

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E O CONTRADITÓRIO
NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Vinícius Lott Thibau

Belo Horizonte
2007

Vinícius Lott Thibau

**AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E O CONTRADITÓRIO
NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na área de concentração Direito Processual, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Fernando Horta Tavares

**Belo Horizonte
2007**

Vinícius Lott Thibau

As presunções legais relativas e o Contraditório no paradigma do Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na área de concentração Direito Processual. Belo Horizonte, 2007.

Professor Doutor Fernando Horta Tavares (Orientador) – PUC Minas

Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior – PUC Minas

Professor Doutor Jason Soares de Albergaria Neto - FDMC

**À Neusa e Cristiane,
por compartilharem minhas angústias, nem sempre acadêmicas.**

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Fernando Horta Tavares, esperando corresponder às valiosas lições que recebi na orientação desta pesquisa.

A todos que colaboraram, direta ou indiretamente, para a elaboração desta Dissertação.

“[...] com quase toda nova conquista científica, com toda solução hipotética de um problema científico, crescem o número e a dificuldade dos problemas abertos, e numa rapidez bem maior do que as soluções. Podemos dizer que, enquanto nosso conhecimento hipotético é finito, nossa ignorância é infinita. Mas não apenas isso: para o cientista autêntico, que tem um senso para problemas abertos, o mundo se torna, num sentido bastante concreto, cada vez mais enigmático.” *Karl Raimund Popper*

RESUMO

A adoção expressa do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito pelo povo brasileiro, em 1988, remete-nos à revisitação teórica de temas jurídicos diversos. É que a alteração paradigmática ocorrida, somada aos ganhos teóricos propiciados pela abordagem Procedimental da Democracia apresentada por Jürgen Habermas, aponta-nos relevantes modificações havidas nas bases interpretativas do direito, com repercussões imediatas na legitimidade das decisões nos âmbitos da produção e da aplicação do direito. Desde a modificação paradigmática ocorrida, torna-se necessária a oferta, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, dos direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerção àqueles que, sendo destinatários das decisões no âmbito da aplicação do direito, devem, igualmente, se reconhecer como seus autores, caso se pretenda afastar os déficits de legitimidade decisória observados nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social. Como instituição constitucionalizada viabilizadora de aludidas participação e fiscalização, o Processo, numa concepção Neo-Institucionalista, pelos seus princípios estruturais do Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa, impõe-se integrante do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, devendo ser acatado pela legislação constitucional e infra-constitucional brasileira. O acolhimento das *presunções legais relativas* na procedimentalidade civil do Brasil leva-nos a perquirir se essas se compatibilizam com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, uma vez considerado, como norma que lhe é essencial, o Contraditório. A testificação das *presunções legais relativas* pelo Contraditório, aqui entendido como garantia de oportunidade de participação dos destinatários decisórios, em simétrica igualdade, na construção dessas decisões, leva-nos a, primeiramente, perquirir sua compatibilidade com a possibilidade de participação e de fiscalização desses na fixação dos fatos no procedimento de aplicação do direito, e, em seguida, com a possibilidade de que aludida fixação se desenvolva em simétrica paridade entre eles. Como hipótese provisória apresentada ao problema que encaminhamos, é possível afirmar que a *presunções legais relativas* deixam de considerar que os fatos somente poderão ser tidos como prováveis após sua prévia fixação no procedimento de aplicação do direito, e de sua apreciação através da valoração e da valorização; deixam de considerar, outrossim, que a dispensa do ônus de fixar o fato cuja verdade provável é antecipada pela lei - a aproveitar àquele que se favorece da *presunção legal relativa* -, seguida da atribuição do ônus de afastar a *presunção legal* por aquele que por essa é desfavorecido, importa em quebra da igualdade de tratamento que deve ser conferida aos co-autores, e também destinatários, das decisões no âmbito da aplicação do direito. De conseguinte, contrastando-se com o Contraditório em ambos os aspectos indicados, as *presunções legais relativas* quer nos parecer eivadas de vício determinante da decretação de sua inconstitucionalidade no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave: Estado Democrático de Direito;
Contraditório;
Presunções legais relativas.**

ABSTRACT

The express adoption of the proceduralistic paradigm of Law and Constitutional Democracy by Brazilian nation, in 1988, send us to theoretical review of many forensic themes. It happens that the recently paradigm change, in addition with theoretical gains propitiated by democracy judicial proceedings boarding, presented by Jürgen Habermas, leads us to considerable changes occurred in explained bases of law, with immediate repercussions in legitimation of decisions in production extent and law applications. Since the occurred paradigm change, the offer has become necessary, by Brazilian paradigm methods; of participation rights and incessant control, intersubjective and free from coercion to those who, being destined in what concerns to law application, must, equally, be recognized as its authors, in case of removing decisive legitimacy deficits observed in the forensic-constitutional paradigms of Liberal State and Social State. As constitutional institution that provides alluded partnership and control, the Process, in a Neo-Institutionalist conception, by its structural sources of Contradictory, of Isonomy and Ample Defense, imposes itself of member of own concept of Law Democratic State, and must be regarded by constitutional law and Brazilian infra-constitutional. The protection of the *legal relative presumptions* related to civil Brazilian procedures leads us to research if these ones are compatible with the proceduralistic paradigm of Law and Constitutional Democracy, once considering, as essential rule, the Contradictory. The testify of *legal relative presumptions* related by Contradictory, understood as participation opportunity guarantee of decisions addresseds, with equality, building these decisions, leads us, at first, research its compatibility with the possibility of their participation and control in facts fixation in law application procedure, and, then, with the possibility that the alluded fixation develops in symmetric parity between them. As temporary hypotheses presented to the problem we started, it is possible to assert that the *legal relative presumptions* don't consider that facts can only be considered as probable after its previous fixation in law application procedure, and its appreciation through valuing and valorization; is no longer considered, also, that the onus dispense of proving that fact with its probable truth is beforehand by law – mentioning those who is helped by *legal relative presumption* - following of onus attribution of removing legal presumption by who is not helped by this, implicates in equality treatment loss that is concerned to co-authors, and also pointed, of decisions in extent of law application. As result, in contrast with the Contradictory in both indicated aspects, the legal relative presumptions seems to us infected of determined vicious of proclaim of its unconstitutional in the proceduralistic paradigm of Law and Constitutional Democracy.

Key-words: Constitutional Democracy;
 Contradictory;
 Legal relative presumptions.

FICHA CATALOGRÁFICA

T424p	Thibau, Vinícius Lott
paradigma do Estado	As presunções legais relativas e o contraditório no democrático de direito / Vinícius Lott Thibau. Belo Horizonte, 2007.
2007.	127f.
de Minas	Orientador: Fernando Horta Tavares Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
	Bibliografia
	1. Estado democrático de direito. 2. Contraditório 3. Presunção legal. I. Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	CDU: 347.95

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. OS PARADIGMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	12
1.1. O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal.....	15
1.2. O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social.....	21
1.3. O paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito ...	25
2. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E A TEMÁTICA DA PROVA.....	34
2.1. O conceito de Prova na dogmática jurídica.....	34
2.2. A Prova e o conhecimento da verdade.....	39
2.3. A Prova e sua repercussão na decisão judicial.....	46
2.3.1. <i>O Sistema da Prova Legal</i>	46
2.3.2. <i>O Sistema da Livre Convicção</i>	52
2.3.3. <i>O Sistema da Persuasão Racional</i>	54
3. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E SUAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS.....	58
3.1. As presunções legais relativas e a percepção indireta do fato probando	58
3.2. Escorço histórico acerca das presunções legais relativas: considerações sobre sua teorização inicial.....	60
3.3. A presunção jurídica e seus aspectos conceituais.....	66
3.4. As presunções legais relativas e a afirmada tutela do interesse social.....	76
3.5. As presunções legais relativas e a Prova na infra-constitucionalidade.....	87
4. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E O CONTRADITÓRIO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	93
4.1. O Processo e a Prova no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.....	93
4.2. As presunções legais relativas e o Contraditório no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.....	102
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	115

INTRODUÇÃO

A adoção expressa do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito pelo povo brasileiro, que se deu desde a Constituição de 1988, remete-nos à releitura de temas jurídicos diversos. É que a alteração paradigmática ocorrida, somada aos ganhos teóricos propiciados pela abordagem Procedimental da Democracia apresentada por Jürgen Habermas (2003), aponta-nos relevantes modificações havidas nas bases interpretativas do direito, com repercussões imediatas na legitimidade das decisões nos âmbitos da produção e da aplicação do direito.

Como se verá, a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, em uma versão procedimental, a legitimidade decisória desgarrar-se do solipsismo que marca os paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social e vincula-se ao desenvolvimento de discursos racionais, os quais podem ser conceituados como

Toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. (HABERMAS, 2003, p. 142, v. I).

Assim é que os direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e livres de coerção daqueles que atuam nos discursos a que faz referência Jürgen Habermas apresentam-se como normas que são essenciais ao paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito; esses direitos permitiriam aos destinatários das decisões, nos âmbitos da produção e da aplicação do direito, também se reconhecerem co-autores dessas mesmas decisões.

É nesse contexto que o Processo, numa concepção Neo-Institucionalista, quer parecer despontar como integrante do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, uma vez que,

[...] a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos [...]. (LEAL, 2005a, p. 100).

A partir da teorização Neo-Institucionalista, de autoria de Rosemiro Pereira Leal, o Processo é que possibilitaria, pelos seus princípios estruturais (Contraditório, Isonomia e Ampla Defesa), a anulação de coerções na condução dos discursos da produção e da aplicação do direito. O Processo é que demarcaria os critérios jurídicos da participação e da fiscalização dos co-autores e, outrossim, destinatários das decisões nos âmbitos da produção e da aplicação do direito.

Daí, é possível afirmar que, com a superveniência do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a legislação brasileira deve acatar, para regência de seus modelos procedimentais, o Contraditório, a Isonomia e a Ampla Defesa, se pretender não apresentar vício determinativo da decretação de sua inconstitucionalidade.

É com base nessas considerações que se propõe a revisitação teórica das presunções legais relativas, as quais, freqüentemente apontadas como alternativa viável ao afastamento do pronunciamento do *non liquet* em situações de difícil acerto fáctico, e, igualmente, do arbítrio do julgador no acerto desses mesmos fatos, ainda se vêem estudadas pela dogmática jurídica em uma perspectiva exclusivamente infra-constitucional.

