjo una explicación de qué son las presunciones, para qué sirven; afirmó cierta estructura necesaria, explicó qué consiste «proceder como si una proposición fuera verdadera», trató de distinguir los tipos de consideraciones que entran en juego a la hora de formular una presunción. Realizada la descripción de la mirada de ULLMANN-MARGALIT a las presunciones jurídicas, en el punto siguiente me dedico a presentar dos objeciones específicas.

3. Dos objeciones a Ullmann-Margalit

Por ahora buscaré analizar *dos puntos específicos*. (1) El punto referente a la estructura de la regla y (2) el punto referente a la *especial preponderancia* que las presunciones cobrarían en un contexto de deliberación práctica en contraposición a contextos teóricos o no comprometidos con una decisión sobre cómo actuar.

³⁷² ULLMANN-MARGALIT, 1983: 162.

(1) En cuanto a la *estructura*, creo que la autora puede haber incurrido en un error, cuando afirma que la presunción *siempre* cuenta con un *hecho básico* y un *hecho presunto* y que, por tanto, siempre pueda ser adecuadamente representada por «Si *P*, entonces *Q* será presumido». Es cierto que ULLMANN-MARGALIT, ya al principio de su artículo, se ha ocupado de aclarar que no tenía la pretensión de proceder a un análisis exhaustivo de todos los usos que el término presunción suporta en el contexto jurídico³⁷³, pero también es cierto que ha afirmado que sí tenía la pretensión de listar las principales características de las presunciones en el derecho a modo de ofrecer un concepto de presunción filosóficamente más preciso³⁷⁴. Sobre ello, debo decir que me parece un tanto difícil alcanzar cumplir el objetivo pretendido evitando un análisis exhaustivo de los usos del término en el contexto jurídico: ¿cómo sería posible concluir cuáles son las principales características de las presunciones en el derecho sin que primero se haya ocupado de mapear los usos de dicha terminología? ¿Metodológicamente no sería poco cuidadosa la conclusión de que determinado rasgo se configura como una característica central de las presunciones en el derecho sin que antes se haya hecho el esfuerzo de identificar su permanencia en todos los usos de la terminología en el contexto jurídico?

Tomemos el ejemplo de la *presunción de inocencia*. Como bien ha señalado la autora, la regla que ordena que se tome por verdadera la hipótesis de inocencia sí funciona como un modo de resolución de la incertidumbre³⁷⁵ para los supuestos de ausencia/insuficiencia de pruebas. Sin embargo, para cumplir este propósito, la regla no exige que se parta de un hecho básico.

Tal vez el análisis de un otro ejemplo pondrá de manifiesto la inadecuación entre la estructura supuestamente necesaria «hecho básico-hecho presunto» y la regla de presunción de inocencia. Vayamos a la presunción de muerte: «Si alguien se encuentra desaparecido por período igual o superior a 7 años, sin que de él se sepa el paradero, entonces su muerte será presumida». Estar desaparecido por un período igual o superior a 7 años sí funciona como un hecho básico en la medida que *necesita ser confirmado* para que el sujeto interesado

³⁷³ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 144: «It is not my intention to try to arrive at an exhaustive summary of the issue of presumptions in the law, not to scrutinize all the uses of this notion in the legal literature».

³⁷⁴ Véase nota 304.

³⁷⁵ La autora pide a sus lectores que considere el ejemplo de la presunción de inocencia en la página 155 a modo de subrayar la racionalidad de la regla de presunción como un «mode of extrication».

finalmente tenga la regla aplicada a su caso. La regla solo entra a operar en el caso individual cuando la proposición fáctica referente al hecho básico es probada verdadera. Luego, una vez que se experimenta la prueba de p , a menos que se produzca prueba de $no-q$, se presumirá q . En el ejemplo de la presunción de muerte, probada la desaparición de Pedro por – supongamos – 8 años, a menos que se pruebe que Pedro está vivo, deberá el juez presumir su muerte. Así, la presunción de muerte indica a la parte interesada qué hecho merece el esfuerzo de su actividad probatoria, ya que, sin él, la presunción no entrará a solucionar el caso.