Em conceituação que nos parece ser a mais consistente já apresentada, embora ainda omissa, a presunção legal relativa é definida por Sérgio Carlos Covello como um legalmente estabelecido “*convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo*” (1983, p. 54), a qual, segundo a doutrina especializada, tem por efeito característico influenciar sobre o ônus de provar.

A influência a que se faz alusão se daria, inicialmente, pela dispensa do ônus de provar o fato cuja verdade provável é antecipada pela lei - a aproveitar aquele que se favorece da presunção legal relativa -, seguida da atribuição do ônus de afastar a presunção legal por aquele que por essa é desfavorecido. Trata-se do que Moacyr Amaral Santos (1949, v. V), Sérgio Carlos Covello (1983), Carlos Alberto Dabus Maluf (1981), Eduardo Cambi (2006) e Tereza Ancona Lopez de Magalhães (1977) denominam inversão do ônus da Prova.

O problema que pretendemos responder ao final dessa Dissertação é: as presunções legais relativas se compatibilizam com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, se considerados, como normas que lhe são essenciais, os direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e livres de coerções dos destinatários das decisões judiciais em sua construção?

Para viabilizar a apresentação de uma hipótese satisfatória ao problema que encaminhamos, optamos por delimitar epistemologicamente nossa pesquisa às presunções legais relativas em matéria civil, bem como por realizar sua testificação pelo marco teórico do Estado Democrático de Direito, a partir do Contraditório, deixando-se para ulterior oportunidade a análise das

correlações teóricas havidas entre essas presunções, a Isonomia e a Ampla Defesa.

Por fim, é de se registrar que a pesquisa ora desenvolvida tem como objetivo contribuir para o esclarecimento das interfaces existentes entre o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a Prova e as presunções legais relativas, com base no magistério de que,

Em sendo a Ciência Jurídica, como qualquer ciência, construída de sistemas renováveis de explicação de conhecimentos, sob ângulos teóricos diferenciados e provisórios, apresenta duplo objeto: o *objeto imediato*, que é produzir conhecimentos explicativos, pela crítica do conhecimento, de sua própria validade discursiva e, servindo-se dessa produção científica, promover, como *objeto mediato*, a investigação do conteúdo ou sentido do direito expresso pelo complexo de normas resultantes da realidade jurídica articulada com o modo de produção das relações econômico-sociais vigentes.

Como conjunto organizado de conhecimentos provisoriamente concordantes, ou como produtora de conhecimentos, a Ciência Jurídica utiliza o seu próprio acervo epistemológico para ampliar a esfera de questionamento de seu objeto que é o *esclarecimento* do direito perquirido no movimento das realidades jurídicas vigentes em incessante interação com o mencionado modo de produção das relações econômico-sociais. A *Ciência Jurídica* não deixa de ser uma *teoria crítica* ampliada. (LEAL, 2005a, p. 22).

De conseguinte, esperamos que a hipótese provisória que apresentaremos ao problema ora enunciado seja também objeto de constante testificação pela Comunidade Jurídica, porque entendemos, seguindo lição de Karl Raimund Popper, que, “*Visto ser todo conhecimento impregnado de teoria, todo ele se edifica sobre areia; mas pode ser melhorado cavando-se criticamente mais fundo e não admitindo como certos quaisquer ‘dados’ alegados.*” (1999a, p. 106).

1. OS PARADIGMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Para que possamos encaminhar uma resposta satisfatória ao problema que apresentamos na introdução dessa Dissertação, quer nos parecer ser imprescindível uma abordagem prévia dos paradigmas jurídico-constitucionais enfocados após o advento do Constitucionalismo,¹ e não somente do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, que nos interessa diretamente.

Essa afirmação se justifica porque *“a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno de uma disputa de paradigmas de Direito”* (OLIVEIRA, 2001, p. 143), e, ainda, porque, conforme o magistério de Menelick de Carvalho Netto, os paradigmas de Direito

tendencialmente se sucedem, em processo de superação e subsunção (*aufhebung*), muito embora aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da antiguidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós (2004, p. 30).

Antes de realizarmos a abordagem pretendida, contudo, impõe-se uma análise conveniente do vocábulo paradigma,² a fim de se evitar incompreensões teóricas que possam dificultar o encaminhamento do tema proposto. É que referido vocábulo não recebe conceituação uniforme por aqueles que se dedicam ao seu estudo; ao contrário disso, o que se verifica é o emprego do termo com significações integralmente distintas e variáveis conforme o momento histórico.

Esclarece Nicola Abbagnano, nesse sentido, que o vocábulo paradigma já teria sido utilizado por Platão, com a significação de modelo, aqui entendido como *“o mundo dos seres eternos, do qual o mundo sensível é imagem”* (2000, p. 743). Segundo o filósofo-dicionarista (2000), também, Aristóteles teria utilizado o vocábulo paradigma com a significação de exemplo.

A acepção contemporânea do vocábulo paradigma, no entanto, teria sido introduzida por Thomas S. Kuhn.³ Para esse teórico da Ciência, os paradigmas são

as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (2003, p. 13).

¹ Sobre o Constitucionalismo, confira o item 1.1. dessa Dissertação.

² A sugestão de uma análise conveniente do vocábulo paradigma foi suscitada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), no objetivo de obter um significado adequado de paradigma para a Ciência Jurídica.

³ A atribuição a Thomas S. Kuhn da introdução do vocábulo paradigma na ciência contemporânea já foi sustentada por Alberico Alves da Silva Filho (2003), por Arthur José de Almeida-Diniz (1995) e por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (1998).

Com o objetivo de se esquivar da severa crítica que foi encaminhada por Margaret Masterman à sua proposição, em razão de afirmada acientificidade decorrente do emprego indiscriminado do termo paradigma em uma só obra,⁴ a *Estrutura das Revoluções Científicas*, já no posfácio da edição publicada em 1969, Thomas S. Kuhn explicitou que o vocábulo paradigma assumiria, em consonância com o seu conceito inicial, a significação de matriz disciplinar, a saber:

Para os nossos propósitos atuais, sugiro “matriz disciplinar”: “disciplinar” porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; “matriz” porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada. Todos ou quase todos os objetos de compromisso grupal que meu texto original designa como paradigmas, partes de paradigmas ou paradigmáticos, constituem essa matriz disciplinar e como tais formam um todo, funcionando em conjunto. (2003, p. 226).

No âmbito das Ciências Social e Jurídica, todavia, quer parecer ser Jürgen Habermas o principal expoente dos paradigmas. Para o autor alemão (1996), é o paradigma que explica como as normas jurídicas devem ser concebidas e implementadas para que cumpram, em determinado contexto histórico, as funções que lhe são atribuídas pelo direito.

Consoante Jürgen Habermas, destarte, em lição baseada em Kübler, o paradigma deve estar em condições de assumir a forma de uma teoria:

⁴ A crítica de Margaret Masterman à proposição de Thomas S. Kuhn foi oferecida nos seguintes termos: “Kuhn, naturalmente, com o seu estilo quase poético, torna a elucidação do paradigma autenticamente difícil para o leitor superficial. De acordo com a minha contagem, ele emprega a palavra ‘paradigma’ em pelo menos vinte e um sentidos diferentes em sua *The Structure of Scientific Revolutions*.” (1979, p. 75). Segundo a professora de Cambridge, essas vinte e uma significações de paradigma poderiam ser enquadradas em três grupos principais, o grupo dos *paradigmas metafísicos* ou *metaparadigmas*, o grupo dos paradigmas sociológicos e o grupo dos paradigmas de construção, “Pois, quando equipara o ‘paradigma’ a um conjunto de crenças (p. 4), a um mito (p. 2), a uma especulação metafísica bem-sucedida (p. 17), a um modelo (p. 102), a um novo modo de ver (pp. 117-21), a um princípio organizador que governa a própria percepção, (p. 120), a um mapa (p. 108), e a alguma coisa que determina uma grande área de realidade (p. 128), é evidente que ele tem muito mais em mente uma noção ou entidade metafísica do que uma noção ou entidade científica. Chamarei, portanto, aos paradigmas desse tipo filosófico *paradigmas metafísicos* ou *metaparadigmas*; e estes representam a única espécie de paradigma a que, pelo que sei, se referiram os críticos filosóficos de Kuhn. O segundo sentido principal de ‘paradigma’ de Kuhn, no entanto, dado por outro grupo de empregos, é sociológico. Assim ele define ‘paradigma’ como realização científica universalmente reconhecida (p. x), como realização científica concreta (pp. 10-11), como conjunto de instituições políticas (p. 91), e também como decisão judicial aceita (p. 23). Chamarei a esses paradigmas de natureza sociológica de *paradigmas sociológicos*. Finalmente, Kuhn, emprega a palavra ‘paradigma’ de modo ainda mais concreto, como verdadeiro manual ou obra clássica (p. 10), como fornecedor de instrumentos (pp. 37 e 76), como instrumentação real (pp. 59 e 60); linguisticamente, como paradigma gramatical (p. 23), ilustrativamente, como analogia (v.g. à p. 14); e psicologicamente, como figura de *gestalt* e como um baralho de cartas anômalo (pp. 63 e 85). Chamarei aos paradigmas dessa espécie *paradigmas de artefato* ou *paradigmas de construção*.” (1979, p. 79 a 80).

Tal teoria teria “caráter de injunção, pois ela determinaria de que modo a lei é entendida e interpretada, e estabeleceria o local, a direção e a abrangência na qual o direito, fixado na forma de leis, pode ser completado e modificado [...]”. (2003, p. 130, v. II).

Esse também é o entendimento de Rosemiro Pereira Leal, o qual, conceituando o paradigma como uma “*proposição normativa dada à crítica processual*” (2002, p. 98), qualifica-o como o “*referente jurídico-teórico fundante da normatividade (paradigma) que é o ponto conceitual da identidade, hermenêutica do sistema e da legitimidade de enunciação, positivação, recriação e aplicação do direito adotado.*” (2002, p. 103).

De conseguinte, evitando-se celeumas conceituais, afirma-se que o vocábulo paradigma é empregado nessa pesquisa com a significação de “*teoria no sentido lato*” (DOMINGUES, 2004, p. 52), isto é, uma teoria que, uma vez institucionalizada e enquanto vigente,⁵ apresenta-se como reguladora de outras teorias que lhe guardam correspondência e afinidade científica.

Numa perspectiva histórico-reconstrutiva, com o advento do Constitucionalismo, três são os paradigmas jurídicos abordados: o do Estado Liberal, o do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, cujas características principais são apontadas a seguir.

1.1. O PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO LIBERAL

É possível afirmar que o paradigma do Estado Liberal teve sua origem diretamente influenciada pelo advento do próprio Constitucionalismo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (1995), o Constitucionalismo foi um movimento que, iniciando-se no desmoronamento do Sistema Político Medieval, teve seu ápice no século XVIII e, quase sempre, um caráter revolucionário.

Tendo como objetivos primordiais a “*afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder*” (DALLARI, 1995, p. 169), o Constitucionalismo se contrastava frontalmente com o direito e com a organização político-jurídico-econômica dos períodos que englobaram a Antiguidade e a Idade Média, sintetizados por Menelick de Carvalho Netto da seguinte forma:

O Direito e a organização política pré-modernos encontram tradução, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião,

⁵ Anunciamos que, uma vez verificada a crise do paradigma eleito por via do critério da demarcação de enunciados da falseabilidade, abre-se, em nosso entendimento, a oportunidade para válida substituição por outro paradigma que lhe supere cientificamente. Sobre o critério da falseabilidade, confira, em especial, a obra **A lógica da pesquisa científica**, de autoria de Karl Raimund Popper (2004).

moral, tradição e costumes transcendentemente justificativos e que essencialmente não se discerniam. O Direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e *a justiça se realiza sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a phronesis aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermeneuta)*. O Direito, portanto, enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas válido para toda a sociedade, não existia, mas tão-somente ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de casta e facção de casta, consubstanciados em normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, nas tradições, nos usos e costumes locais, aplicados casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos. (2004, p. 30).

Sobre o Estado Absolutista, também se pronunciou José Joaquim Gomes Canotilho, o qual, denominando-o Estado de Polícia (*jus politiae*), assim enunciou suas principais características:

(1) afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de “decidir” sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica (*cuius regio eius religio, Dux cliviae est papa in territoriis suis*); (3) dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (“bem estar”, “felicidade dos súbditos”) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre “razão de Estado” (*raison d’État*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado “absolutismo empírico” (“momento absolutista” anterior ao “absolutismo iluminado”). (2003, p. 91).

Foram justamente essas características que fundamentaram a tese de que o Estado – que era absolutista e se confundia com o próprio monarca - seria o maior inimigo dos indivíduos. O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal pretendeu, antes de tudo, impedir a interferência estatal que se colocava como óbice à atuação dos indivíduos na condução de seus interesses.

Assim é que, ao *“súdito que presta ao Estado, confundido com o rei, total subserviência, sucedem as primeiras manifestações do cidadão”* (SOUZA, 2000, p. 34 a 35). A liberdade, a igualdade e a propriedade privada impõem-se como direitos naturais fundamentais que, entretecidos, estruturam a autonomia privada dos indivíduos.

No paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, a liberdade é a liberdade dos modernos. A liberdade é o direito natural de influenciar diretamente na estruturação político-jurídico-econômica do Estado em favor de seus interesses individuais.

Segundo Benjamin Constant, citado por Paulo Bonavides, a liberdade

É para cada um o direito de não sujeitar-se senão às leis, de não poder ser preso, detido, condenado à morte, maltratado, sob qualquer pretexto, como decorrência do arbítrio de um ou vários indivíduos. O direito de manifestar opinião, escolher profissão e exercê-la! Dispor da propriedade e até abusar da mesma; de ir e vir, sem obter permissão e prestar contas de seus atos ou intenções. É para todos, o direito de reunião, seja para deliberar acerca de interesses pessoais, seja para professar o culto que lhe aprouver, a si e aos seus associados, seja simplesmente, para preencher, os dias e as horas. É, em suma, o direito que a cada um assiste de influir no governo, já pela nomeação de todos ou de alguns funcionários, já por representações, petições, exigências, que a autoridade é mais ou menos compelida a tomar em consideração. (2004, p. 145 a 146).

Conforme registra Immanuel Kant, em lição que já se tornou clássica, a liberdade é um direito natural que somente termina onde começa a liberdade alheia. Afinal, para o filósofo, *“É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais.”* (2005, p. 46).

O direito fundamental à igualdade, a seu turno, teve origem na luta pelo afastamento dos privilégios decorrentes da estruturação, em castas, da sociedade política atinente aos períodos da Antiguidade e da Idade Média. Consoante lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

[...] a sociedade estatal ressentia-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei. (1990, p. 35).

Aludida igualdade de todos perante a lei, contudo, era uma igualdade meramente formal. À lei liberal caberia resguardar a igualdade de tratamento dos cidadãos no plano jurídico, embora, no plano fático, fosse desconsiderada a existência de uma desigualdade entre eles.

A incessante busca dos indivíduos pela satisfação dos seus interesses privados, aliás, notadamente no âmbito econômico, é que se fazia determinante para a geração dessa desigualdade. É que, embora os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade fossem importantes para a operacionalização do paradigma em estudo, *“a base desse Estado Liberal é o direito de propriedade privada, que é absoluto e intocável.”* (MAGALHÃES, 2000, p. 44, t. I).

Assim se erigindo, conforme já discorrera M. Bluntschli, citado por Dalmo de Abreu Dallari, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, a economia privada era,

antes de tudo, assunto dos indivíduos, considerando absurdo que o Estado pretenda erigir-se em *tutor dos maiores*, quando é certo que estes são mais aptos para cuidar de seus próprios interesses do que qualquer outra pessoa. Assim, pois, o Estado deveria proteger e encorajar o bem dos particulares, não tutelá-los. (1995, p. 234).

De conseguinte, no Liberalismo, é reservada ao Estado uma função negativa, a qual, limitada à defesa e à manutenção da ordem e da segurança públicas, era abstencionista nos aspectos econômicos e sociais, delegados a *“uma esfera de liberdade individual.”* (CANOTILHO, 2003, p. 97). Nesse paradigma jurídico-constitucional, o Estado deveria garantir, a partir do direito positivado, por via legislativa, a certeza nas relações sociais através da compatibilização dos interesses privados com o interesse global (ordem e segurança públicas, repita-se), permitindo que entre os particulares vigorasse um livre jogo de interesses em busca da felicidade individual, conforme elucidada Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (2003, p. 39).

A atuação negativa do Estado era garantida pela técnica frequentemente intitulada Separação dos Poderes estatais - Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário -, formalizada pelo Baron de la Brède et de Montesquieu, em 1748. Segundo o teorizador referido, *“Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”* (MONTESQUIEU, 1979, p. 149), motivo impositivo da distribuição da titularidade de seu exercício a órgãos distintos, para proporcionar controles recíprocos entre eles.

A teoria da Separação dos Poderes teve grande influência para o paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, não obstante as interpretações equivocadas que sobre essa recaíram.⁶ A influência a que se faz menção pode ser facilmente constatada da leitura da Declaração de Direitos do Bom Homem da Virgínia e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, datadas, respectivamente, de 16 de junho de 1776 e 26 de agosto de 1789, assim se enunciaram sobre ela:

V - Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger

⁶ Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, as interpretações equivocadas à técnica da Separação dos Poderes baseavam-se em dois argumentos principais: a impossibilidade da divisão do poder estatal e o fracionamento da soberania do Estado. Para esse autor, entretanto, em lição ratificada, notadamente, por José Alfredo de Oliveira Baracho, Paulo Bonavides e Simone Goyard-Fabre, o teorizador da técnica da Separação dos Poderes jamais pretendeu sustentar esses posicionamentos, mas *“a idéia de que as três espécies de poder fossem distribuídas de forma obediente ao princípio do equilíbrio, com o objetivo de garantir a liberdade individual.”* (2004, p. 66 a 74).

todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes), segundo disponham as leis.

16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

A distribuição das funções estatais segundo a técnica da Separação dos Poderes, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, restou explicitada, em resumo, por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a saber:

Sob o paradigma do Estado Liberal, cabe ao Poder Legislativo a supremacia, já que ele é quem elabora as leis, fontes supremas do Direito, obedecendo às limitações de não-fazer, presentes na Declaração de Direitos.

Cabe ao Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a administração pública, quando provocado, através de procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a boca da lei.

E, enfim, cabe ao Poder Executivo implementar o Direito, garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra. (1998, p. 38 a 39).

De todo o exposto, é possível afirmar que o Liberalismo propiciou inegável transformação sócio-político-econômica, se consideradas as épocas Antiga e Medieval. Afinal, na vigência do paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, o indivíduo, que até então se curvava diante das imposições do monarca representativo da soberania estatal, assumiu o *status* de cidadão que, guiado pela razão, abandona as tradições e crenças imemoriais em prol de uma autonomia individual na condução dos seus interesses.

A nova condição assumida pelos indivíduos acabou por determinar não só uma complexificação social e política, esta intensificada pela participação pelo sufrágio universal, como também econômica, que culminou na substituição do método de produção, até então preponderantemente manual. Paradoxalmente, todavia, acenada complexificação acabou motivando a crise do paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal. A concepção individualista do exercício dos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade foi determinante para a geração de dificuldades que se mostravam incontornáveis, caso inexistente a intervenção estatal.

No âmbito econômico, a *“concentração de riquezas levou à eliminação da livre concorrência e da livre iniciativa.”* (MAGALHÃES, 2000, p. 64, t. I). A modificação do método de produção, que passou a ser industrial, provocou a formação de monopólios, trustes e a exploração dos trabalhadores os quais, diante de uma excessiva oferta de mão-de-obra, submetiam-se a condições precárias de vida em busca de uma remuneração que acatasse as despesas mínimas da família.

O advento da Revolução Industrial como decorrência da insatisfação da população trabalhadora representou, também, o marco do surgimento de uma nova classe social denominada proletariado. Essa classe era composta pelos trabalhadores que, em face da substituição parcial de sua força de trabalho pelo maquinário, não se identificavam com os objetivos pretendidos e sustentados pela burguesia. Se, por um lado, os direitos fundamentais que embasavam o Liberalismo permitiam a livre busca da felicidade pelos indivíduos burgueses, por outro, impediam o proletariado de se autodeterminar, por sequer possibilitar aos membros dessa nova classe social o atendimento de condições mínimas de sobrevivência material.

A insatisfação do proletariado com os objetivos pretendidos e sustentados pela burguesia foi registrada, em parte, por Wagner D. Giglio, nos seguintes termos:

Aglomerados em pequenas áreas industrializadas, os trabalhadores tomaram consciência da identidade de seus interesses. Insatisfeitos, uniram-se e reagiram contra tal situação em movimentos reivindicatórios violentos, freqüentemente sangrentos, as greves. Para forçar os donos das máquinas a lhes pagar melhores salários, a reduzir a jornada e a fornecer ambiente de trabalho menos insalubre, os operários se recusavam a desempenhar suas tarefas.