Cosa muy distinta ocurre con la presunción de inocencia. Iniciado el proceso penal, la presunción de inocencia *ya se encuentra operativa*. No hay nada que el favorecido por la regla deba preocuparse en hacer para activarla, para convertirla en aplicable a su caso. De modo que reglas como estas quedan mejor representadas *sin una estructura condicional*. En estos supuestos simplemente hay que asumir que no existe un hecho básico cuya confirmación probatoria condicione la aplicación de la regla. «Se presumirá Q a menos que se pruebe lo contrario»; sin P . Toda su actividad probatoria será dirigida directamente a q ; ya sea produciendo pruebas que contraríen la afirmación del adversario de que $no-q$; ya sea produciendo pruebas de que q . En ambos escenarios, con todo, un hecho básico cuya confirmación condicione la aplicación de la regla queda absolutamente descartada. Por tanto, hay que reconocer la existencia de presunciones *incondicionadas*; de reglas de presunción que carecen de un hecho básico³⁷⁶. Y la presunción de inocencia no es el único ejemplo de presunción incondicionada: este también es el caso de la *presunción de constitucionalidad* de las normas infraconstitucionales. «Las normas y actos normativos serán presumidos constitucionales hasta que se pruebe lo contrario». Es el interesado en declarar la inconstitucionalidad quien tiene que ofrecer pruebas de la inconstitucionalidad, inexistente un deber de ofrecer elementos probatorios a favor de la constitucionalidad de cada norma expedida por los legisladores. La presunción de constitucionalidad es, así, operativa y acompaña cada norma jurídica desde el principio de su creación.

Desde el interior del contexto procesal, se tratará de reconocer que las presunciones incondicionadas acaban por garantizar una posición *mucho más ventajosa a la parte que*

³⁷⁶ En el discurso de los juristas las presunciones incondicionadas han sido presentadas como “presunciones aparentes”. Una buena explicación de la distinción en cuanto a los efectos desprendidos por presunciones en sentido estricto e presunciones aparentes se encuentra en FERNÁNDEZ LOPEZ, 2006: 134-142.

favorece: en cuanto la presunción con hecho básico impone el riesgo de la falta o insuficiencia de su confirmación probatoria al favorecido por la regla y se le atribuye la iniciativa probatoria (tiene que probar *p*), la presunción incondicionada sirve para producir una situación mucho más ventajosa al favorecido por la regla, ya que, hasta que el adversario no se preocupe en producir prueba en contra del hecho presunto, se le garantiza la cómoda posición de *inacción procesal*. Más que posibilitar una respuesta *by default* al juez, las presunciones del tipo ignorado por ULLMANN-MARGALIT se caracterizan por promocionar una asimetría aun más inclinada.

Sin embargo, en defensa de ULLMANN-MARGALIT se podría argumentar que las presunciones de estructura «Si *P*, entonces se presumirá *Q*» son muy comunes y que, incluso, son numéricamente abundantes en el contexto jurídico. Y que, por tanto, tendría sentido listar esta característica como que perteneciente al núcleo duro del concepto jurídico de presunción. También a su favor está el hecho de que, si nos fijamos en las construcciones teóricas de los juristas, a menudo nos depararemos con la explicación de que las presunciones jurídicas son la herramienta procesal que permite «pasar de un hecho conocido a un hecho no conocido, considerándolo verdadero»³⁷⁷.

Con todo, en contra a los argumentos de defensa de ULLMANN-MARGALIT, yo contestaría:

(i) Que también son comunes *presunciones incondicionadas* – de la estructura que carece del hecho básico – y que, entre ellas, figuran presunciones jurídicas extramadamente importantes. Sintomáticamente, la presunción de inocencia – seguramente el ejemplo más famoso de presunción jurídica – no presenta la estructura indicada por ULLMANN-MARGALIT. Tampoco en la presunción de constitucionalidad, crucial para el funcionamiento de una rutina institucional establece en el interior de un sistema jurídico, se puede indicar un hecho básico. Luego, considerando la *relevancia* de la presunción de inocencia y de la presunción de constitucionalidad, decir que las presunciones jurídicas presentan la estructura «Si *P*, entonces se presumirá *Q*» sí parece una descripción solo parcialmente correcta. Ahora bien, es cierto que el concepto filosófico de presunción no tiene porque reflejar la confusión sobre los usos de la terminología en el contexto jurídico. Que no exista un acuerdo claro en el derecho sobre si la presencia de un hecho básico representa o no una condición necesaria para

³⁷⁷ Así los juristas definen las presunciones jurídicas en las más distintas culturas jurídicas.

el correcto empleo del concepto no se concluye que, para propósitos filosófico, sí se pudiera determinar elementos necesarios para el correcto uso del concepto en este contexto. Sin embargo, creo que falta claridad a la reconstrucción del contexto del derecho propuesta por ULLMANN-MARGALIT. Su argumentación podría ser precisamente en el sentido de que la indefinición respecto de las propiedades necesarias a las presunciones experimentada en el contexto jurídico no tiene porque repetirse cuando se trata de reflexionar sobre un concepto filosófico de presunción. Si el propósito de las presunciones en las afueras del derecho es ofrecer una sugerencia fáctica justificada al sujeto que pretende accionar así sea «*by default*», puede que filosóficamente esté más justificado establecer la exigencia de un hecho básico, a diferencia de lo que ocurre con reglas que suelen ser identificadas como presunciones en el contexto del derecho.

(ii) Así mismo, merecen atención las distintas *estrategias de ataque* que las presunciones suponen a los que deseen su no aplicación al caso individual: las presunciones que cuentan con hecho básico pueden ser atacadas mediante estrategias de *bloqueo* y *destrucción*, es decir, ya sea produciendo prueba en contra de p , ya sea produciendo prueba en contra de q ; por su vez, las presunciones incondicionadas solo pueden ser combatidas mediante la *destrucción*, es decir, produciendo prueba en contra de q ³⁷⁸. Así, también según el aspecto del ataque a las presunciones, la distinción entre estos tipos de regla no se configura como una cuestión menor.

(2) Ahora paso a la reflexión sobre la afirmación de ULLMANN-MARGALIT de que las presunciones supuestamente cobrarían *especial relevancia* en el razonamiento práctico en oposición a su utilidad a la empresa cognitiva. Sobre ello, afirma ULLMANN-MARGALIT:

*I submit that it is concerned not so much with ascertaining the facts as with proceeding on them(...). Presumption rules belong in the realm of praxis, not theory. Their point is to enable us to get on smoothly with business of all sorts, to cut through impasses, to facilitate and expedite action*³⁷⁹.

En este pasaje la autora se contrapone explícitamente al tratamiento conferido por RESCHER a las presunciones. ULLMANN-MARGALIT se refiere al trabajo publicado por RESCHER en 1977,

³⁷⁸ Sobre el *bloqueo* y la *destrucción* como estrategias de ataque a las presunciones, véase MENDONCA, 1998: 97-98.

³⁷⁹ ULLMANN-MARGALIT, 1983: 147.

*Dialectics*³⁸⁰. En ese entonces, RESCHER ya afirmaba que las presunciones se configuran como un adecuado punto de partida a la empresa del conocimiento. En 2006, bajo el título «*Presumption and the Practices of Tentative Cognition*»³⁸¹, RESCHER publica nuevamente sobre la temática y, en esa ocasión, vuelve a demarcar la distancia entre su propuesta conceptual y la de ULLMANN-MARGALIT. Refiriendo-se a ella afirma:

*Some writers see presumptions as merely an action-guiding device. But this does not do full justice to the matter. For while practice is indeed at issue with presumption, this can also include the practice of information management – of epistemic or cognitive procedure*³⁸².