A greve era um instrumento de luta, mecanismo de autodefesa dos trabalhadores, não obedecendo a nenhuma regulamentação. Imperava a lei do (economicamente) mais forte. A produção ficava paralisada até que uma das partes cedesse e voltassem os grevistas ao trabalho nas mesmas condições anteriores, para sobreviver à fome, ou atendessem o empresário aos pedidos dos trabalhadores, para evitar o prejuízo causado pela ociosidade das máquinas. (2005, p. 01).

No âmbito social, os violentos movimentos grevistas a que faz referência Wagner D. Giglio (2005) causaram inequívoca afronta às consideradas ordem e segurança públicas. O Estado, que se colocava numa posição passiva ante a violação ostensiva da dignidade dos indivíduos integrantes do proletariado, já encontra fundamento para atuação.

Por derradeiro, no âmbito político, a união dos trabalhadores permitiu o aparecimento dos sindicatos e, com estes, uma melhor organização do proletariado. Anunciada organização foi proeminente para a perda da exclusividade do direito ao sufrágio pela burguesia e, sucessivamente, para a perda da exclusividade no estabelecimento de leis que regulassem, a seu favor, a concretização dos objetivos do Liberalismo.

O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal foi colocado em xeque pela sua conduta omissiva. A partir daí, tornou-se necessária sua substituição por um novo paradigma jurídico-constitucional que considerasse os anseios de um proletariado carente nos aspectos econômico e social. Apresenta-se para esse fim o paradigma jurídico-constitucional do Estado Social.

1.2. O PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO SOCIAL

O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social teve sua origem no período do Pós-Primeira Guerra, embora tenha se firmado somente após a Segunda Guerra Mundial. Segundo Fernando Herren Aguillar, é *“com a promulgação das Constituições mexicana de 1917, e de Weimar em 1919, que as questões econômicas se incorporam à regulação constitucional”* (1999, p. 147), momento freqüentemente indicado como marco histórico de um cognominado Constitucionalismo Social.

O Estado até então liberal-abstencionista, qualificado por deveres meramente negativos que se justificavam a partir da interpretação individualista atribuída aos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade, tem sua esfera de atuação ampliada, tornando-se nitidamente intervencionista no objetivo de também garantir direitos sociais mínimos aos cidadãos.

As Constituições advindas após o período da Primeira Guerra Mundial, assim, *“não ficam apenas preocupadas com a estrutura política do Estado, mas salientam o direito e o dever do Estado em reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade.”* (BARACHO, 1986, p. 46). Conforme observa Paulo Bonavides,

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder

político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (2004, p. 186).

Destarte, o adjetivo *Social* incorporado ao vocábulo Estado explicita o afastamento do individualismo liberal em face da afirmação de direitos sociais e do escopo de realização da denominada “justiça social”, conforme adverte José Afonso da Silva (1996). O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social pretende conjugar o Capitalismo como forma de produção e o Bem-Estar Social como forma de vida.⁷

O paradigma jurídico-constitucional em análise foi responsável por instituir os direitos sociais e econômicos, assim como por redefinir os direitos individuais e políticos. Assim ocorrendo, os direitos de igualdade, de liberdade e de propriedade que marcaram o paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal acabaram por sofrer uma releitura diante da alteração paradigmática ocorrida.

Sobre o tema, pronunciou-se Menelick de Carvalho Netto:

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive a redefinição dos de primeira (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, minimamente, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material, eqüitativa. Não mais se acredita na verdade absoluta de cunho matemático dos direitos individuais. O direito privado, assim como o público, apresentam-se agora como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática e não mais ontológica. A propriedade privada, quando admitida, o é como um mecanismo de incentivo à produtividade e operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social. Assim, todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo

⁷ Quanto à diferenciação entre o paradigma jurídico-constitucional do Estado Social e o paradigma jurídico-constitucional Socialista, é oportuna a lição de Paulo Bonavides: “É, à medida em que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, correrá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.” (2004, p. 186).

Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado continua a subsumir toda a dimensão do público, agora imensamente alargada e positivamente valorada, e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de segunda geração da sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas, para que os direitos de primeira geração possam ganhar densidade no novo sentido tendencialmente materializado que passa a revesti-los. (2004, p. 35).

Assim é que, consoante aponta José Luiz Quadros de Magalhães (2000, t. I), os direitos sociais e econômicos apresentam-se como direitos aptos a promover a realização dos direitos individuais e políticos de toda população. No entanto, ao contrário dos chamados direitos de primeira geração, que deveriam ser imediatamente implementados, os chamados direitos de segunda geração colocam-se como normas programáticas, de implementação gradual e adstrita à imperiosa necessidade.⁸

O Estado que, no Liberalismo, qualificava-se como garantidor da ordem e da segurança públicas, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Social, qualifica-se como regulador e compensador das contingências políticas, sociais e econômicas a partir de técnicas intervencionistas preventivas ou reativas, elucida Jürgen Habermas (2003, v. II).

Aludidas técnicas de intervenção se explicitam no âmbito das funções executiva, legislativa e judiciária como registra Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

O Poder Executivo, na figura do Presidente da República ou do Primeiro Ministro, passa a ser dotado de instrumentos jurídicos, inclusive legislativos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do “interesse coletivo, público, social ou nacional.”

Ao Poder Legislativo, na figura do Congresso ou Assembléia, além da atividade legislativa, cabe o exercício de funções de fiscalização e de apreciação da atividade da administração pública e da atuação econômica do Estado.

Ao Poder Judiciário, seus Tribunais e juízes, cabe, no exercício da função jurisdicional, aplicar o direito material aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativos ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, “a Justiça no caso concreto.” (1998, p. 42).

⁸ Uma crítica importante oferecida à classificação histórica dos direitos fundamentais em gerações, a qual aderimos, lê-se na obra **Direito constitucional**, de autoria de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2002).

A atuação baseada em afirmados critérios de solidariedade - em substituição a critérios de individualidade, aduz André Del Negri (2003) - foi que possibilitou, contudo, a adoção de práticas autoritárias a pretexto da instalação e da manutenção de um propalado *Welfare State*.

Nesse sentido, aponta Patrus Ananias de Souza:

O Estado do Bem-Estar se viabilizou em experiências e processos de conotações democráticas (socialismo democrático, social-democracia, democracia-cristã) e experiências autoritárias e algumas totalitárias como o nazismo, o fascismo, o stalinismo. Para os teóricos de inspiração democrática do Estado Social tratava-se de manter, ampliar e universalizar os direitos e garantias individuais e os direitos políticos e a eles acrescer os novos direitos sociais. Numa busca de integração entre os princípios da liberdade e da justiça social; a presença de um Estado normatizador e regulamentador, inclusive das relações de mercado, mas que se preservassem os princípios básicos do Estado de Direito. Na concepção dos avalistas dos regimes autoritários e totalitários, é o Estado todo poderoso agindo em nome da sociedade para impor projetos fundados ideologicamente em conceitos como raça, nação, classe. Ao Estado, mais especificamente aos que detinham o poder, (sem questionar a origem e a legitimidade desse poder) dava-se uma procuração com plenos e irrevogáveis poderes para conduzir e salvar a nação. O preço foi alto: os campos de concentração, a eliminação sumária dos adversários políticos e dos dissidentes, a tortura, o genocídio, a Segunda Guerra Mundial. (2000, p. 36).

A partir de um ambiente hostil, originado, sobretudo, da colocação em segundo plano da autonomia privada do cidadão, que não é entendida como essencial à autonomia pública e, assim, como “*locus privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida*” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 167), o paradigma jurídico-constitucional do Estado Social ingressa em fase crítica.

Os cidadãos que se tornaram meros clientes do Estado⁹ não mais se contentam com o monopólio das iniciativas públicas e privadas por esse. A condição de um “*Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de ‘vida boa’*” (OLIVEIRA, 2002, p. 59), acabou por sufocar aqueles que, não se enquadrando na suposição estatal de um padrão homogêneo de vida – baseado em uma ética que Jürgen Habermas (2004) também registra ser supostamente compartilhada por uma comunidade historicamente situada -, buscavam respeito por uma multiculturalidade que estava a requerer, igualmente, institucionalização.

⁹ A condição de cidadão-cliente do Estado, típica do paradigma ora explicitado, é identificável do seguinte texto, de autoria de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: “O Estado de Bem-Estar Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem-estar que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim com a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais.” (1998, p. 40 a 41).

A insatisfação com as bases normativas do paradigma jurídico-constitucional do Estado Social, que deixou de encaminhar respostas satisfatórias às indagações oriundas de uma sociedade pluralista¹⁰ em busca de sua autodeterminação, levou à necessidade de se teorizar um novo paradigma jurídico-constitucional.

O Estado Democrático de Direito apresenta-se, já no século XX, para concretização desse fim, tendo no conceito procedimental de democracia o eixo teórico encaminhador da discursividade garantidora de um direito racionalmente construído.

1.3. O PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira que,

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contra-culturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a “nova esquerda”, a chamada esquerda não estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia -, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares -, cunha a expressão *Estado Democrático de Direito*. O Estado Democrático de Direito passa a configurar uma alternativa de superação tanto do estado de Bem-Estar quanto do Estado de socialismo real. (1998, p. 43).

Segundo Jürgen Habermas - autor que apresentou contornos mais nítidos para o paradigma que denomina procedimental -, o Estado Democrático de Direito visa suprir as distorções concernentes à legitimidade do direito¹¹

¹⁰ O pluralismo foi compreendido por Gisele Cittadino como a “multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna [...]” (2004, p. 78).

¹¹ Para acessar uma abordagem minuciosa sobre a legitimidade do direito e suas correlações teóricas com a validade, a partir dos estudos de Hans Kelsen, de Niklas Luhmann e de Jürgen Habermas,

havidas nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social. É que esses paradigmas disputam a hegemonia na “*determinação dos pressupostos fáticos para o status de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica*” (HABERMAS, 2003, p. 146, v. II), a qual, conforme aduz Gisele Cittadino, baseia-se num “*modelo de igual distribuição, pois ou se distribuí (sic) direitos iguais ou se distribuí (sic) benefícios sociais, sempre com o objetivo de permitir que o cidadão procure realizar a sua concepção de vida digna.*” (2004, p. 208 a 209).