De acuerdo con RESCHER, además de los contextos prácticos en que las presunciones reconocidamente desempeñan una función importante, ellas también se hacen presentes en áreas de esfuerzo de carácter cognitivo: *comunicación, investigación, ciencia y filosofía* representan contextos en los cuales la idea de «*making a good case*» igualmente cobra sentido.

Por esta razón, para RESCHER es posible apuntar hacia *dos tipos de presunción: presunciones prácticas y presunciones cognitivas*. Presunciones prácticas serían las formuladas con el propósito de guiar nuestras decisiones acerca de nuestras las acciones (por ejemplo, las presunciones jurídicas), presunciones cognitivas serían las establecidas con el propósito de responder nuestras cuestiones y llenar las lagunas que se nos presentan en el manejo de información³⁸³.

Para el autor, a depender del contexto en que la presunción se encuentre, tendrá ella que verse con *distintos propósitos*. De ser así, el propósito del derecho puede ser deliberativo y práctico, y por supuesto que la aplicación de las reglas de presunción en este contexto puede resultar en que proposiciones falsas produzcan efectos jurídicos definitivos que solo las proposiciones verdaderas deberían ser capaces de producir. Sin embargo, el reconocimiento de que las presunciones así operen en el contexto del derecho está lejos de significar que en otros contextos las presunciones no puedan funcionar como una herramienta capaz de

³⁸⁰ RESCHER, 1977.

³⁸¹ RESCHER, 2006.

³⁸² RESCHER, 2006: 11.

³⁸³ RESCHER, 2006: 27.

acercarnos cada vez más a proposiciones justificadas y verdaderas – así también sea posible que en algunas ocasiones, por falta de mejores opciones, las presunciones conlleven agentes interesados en acumular informaciones adecuadas sobre el mundo a tener por verdaderas proposiciones falsas. Lo que hace RESCHER es reconocer que la empresa del conocimiento y el manejo de informaciones sobre como el mundo se da a través de proposiciones fácticas no creídas, sino que aceptadas como verdaderas en un grado de exigencia inferior. Dichas proposiciones son verdades tentativas, provisionales, de las que el agente interesado en investigar las relaciones entre hechos, ocurrencias, necesita partir.

En otras palabras, puede que las presunciones ofrezcan la mejor alternativa en ese entonces y esto es compatible con que se mantengan *abiertamente revisables, reemplazables* por otras mejores respuestas que vayan surgiendo. Para RESCHER, la empresa científica no se compone exclusivamente de creencias, sino que las creencias encuentran su punto de partida, tal vez su fundamento, en proposiciones tentativas. Hay en RESCHER un reconocimiento de una función epistémica que puede ser satisfecha por las presunciones y esto es lo que en su teoría presenta un contraste a la teoría de ULLMANN-MARGALIT. De mi parte, acompaño a RESCHER. Entiendo que las presunciones pueden incorporarse a una agenda comprometida epistémicamente, sin incompatibilidad con su reconocida relevancia en los contextos de deliberación práctica (de los cuales, es cierto, el derecho se configura un muy fructífero ejemplo).

4. Conclusión

Con esto, termino la exposición de dos objeciones que creo son adecuadas al tratamiento concedido por ULLMANN-MARGALIT a la temática de las presunciones: la primera objeción se refiere a la imprecisión de la descripción de lo que serían las presunciones jurídicas. Si su objetivo era partir de cómo las presunciones efectivamente son en el derecho, creo que que la autora no logra describir con detalles los distintos efectos jurídicos a que la aplicación de distintas reglas identificadas como presunciones son capaces de desprender. Así sea cierto que el contexto jurídico ofrece ejemplos muy útiles a quien se interese por teorizar sobre las presunciones, creo que es posible hacerlo llevando en cuenta en el análisis el complejo estado de cosas en el que se encuentran las presunciones jurídicas, sin dar a entender a los menos cercanos al contexto jurídico que habría algo homogéneamente

identificado como presunción, o que fuera posible identificarlas desde una estructura siempre presente. Precisamente es la ambigüedad de que todavía padecen las presunciones jurídicas el estímulo que los teóricos del derecho encontramos para reflexionar y proponer alternativas de su redefinición³⁸⁴. La segunda objeción se dirige a la contundente defensa de que las presunciones pertenecen a los contextos prácticos. Con RESCHER, creo que se pierde mucho con la vinculación exclusiva entre presunciones y deliberación práctica. Porque, de que las presunciones funcionen como una adecuada herramienta de conclusión sobre los hechos a contextos que necesiten una respuesta definitiva (como las decisiones judiciales) no se concluye que sean incompatibles a contextos en los que represente un punto de partida tentativo y dejado en abierto.

No es demás aclarar que las objeciones aquí expuestas no pretenden más que reconocer la influencia de la labor de ULLMANN-MARGALIT no solo para los que se dedican a la teoría de la acción, al razonamiento práctico en el interior de la filosofía, sino que también al desarrollo de una filosofía analítica del derecho. Si el derecho ha sido el punto de partida para ULLMANN-MARGALIT a modo de ofrecer tratamiento filosófico a las presunciones, no cometo ninguna exageración cuando afirmo que el *paper* de 83 se ha convertido en un punto de referencia de todos los que nos dedicamos, desde la metodología analítica, a la temática de las presunciones jurídicas.

Referencias bibliográficas del anexo 1

AGUILÓ REGLA, J. - 1999: «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca». *Doxa*, vol. 22, p. 649-660.

_____ 2006: «Presunciones, verdad y normas procesales». *Isegoría* vol. 35, p. 9-31, 2006.

ALLEN, R. J.- 1981: «Presumptions in Civil Actions Reconsidered». *Iowa Law Review* vol. 843, p. 843-867.

_____ 1982: «Presumptions, Inferences and Burden of Proof in Federal Civil Actions - An Anatomy of Unnecessary Ambiguity and a Proposal for Reform», *Northwestern University Law Review*, vol. 76, no. 6, p. 892-912.

³⁸⁴ Algunos trabajos dedicados a ofrecer tratamiento a la ambigüedad de que el término “presunción” padece en el derecho: TARUFFO, 1991; GASCÓN ABELLÁN, 2004; MENDONCA, 1998; AGUILÓ REGLA, 1999; AGUILÓ REGLA, 2006; FERRER BELTRÁN, 2012; GAMA, 2011; GAMA, 2013; ALLEN 1981; ALLEN, 1982.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. - 2006: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: La Ley.
- FERRER BELTRÁN, J. - 2012: «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia». In Martí Marmol, Josep Lluís; Moreso, Josep-Joan (Orgs.), *Contribuciones a la filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GAMA, R. - 2011: *Las presunciones en el derecho y la argumentación*. Tesis doctoral. Alicante.
- _____ 2013: «Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental». *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 19, p. 65-89.
- GASCÓN ABELLÁN, M. - 2004: *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- MENDONCA, D. - 1998: «Presunciones». *Doxa*, vol. 21, no. I, p. 83-98.
- RESCHER, N. - 1977: *Dialectics: A Controversy-Oriented Approach to the Theory of Knowledge*. New York: State University of New York Press.
- _____ 2006: *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*. New York: Cambridge University Press.
- TARUFFO, M. - 1991: «Presunzioni (Diritto Processuale Civile)». *Enciclopedia Giuridica Teccom*, vol. XXIV, p. 1-5.
- THAYER, J. B. - 1898: «Presumptions and the Law of Evidence». *Harvard Law Review*, vol. III, no. 4, p. 141-166.
- ULLMANN-MARGALIT, E. - 1983: «On presumption». *The Journal of Philosophy*, vol. 30, p. 143-163.
- _____ 1992: «Holding true and holding as true». *Synthese*, vol. 92, pp. 167-187.