Os paradigmas jurídico-constitucionais que antecedem o do Estado Democrático de Direito desconsideram a importância da relação interna e equilibrada entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos para valorizar a pretensão de um *bem-estar* desses cidadãos que se apresentam, como vimos, ora como cidadãos-proprietários, ora como cidadãos-clientes do Estado.

Em outros termos, os paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social desconsideram a participação e a fiscalização dos cidadãos que integram uma sociedade complexa e pluralista na construção do Ordenamento Jurídico, a qual, para Jürgen Habermas, deve se dar a partir das formas de comunicação entre esses cidadãos:

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e privada. (2003, p. 147, v. II).

Assim sendo, o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, diferenciando-se dos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social,

não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua [...]. (HABERMAS, 2003, p. 190, v. II).

Não obstante essas considerações, e com o objetivo de se evitar o inesclarecimento científico, quer nos parecer necessário que, para aprofundarmos as diferenças existentes entre o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito e os paradigmas jurídico-constitucionais que lhe antecederam, elucidemos a significação do qualificativo Democrático, que integra a sua denominação.

Com Jürgen Habermas (2003, v. II), desde já se afirma que todos os paradigmas vigentes após o advento do Constitucionalismo apresentam bases democráticas, tornando-se fundamental para o estudo que se desenvolve, portanto, a indicação da própria compreensão de Democracia em cada um deles, que assume contornos variáveis e que podem ser sintetizadas nas concepções liberal, republicana e procedimental de política deliberativa.

Assim é que, para o autor alemão (2004), o conceito liberal de Democracia identifica-se com um procedimento eletivo possibilitador da busca por arranjos de interesses privados que se legitimariam pela determinação da vontade majoritária alcançada pelas deliberações ocorridas, a qual, por sua vez, representaria o programa a ser seguido pelo Estado em prol de toda a sociedade.

A partir da concepção liberal de Democracia, o Estado é mero aparato da Administração Pública que assume a posição de defensor de uma sociedade econômica por via de uma Constituição acolhedora de direitos fundamentais, os quais, apresentando-se como liberdades negativas, possibilitariam o controle do exercício do poder e, ao mesmo tempo, a mediação dos interesses privados disputados.

O conceito republicano de Democracia, de outra face, ainda segundo Jürgen Habermas (2004), identifica-se com um procedimento direcionador de um auto-entendimento ético alcançável por via da dialogicidade entre indivíduos homogêneos e auto-conscientes. A determinação da vontade majoritária alcançada pelas deliberações ocorridas, que representaria o programa a ser seguido pelo Estado em prol de toda a sociedade liberal, “*é substituída pela idéia de política deliberativa que conforma uma vontade comum.*” (CITTADINO, 2004, p. 145).

Com base na concepção republicana de Democracia, o Estado corresponderia à institucionalização de uma comunidade ética, a qual se explicitaria numa Constituição que sintetiza uma *ordem concreta de valores*, pressupostamente homogêneos. A Constituição,

com seu sistema de direitos – significa, na verdade, uma matriz, um projeto social integrado por um conjunto de práticas comuns que determinam a identidade dos indivíduos autônomos que, por sua vez, têm a obrigação “de restaurar ou de sustentar a sociedade na qual esta identidade é possível”. A Constituição, enquanto projeto, revela, nesse sentido, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns, um compromisso com certos ideais. (CITTADINO, 2004, p. 152).

O aspecto de identidade entre os conceitos liberal e republicano de Democracia foi percebido por Andréa Alves de Almeida: *“Tanto a visão liberal quanto a republicana minimizam a liberdade crítica do homem indispensável para a construção da sociedade aberta.”* (2005, p. 56).

É que, enquanto na concepção liberal, impossibilitam-se atitudes transformadoras da realidade social pelos cidadãos através do direito, haja vista que o coletivo nada mais é do que o simples resultado das negociações acerca de interesses privados, na concepção republicana, essas atitudes estariam a depender dos atributos éticos que deveriam ter os cidadãos pressupostamente voltados para o bem comum.

Assim se colocando, as concepções liberal e republicana de Democracia

têm perdido muito do seu poder de convencimento que, por não levarem em consideração a complexidade da sociedade atual ao manterem, por exemplo, um modelo de sociedade referida ao Estado e dividida entre esse e a Sociedade Civil, compreendida como “sistema de necessidades”, como no caso liberal, ou mais especificamente, no caso republicano, ao pressuporem uma inquestionada homogeneidade ético-cultural como base da política e da Democracia, pouco ou nada são capazes de articularem-se a uma análise empírica no plano dos processos políticos concretos, em nossas sociedades complexas, descentradas e pluralistas. (OLIVEIRA, 1999, p. 221).

Ao tanger a concepção liberal de Democracia, em igual sentido, aponta André Berten que:

O modelo liberal clássico comporta a seguinte crença fundamental e otimista: a realização da democracia liberal pode ser garantida, independentemente da boa vontade ou do altruísmo dos cidadãos. Em outras palavras, o mercado e sua mão invisível deveriam produzir uma harmonia automática dos interesses, equivalente ao interesse geral. Para contrariar qualquer tentativa de fazer prevalecer os interesses privados em detrimento do interesse geral e para compensar os pontos fracos do mercado, bastaria criar os controles e os equilíbrios institucionais e procedimentais adequados, tais como a divisão dos poderes, o bicameralismo e o federalismo. Porém, parece acertado que esta visão otimista da democracia deva ser abandonada definitivamente. Construir uma sociedade justa, contando-se exclusivamente com os comportamentos individuais interessados e estratégicos, só poderá levar a uma meta: à dissolução do vínculo social. (2003, p. 31).

Por outro turno, consoante sustenta Jürgen Habermas (2004), embora os acordos éticos de auto-entendimento sejam muito importantes na condução dos procedimentos políticos, não são suficientes para qualificar uma política deliberativa que se desenvolva em sociedades multiculturais e, assim, marcadas pela heterogeneidade das formas de vida. O pluralismo requer a compensação dos interesses diferenciados desses cidadãos pressupostamente voltados para o bem comum, a qual somente se dá por via

de novos acordos, que, dependentes da cooperação intersubjetiva, não se encontram isentos de ações estratégicas.¹²

De acordo com Jürgen Habermas (2004), por consectário, são as condições do discurso que determinarão a racionalidade das decisões. O que se pretende com o que denomina Teoria Procedimental da Democracia é suprir as insuficiências apresentadas nas concepções liberal e republicana de Democracia, aproveitando-se, entretanto, de elementos positivos de ambas, a serem integrados no *“conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões.”* (2004, p. 286).

Almejando-se neutralidade na condução dos discursos de autodeterminação a partir do procedimento, afasta-se, por um lado, a homogeneidade que caracteriza a sociedade republicana, acolhendo-se, por outro lado, a necessidade de um discurso prévio à tomada de decisões pelos cidadãos. Daí, a razão prática desatrela-se dos direitos humanos universais que fundamentariam uma concepção liberal de Democracia – como os direitos ao voto e à composição parlamentar -, bem como da virtuosidade que atingiria todos os integrantes da sociedade republicana, e passa a se vincular, exclusivamente, às regras que marcam o discurso e às formas de argumentação.

A Teoria Procedimental da Democracia, com base no princípio do discurso, abandona o normativismo imediatista que informa a razão prática por uma normatividade que, originária da razão comunicativa, somente será alcançada após a obtenção de uma vontade jurídica para agir entre indivíduos que se colocam em busca da pretendida autodeterminação por via da linguagem.

O procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões teorizado por Jürgen Habermas anuncia-se como recinto que permite

uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. (2004, p. 286).

Comentando a Teoria Procedimental da Democracia, Reginaldo da Costa assim se pronuncia sobre o princípio do discurso:

O princípio do discurso (*D*) é formulado do seguinte modo: *São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.* O princípio do discurso (*D*) explica, pois, o ponto de vista sob o qual,

¹² Sobre a ação estratégica, e a sua distinção em relação à ação comunicativa, é prestante a seguinte lição habermaseana: “A acção estratégica distingue-se das acções comunicativas que ocorrem sob tradições comuns, em virtude de a decisão entre possibilidades alternativas de escolha, poder e ter de tomar-se de forma fundamentalmente monológica, isto é, sem um entendimento *ad hoc*. Já que as regras de preferência e as máximas que resultam vinculantes para cada um dos actores foram previamente determinadas, a intersubjectividade plena da validade das regras do jogo pertence aqui à definição de situação de jogo, da mesma forma que, ao nível transcendental da {Sittenlehre} de Kant, a validade apriódica das leis morais é garantida pela razão prática.” (HABERMAS, 1997, p. 22).

segundo Habermas, é possível *fundamentar imparcialmente* normas de ação e pressupõe que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente pelo procedimento discursivo-argumentativo, o qual funciona como critério de legitimidade das pretensões de validade levantadas. (2003, p. 41 a 42).

E explica, dando continuidade aos seus comentários:

Habermas esclarece os conceitos que entram nesta formulação do princípio do discurso. Deste modo, para ele: *válidas* é um predicado que se refere a normas de ação e às proposições normativas correspondentes; *normas de ação* são expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente; *atingido* é todo aquele cujos interesses são afetados pela regulamentação através de normas; e, finalmente, *discurso racional* é toda a tentativa de entendimento racional sobre pretensões de validade problematizadas, realizada sob condições de comunicação que permitam contribuição livre de argumentos e incluem o compromisso de acolher como racionalmente legítimo o resultado apoiado no melhor argumento de que se dispõe, compreendendo, no entanto, este resultado como falível e revisável. (COSTA, 2003, p. 41 a 42).

Segundo Jürgen Habermas, é a interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica que faz advir o Princípio da Democracia, o qual atribui uma *“força legitimadora ao processo de normatização.”* (2003, p. 158, v. I). Sobre a institucionalização jurídica, assim se manifesta o autor alemão, em síntese:

A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*. (2003, p. 158, v. I).

A legitimidade do direito no paradigma jurídico-constitucional ora estudado, destarte, pressupõe a observância de procedimentos comunicativos que, alcançando a forma jurídica, oportunizariam aos destinatários da norma também se reconhecerem como seus co-autores. Assim é que, por via do discurso conduzido no procedimento habermaseano, torna-se possível a construção da vontade jurídica dos cidadãos pela escolha do melhor argumento.

Ao contrário das concepções liberal e republicana de Democracia, portanto, a Teoria Procedimental da Democracia não oferece prioridade à autonomia privada ou à autonomia pública dos cidadãos, respectivamente,

mas preserva a co-originariade entre essas autonomias pelo reconhecimento da necessária interligação entre direitos humanos e soberania popular na produção normativa.

A interação entre a forma jurídica (que estabiliza as expectativas de comportamento social) e o princípio do discurso (que possibilita a intersubjetividade na condução dos procedimentos para tomada de decisões) é que vai viabilizar a introdução, *in abstracto*, das categorias de direitos que estabelecem o que Jürgen Habermas (2003, v. I) denomina código jurídico, o qual, por sua vez, permitirá a orientação da vida social pelo Direito, a saber:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (*sic*).

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual.

.....(*omissis*)

.....

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

.....(*omissis*)

.....

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário. (HABERMAS, 2003, p. 159 a 160, v. I).

De todo o exposto, é possível afirmar que os direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerções, erigem-se fundamentais para a obtenção da legitimidade do direito no paradigma jurídico-constitucional ora analisado. De conseguinte, somente a partir desses direitos será possível pretender a integração normativa das Democracias contemporâneas, que, conforme anuncia Gisele Cittadino, com base em Jürgen Habermas,

possui um duplo fundamento: a força resultante de um acordo racionalmente motivado e a ameaça de sanções. Em outras palavras, a ordem jurídica, simultaneamente, baseia-se na faticidade e na validade, isto é, na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade resultante de um entendimento conjuntamente negociado. (2004, p. 171).

Trazidas essas lições para o âmbito da aplicação do direito, esclarece Jürgen Habermas que a legitimidade decisória decorrerá de um procedimento que garanta *“uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários.”* (2003, p. 274, v. I).

Daí, para que possamos afirmar ou negar a compatibilidade das **presunções legais relativas** com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, torna-se indispensável analisar se essas presunções oferecem àqueles que se colocam na condição de destinatários das decisões, no âmbito da aplicação do direito, a possibilidade de se reconhecerem como co-autores dessas mesmas decisões, a partir do exercício dos direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e livres de coerções.

Quer nos parecer, contudo, que a resposta desse questionamento passa por uma abordagem da temática da Prova, uma vez que será a partir da Prova que a clarificação discursiva acerca das questões de fato se dará. Ademais, conforme se demonstrará no capítulo terceiro dessa Dissertação, a dogmática jurídica tradicionalmente se pronuncia pela existência de correlações teóricas havidas entre as presunções legais relativas e a Prova, justificando-se, também por isso, a tangência de seus principais aspectos.

2. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E A TEMÁTICA DA PROVA

As correlações teóricas que a dogmática jurídica aponta como existentes entre as presunções legais relativas e a Prova vêm motivando uma abordagem encadeada de ambas, seja na doutrina estrangeira, seja na doutrina nacional.¹³

Para que nos seja possível identificar referidas correlações, optamos por analisar, em separado, as presunções legais relativas e a Prova para, ulteriormente, promovermos uma aproximação teórica entre essas.

Iniciamos a abordagem pretendida pela tangência da temática da Prova, explicitando seus aspectos do conceito, da finalidade e da apreciação. Nos capítulos seguintes, analisaremos as principais características das presunções legais relativas e, ainda, as dogmaticamente anunciadas correlações teóricas havidas entre essas e a Prova.

¹³ Não obstante a doutrina estrangeira e nacional seja extensa sobre o assunto, confira, **em especial**, as obras: **Fundamentos do direito processual civil** (COUTURE, 1946); **Instituições de direito processual civil** (CHIOVENDA, 2002, v. II e III); **Nova teoria da prova** (DELLEPIANE, 2004); **Sistema de derecho procesal civil – composición del proceso** (CARNELUTTI, 1944, v. II); **Derecho procesal civil** (SCHÖNKE, 1950); **Teoría general de la prueba en derecho civil – exposición comparada de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.** (LESSONA, 1928, v. V); **Le prove civile**. (COMOGLIO, 1999); **El objeto y el tema de la prueba en derecho procesal colombiano** (PIZARRO, 1986); **Teoría general de la prueba judicial** (ECHANDÍA, 1988, t. I); **Procedimiento civil romano – ejercicio y defensa de los derechos** (SCIALOJA, 1957); **A lógica das provas em matéria criminal** (MALATESTA, 1995, v. I); **Tratado da prova em matéria criminal** (MITTERMAYER, 1919); **Tratado das obrigações** (POTHIER, 2001); **Prova judiciária no cível e comercial** (SANTOS, 1949, v. V); **Direito processual civil** (BONUMÁ, 1946); **Teoria do processo civil** (MONTEIRO, 1956, t. II); **Teoria geral do processo** (ALVIM, 2005); **Curso de processo civil – processo de conhecimento** (SILVA, v. I); **Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento** (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2006, v. I); **Manual do processo de conhecimento** (MARINONI; ARENHART, 2006); **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento** (MONTENEGRO FILHO, 2006, v. I); **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento** (THEODORO JÚNIOR, 1999, v. I); **A prova civil – admissibilidade e relevância** (CAMBI, 2006).

2.1. O CONCEITO DE PROVA NA DOGMÁTICA JURÍDICA

Conforme registra John Gilissen, o estudo da Prova não se apresenta somente na área jurídica. É que a Prova

diz respeito a inúmeras outras disciplinas, tanto ciências exactas como ciências humanas. Podem distinguir-se, pelo menos, quatro tipos de provas:

- a prova *demonstrativa*, que é a das matemáticas e da lógica; consiste num raciocínio que tende a deduzir uma proposição de premissas que constituem axiomas ou proposições já provadas; a prova demonstrativa diz respeito a ideias, a dados abstractos, enquanto que a prova judiciária diz necessariamente respeito a casos concretos;

- a prova *experimental*, que é a das ciências naturais; resulta de um grande número de experiências, tendentes a provar a exactidão ou, pelo menos, a verosimilhança de uma lei natural; o exemplo clássico é o da lei da gravidade, provada experimentalmente. A diferença relativamente à prova judiciária é que esta diz respeito, em princípio, a um facto único, enquanto que em matéria de ciências naturais, existe a possibilidade de repetir a experiência quantas vezes se quiser;

- a prova *histórica*, ou seja, a prova de factos históricos que permitirá ao historiador reconstituir o passado; apresenta muitas analogias com a prova judiciária, pois, nos dois casos, é preciso provar um facto concreto, que se situa no passado, um passado mais ou menos próximo ou longínquo; mas, enquanto que o historiador pode constatar que a (ou as) prova é insuficiente, podendo desde logo recusar-se a concluir, o juiz deve julgar, sob pena de cometer uma recusa de justiça;

- a prova *judiciária* é, portanto, específica, tendendo a convencer o juiz, a persuadi-lo da existência de um facto concreto que teve lugar num passado mais ou menos próximo; o juiz deve decidir, com auxílio das provas que as partes lhe submetem; e deve fazê-lo num prazo relativamente curto; mas pode constatar que a prova é insuficiente e ignorar, desde logo, a existência do facto que se quis provar. (2001, p. 712).

Na pesquisa ora desenvolvida, para utilizarmos a nomenclatura empregada por John Gilissen (2001), ficaremos adstritos à “prova judiciária”. Assim sendo, neste tópico, a abordagem restringir-se-á ao conceito jurídico da Prova, o qual, no entanto, não se apresenta unívoco entre os processualistas.

Segundo informa parte da doutrina nacional (SILVA; GOMES, 2006; ROCHA, 2005; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006; SANTOS, 1952, v. I; MARINONI; ARENHART, 2006), em consonância com a doutrina especializada estrangeira,¹⁴ embora sejam várias as teorias que se dedicam à explicitação do

¹⁴ Uma síntese da doutrina estrangeira sobre o assunto é explicitada na obra **O conceito de prova em processo civil** (MENDES, 1961).

conceito de Prova, três dessas encontram-se a merecer especial destaque: a que conceitua Prova como **atividade**, a que conceitua Prova como **meio** e a que conceitua Prova como **resultado**.

Consoante a teoria que conceitua a Prova como atividade, “a prova situa-se no campo dos actos jurídicos; será um acto simples, ou uma atividade, em qualquer das hipóteses uma conduta humana.” (MENDES, 1961, p. 51). Assim se entendendo, o conceito da Prova como atividade prende-se diretamente a uma atuação que conduziria a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento.

A teoria que conceitua a Prova como atividade recebe a adesão de reconhecidos processualistas estrangeiros, dentre os quais Giuseppe Chiovenda,¹⁵ José Alberto dos Reis,¹⁶ James Goldschmidt,¹⁷ Adolf Schönke¹⁸ e Antonio Dellepiane.¹⁹

A teoria que conceitua a Prova como meio, a seu turno, sustenta que Prova seriam todos os meios ou fatores que tendem para determinado resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento, registra João de Castro Mendes (1961). Para os adeptos dessa teoria, por conseqüência, a Prova deixaria de se vincular diretamente a uma atuação para se vincular aos meios utilizados nessa atuação, que conduziriam a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento.

A teoria que conceitua a Prova como meio tem como principal divulgador Eduardo José Couture.²⁰ Entre os processualistas brasileiros, essa teoria é bastante prestigiada, contando com a adesão de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grionover, Cândido Rangel Dinamarco,²¹ Luiz

¹⁵ Segundo o autor, “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.” (CHIOVENDA, 2002, p. 109, v. III).

¹⁶ Segundo o autor, Prova “é o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes.” (REIS, 1950, p. 238, v. III).

¹⁷ Segundo o autor, a Prova explicita-se pelos “atos das partes, que tem por fim convencer ao juiz da verdade da afirmação de um feito.” (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 117).

¹⁸ Segundo o autor, “Se entende por prova a atividade das partes e do Tribunal encaminhada a proporcionar ao Juiz a convicção da verdade ou falsidade de um fato.” (SCHÖNKE, 1950, p. 198). No original: “Se entiende por prueba la actividad de las partes y del Tribunal encaminada a proporcionar al Juez la convicción de la verdad o falsedad de un hecho.” (SCHÖNKE, 1950, p. 198).

¹⁹ Segundo o autor, a “investigação e determinação exata de fatos é o que constitui a prova”. E continua: “Todo o esforço dos contendores se aplica, então, a demonstrar a exatidão da afirmação que favorece a cada um e a provar, se é possível, a inexatidão da afirmação contrária.” (DELLEPIANE, 2004, p. 25 a 26).

²⁰ Segundo o autor, “Considerada em seu sentido processual, a prova é, portanto, um meio de controle das proposições que os litigantes formulam em juízo”. E ainda, complementa o autor: “Encarada do ponto de vista das partes, a prova é também, uma forma de provocar a convicção do magistrado. O regime vigente leva as partes a esgotarem os meios facultados pela lei para formar no espírito do juiz um estado de convicção acerca da existência ou da inexistência das circunstâncias relevantes do processo.” (COUTURE, 1946, p. 136 a 137).

²¹ Segundo os autores, “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 349).

Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart,²² Sergio Bermudes,²³ José Eduardo Carreira Alvim,²⁴ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini.²⁵

Por fim, conforme nova lição de João de Castro Mendes (1961), a teoria que conceitua a Prova como resultado sustenta que a Prova não seria um ato ou uma atividade que conduziriam a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento; sequer seria a Prova um meio ou conjunto de meios tendentes à obtenção desse resultado. Consoante os expositores da última das teorias ora abordadas, a Prova é conceituada como o próprio resultado a que aludidos atuação ou meios tendem.

A teoria que conceitua a Prova como resultado apresenta como seus principais expoentes João de Castro Mendes,²⁶ Carl Joseph Anton Mittermayer,²⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr.²⁸ e Misael Montenegro Filho.²⁹

O dissenso havido acerca do conceito jurídico da Prova também é passível de visualização na sistemática procedimental civil brasileira. Uma leitura atenta dos dispositivos legais integrantes do Código de Processo Civil brasileiro nos conduz à identificação do emprego do vocábulo Prova nos três

²² Segundo os autores, “prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 267).

²³ Segundo o autor, “O conjunto de meios pelos quais se demonstra a veracidade das alegações produzidas no processo – e também cada um desses meios – recebe o nome de *prova* (em latim, *probatio*, de *probare*, ensaiar, examinar, cujo étimo é *probus*, o que é de boa qualidade, o que é bom).” (BERMUDES, 2006, p. 127).

²⁴ Segundo o autor, “Se a prova tem um sentido vulgar, na técnica jurídica o vocábulo pode ser tomado em duas acepções: no sentido objetivo e no sentido subjetivo. *Objetivamente*, são os meios de demonstrar a existência de um fato jurídico, ou os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo. Neste sentido, fala-se em prova testemunhal, documental, pericial. *Subjetivamente*, é a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.” (ALVIM, 2005, p. 260).

²⁵ Segundo os autores, “[...] conceitua-se a prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.” (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2006, p. 392, v. I).

²⁶ O autor português assim se posicionou sobre a sua aceitação do conceito de Prova como resultado: “Julgamo-nos, pois, justificados em considerar como sentido próprio da palavra *prova* o de resultado probatório. E será esse o sentido que propomos para único ligado ao termo. A prova é um resultado juridicamente relevante. Não é efeito jurídico, mas é um fenómeno jurídico. O seu *genus* é, portanto, este: o resultado.” (MENDES, 1961, p. 273 a 274).

²⁷ Segundo o autor, “O complexo dos motivos productores da certeza chama-se prova.” (MITTERMAYER, 1919, p. 104).

²⁸ Segundo o autor, a prova jurídica é “a constatação demonstrada de fato ocorrido.” (FERRAZ JR., 2001, p. 315). Ressalva em seu texto, contudo, um denominado sentido subjetivo do vocábulo, que se caracterizaria por aprovar ou fazer aprovar.

²⁹ Segundo o autor, “Não obstante o agito doutrinário, e cingindo as nossas considerações à sua importância em termos processuais, indicamos que em nosso sentir a prova refere-se à *demonstração, no processo judicial instaurado, pela parte a quem foi atribuído o ônus correspondente, da veracidade do fato antes afirmado, garantindo-se, com isto, a procedência ou improcedência da ação.*” (MONTENEGRO FILHO, 2006, p. 436, v. I).

sentidos abordados pelas teorias estudadas: como atividade, como meio e como resultado.

O conceito da Prova como atividade é visualizado a partir do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, que aponta o ônus da Prova que incumbe ao autor e ao réu no procedimento cognitivo. Quando a norma haurida desse texto legal indica que ao autor cabe provar o denominado fato constitutivo do seu direito, e, ainda, ao réu, provar os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, deixa expressa a adoção do vocábulo Prova como uma atividade que tende a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento.

O conceito da Prova como meio, por sua vez, é visualizado a partir do disposto nos artigos 130 e 332, ambos do Código de Processo Civil. Quando as normas hauridas desses textos legais indicam que, ao julgador, cabe determinar as provas necessárias à instrução procedimental ou, ainda, que todos os meios legais ou moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos debatidos nos autos, deixa expressa a adoção do vocábulo Prova como meios tendentes a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento.

Finalmente, o conceito da Prova como resultado é visualizado a partir do disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil. Quando a norma haurida desse texto legal indica que, ao julgador, cabe apreciar livremente a Prova, deixa expressa a adoção do vocábulo Prova como o resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento.

Esse sincretismo da legislação procedimental brasileira, todavia, não obstante ratifique a importante discussão que se desenvolve, ainda hoje, acerca da conceituação jurídica da Prova, é sinalizador da acientificidade que acomete o Código de Processo Civil sobre o tema. Resta-nos analisar, como vêm sendo encaminhados os estudos atinentes aos aspectos da finalidade e da apreciação da Prova.

2.2. A PROVA E O CONHECIMENTO DA VERDADE

A associação entre Prova e verdade já se tornou habitual nos estudos tendentes à explicitação da finalidade daquela. Sobre a matéria, é clássica a lição de Antonio Dellepiane:

Prova e verdade acham-se também correlacionadas e a tal extremo que se poderia dizer que não há verdade sem prova, posto que a prova é a pedra de toque, o meio de aquilatar, de adquirir a evidência inquestionável da verdade, de *verificar (verum)* a verdade encontrada, de *certificar-nos (certus)* de sua exatidão, de sua certeza legítima. Toda verdade deve resistir ao choque da dúvida e sair triunfante dela por meio da prova. (2004, p. 53 a 54).

Referida associação, no entanto, acaba por transferir as divergências teórico-filosóficas concernentes ao tema da verdade para o âmbito procedimental, principalmente as atinentes à significação de verdade e à possibilidade de sua existência e verificação no plano empírico. Sobre essa disputa teórico-filosófica concernente ao que denomina *conhecimento da verdade*, já se pronunciou Antonio Magalhães Gomes Filho:

O conhecimento da verdade pelo homem constitui questão própria da especulação filosófica, em cujos domínios inúmeras teorias se entrecrocaram há milênios: desde as posições céticas, que excluem qualquer possibilidade de um saber absoluto, passando pelas doutrinas subjetivistas, psicológicas ou epistemológicas, que encaram a verdade como um estado da mente ou uma crença, até as correntes objetivas, lógicas ou ontológicas, que afirmam ser possível a idéia de verdade como correspondência com os fatos, procuram-se respostas a esse problema fundamental [...]. (1997, p. 42).

Desconsiderando as posições céticas sobre o cognominado conhecimento da verdade, Karl Raimund Popper (1982) aduz serem quatro as principais teorias que se dedicam à delimitação conceitual de verdade: a teoria da coerência, a teoria da evidência, a teoria pragmática ou instrumentalista e, ainda, a teoria da correspondência.

Segundo o autor austríaco, a teoria da coerência (que confundiria a verdade com a consistência), a teoria da evidência (que confundiria o conhecimento que se tem sobre a verdade com o seu próprio conceito) e a teoria pragmática ou instrumentalista (que confundiria a verdade com a

utilidade) são subjetivas ou epistêmicas, uma vez que seriam derivadas do posicionamento subjetivista *“fundamental que só pode conceber o conhecimento como uma modalidade de estado mental, uma disposição ou um tipo especial de crença, caracterizada, por exemplo, pela sua relação com outras crenças.”* (POPPER, 1982, p. 250).

A teoria da verdade como correspondência, de outra face, a essas teorias se contraporia pelo seu aspecto objetivo, haja vista que, conforme lição de Karl Raimund Popper (1982), admitiria a existência da verdade independentemente da sua vinculação específica a uma crença mental qualquer, portada por quem quer que seja.

Em outros termos, mas seguindo a preleção de Karl Raimund Popper (1982), esclarece Richard L. Kirkham (2003) que as teorias da verdade a que se fez referência podem ser divididas em duas categorias amplas: a Realista e a Não-Realista. A distinção entre essas categorias se daria exatamente pela vinculação ou não de cada uma delas ao que se denomina realidade ou fatos extramentais.

Nessa linha classificatória, destarte, as teorias da verdade como coerência, como evidência e pragmática ou instrumentalista estariam inseridas na categoria Não-Realista, enquanto a teoria da verdade como correspondência estaria inserida na categoria Realista, seja como essa teoria foi inicialmente formulada, seja como majoritariamente formulada na atualidade.

A teoria da verdade como correspondência, aliás, é considerada por Richard L. Kirkham (2003) a mais venerável entre todas as que se propõem ao estudo da verdade. A preferência teórica deste filósofo, contudo, não é isolada; ao contrário disso, a teoria da verdade como correspondência é contemporaneamente adotada pelos filósofos Karl Raimund Popper (1982; 1999a; 1999b; 2004; 2006), Alfred Tarski (1972), Bertrand Russel e J. L. Austin - esses dois últimos arrolados por Richard L. Kirkham (2003), embora com especificidades decorrentes da constante evolução que se verifica na teoria da Ciência.

Não obstante já se tenha afirmado não pretender o esgotamento do tema, o que sequer com a abordagem de cada uma das teorias Não-Realistas ou Subjetivas e Realistas ou Objetivas se concretizaria, a respeito da concepção de verdade como correspondência são oportunas duas lições, em especial: uma relacionada às teorizações iniciais que recebeu, e outra relacionada ao aspecto teórico fundamental que a qualifica, em quaisquer de suas vertentes até então divulgadas.

Quanto ao primeiro aspecto indicado, é prestante a lição de Nicola Abbagnano:

O conceito de verdade como *correspondência* é o mais antigo e divulgado. Pressuposto por muitas das escolas pré-socráticas, o primeiro a formulá-lo explicitamente foi Platão, na definição do discurso verdadeiro feito em *Crátilo*: “Verdadeiro é o discurso que diz

as coisas como são: falso é aquele que as diz como não são” (*Crat.*, 385b; v. *Sof.*, 262 e; *Fil.*, 37 c). Por sua vez, Aristóteles dizia: “Negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade” (*Met.*, IV, 7, 1011 b 26 ss.; v. V, 29, 1024 b 25). Aristóteles enunciava também as duas teses fundamentais dessa concepção de verdade. A primeira é que a V. está no pensamento ou linguagem, não no ser ou na coisa (*Met.*, VI, 4, 1027 b 25). O segundo é que a medida da V. é o ser ou a coisa, não o pensamento ou discurso: de modo que uma coisa não é branca porque se afirma com V. que ela assim é, mas afirma-se com V. que ela é branca porque é (*Met.*, IX, 10, 1051 b 5). (2000, p. 994).

Quanto ao segundo aspecto elencado, é importante nova lição de Richard L. Kirkham, que sintetiza:

Parece que todas as teorias da correspondência têm em comum a alegação de que uma das condições individualmente necessárias e conjuntamente suficientes para a verdade de uma crença (proposição, ou o que for) é que o fato mesmo a respeito do qual é a crença (ou o fato mesmo que é expresso pela proposição) deve ocorrer. (2003, p. 200).

A partir desses ensinamentos torna-se possível identificar a significação que vem sendo atribuída à verdade no âmbito jurídico. É que a teoria da verdade como correspondência também goza de primazia entre os processualistas estrangeiros e nacionais.³⁰ Entre os processualistas estrangeiros, destacam-se na adesão à aludida teoria Nicola Framarino dei Malatesta e Carl Joseph Anton Mittermayer.³¹ Entre os brasileiros, destaca-se Manuel Galdino da Paixão Júnior, que assim se pronuncia sobre a teoria da verdade como correspondência aplicada no procedimento judicial:

No contexto da instrução probatória, o vocábulo *verdade* significa a correspondência do fato descrito nos autos e o acontecimento efetivamente ocorrido.

.....
(*omissis*).....

O que, nesse ponto, se passa a analisar é a coincidência entre as alegações, as notícias que chegam ao órgão julgador e se consignaram nos autos, com os fatos que antecederam o início do processo e dele foram a causa. (PAIXÃO JÚNIOR, 2002, p. 248).

³⁰ Criticando a adoção do conceito de verdade como correspondência no direito, escrevem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Esta visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do objeto, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos. Não obstante todas as lições da moderna filosofia, combatendo duramente essa visão de conhecimento, o direito permanece recorrendo a esse paradigma para explicar sua função e o processo continua apoiando-se nessa vetusta idéia para legitimar sua função.” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 255).

³¹ Segundo Nicola Framarino dei Malatesta, “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade.” (MALATESTA, 1995, p. 21, v. I). Para Carl Joseph Anton Mittermayer, “Verdade é a concordância entre um facto real, e a ideia d'elle representada em nosso espírito.” (MITTERMAYER, 1919, p. 110 a 111).

As dificuldades havidas no alcance dessa verdade, a qual Piero Calamandrei (2003, v. III) nomeia absoluta em seu ensaio *Verdade e Verossimilhança no Processo Civil*, não passaram despercebidas pela doutrina. O atrelamento da atividade probatória a uma pretendida reconstrução de acontecimentos passados nos leva a sopesar aspectos subjetivos³² e objetivos³³ que permeiam essa atividade reconstrutiva e que tornam tormentosa a identificação dos fatos exatamente como ocorreram.

Foi justamente esse sopesamento, aliás, que motivou processualistas diversos a apresentarem conceitos outros que se identificassem com a alegada finalidade probatória, não obstante deles ainda se extraia uma contínua vinculação à criticada correspondência existente entre os fatos ocorridos antes da instauração procedimental e a sua reconstrução endoprocedimentalizada. Os conceitos de certeza, de probabilidade e de verossimilhança ratificam a pecha atribuída à verdade absoluta, real, histórica, substancial ou material por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006): a de que consista em *elemento mítico do processo e objetivo utópico da atividade jurisdicional*.

É possível afirmar, nesse sentido, acompanhando a doutrina especializada, que os conceitos de certeza, de probabilidade e de verossimilhança dizem respeito à medida do conhecimento da verdade. É o que se colhe, notadamente, do minucioso estudo dos *“estados em que pode encontrar-se o espírito, relativamente ao conhecimento da verdade”* (1995, p. 19, v. I), desenvolvido por Nicola Framarino dei Malatesta.

Acerca do assunto, afirma o autor que o ser humano pode se colocar na condição de ignorância, de credulidade, de probabilidade e de certeza em relação a um fato, asseverando, outrossim, que, enquanto a ignorância se coloca como um estado absolutamente negativo sobre um fato, a credulidade, a probabilidade e a certeza consistem em estados positivos.

Na pesquisa que desenvolvemos, cingimos nossos estudos a esses estados positivos sobre um fato, deixando para outra ocasião, no entanto, a abordagem das implicações probatórias decorrentes da credulidade. Seguindo o roteiro proposto por Nicola Framarino dei Malatesta (1995, v. I), cuidamos inicialmente da certeza, que, sendo considerada o estado mais perfeito do conhecimento positivo quanto a um fato, foi relacionada com a verdade, pelo processualista italiano, da seguinte forma:

³² Dentre os aspectos subjetivos que tornam tormentosa a identificação dos fatos exatamente como ocorreram, é prestante a lição de Enrico Redenti, a que se reportou Giorgio Del Vecchio (19[-]), no sentido de que cada uma das partes apresenta, no procedimento, *sua própria verdade*, suscitada a partir dos seus próprios interesses e paixões. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006) estendem a subjetividade a que se refere Enrico Redenti ao julgador e a todos aqueles que porventura tenham presenciado o fato narrado como ocorrido, mas, por outra motivação: cada um absorve o fato à sua maneira.

³³ Dentre os aspectos objetivos que tornam tormentosa a identificação dos fatos exatamente como ocorreram são relevantes: a vinculação do julgador ao tema da prova, a existência de regras rígidas que direcionam a apuração da situação fática nos Ordenamentos Jurídicos e, ainda, a obrigação do julgador em decidir, consoante registra Antonio Magalhães Gomes Filho. (1997, p. 44 a 46).

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que parece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros. (MALATESTA, 1995, p. 21, v. I).

A certeza se coloca como um estado indivisível da alma, não admitindo qualquer gradação. Trata-se de *“uma crença no seu grau máximo, a crença em sua plenitude e perfeição, isto é, um estado psicológico caracterizado pela adesão firme e sem resquício algum de dúvida àquilo que se conhece.”* (DELLEPIANE, 2004, p. 48).

Nas palavras de Carl Joseph Anton Mittermayer, a certeza foi assim especificada:

Quando a convicção chega ao ponto de repellar victoriosamente todos os motivos contrarios, e quando estes não podem mais abalar a massa importante dos motivos affirmativos, então toma o nome de *certeza*. Só a certeza nos parece bastante poderosa para servir de regra aos nossos actos, e a razão approva esta conclusão, pois que o homem, nos seus esforços para attingir a verdade historica, não póde esperar ir mais longe do que ella. (1919, p. 118 a 119).

A probabilidade, por sua vez, teve sua origem explicitada por Antonio Magalhães Gomes Filho:

Sem a pretensão de aprofundamento em tema tão amplo e complexo, deve-se lembrar que a noção de probabilidade está ligada, na sua origem, aos jogos de azar, nos quais é possível calcular o número de *chances* da ocorrência de determinada situação dentre um número total de situações possíveis; na sua evolução passou a ser encarada como *freqüência* de determinados fenômenos, estabelecida em termos quantitativos, com base na metodologia própria da análise estatística. (1997, p. 48).

Assim sendo, ao contrário da certeza, a probabilidade é graduável, embora não o deva ser em um número determinado. A probabilidade é passível de mensuração, mas os motivos que podem influir no seu estabelecimento impõem-nos rejeitar quaisquer parâmetros fixos que a ela se correlacionem, sob pena de cairmos em pura fantasia, adverte-nos Nicola Framarino dei Malatesta (1995, v. I).

Ligando-se ao que normalmente acontece em eventos determinados, a probabilidade se diferencia da certeza pela valorização dos motivos convergentes e divergentes da crença. Desta forma,

Há probabilidade quando a razão, apoiando-se em graves motivos, considera um facto como verdadeiro, mas contanto que não sejam completamente aniquilados os motivos graves em contrário. Resulta ella, ou da circumstancia de não se apresentarem na espécie com todas as condições requeridas as provas, que deveriam estabelecer a verdade, ou da circumstancia de, em face dos motivos por ella fornecidos, existirem outros também procedentes em sentido

contrário, ou do facto de basear-se a convicção em dados, que, não obstante a sua reunião, não são ainda bastante poderosos para produzirem certeza. (MITTERMAYER, 1919, p. 121 a 122).

A verossimilhança, por fim, é habitualmente conceituada como aparência ou semelhança de verdade. Esta ampla conceituação, porém, é que vem proporcionando celeumas doutrinárias quanto a sua diferenciação da possibilidade e, sobretudo, da probabilidade de verdade.

A preocupação na distinção desses conceitos atingiu Piero Calamandrei, o qual, sobre a matéria, registrou:

Ainda mais difícil é estabelecer uma exata diferença, que resulte praticamente utilizável em sede judicial, entre as noções de *possibilidade, verossimilhança e probabilidade*. Não é este o momento de pesquisar, mediante as etimologias e a leitura de bons autores, os matizes de significado que distinguem propriamente estas três expressões, não raro, usadas na linguagem comum como sinônimos.

Mas estas diferenças não têm uma precisa correlação no vocabulário dos juristas: no máximo, caso se considere como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que essas três qualificações (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma aproximação gradual, uma progressiva acentuação em busca do reconhecimento do que é verdadeiro. Quem diz que um fato é verossímil está mais próximo de reconhecê-lo verdadeiro que aquele que se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável está ainda mais avançado que aquele que diz que é verossímil, já que vai além da aparência, e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que à aparência corresponda a realidade. (2003, p. 282 a 283, v. III).

De conseguinte, para o processualista italiano, também a verossimilhança se baseia em um critério geral adquirido anteriormente a determinado evento que esteja alocado em nível de averiguação de verdade ou de falsidade; esse critério geral é apontado como resultante da observação do que ordinariamente ocorre em eventos similares. A distinção existente entre verossimilhança e probabilidade se daria, portanto, simplesmente no menor ou maior grau de proximidade da verdade perseguida, respectivamente.

Em sentido semelhante ao adotado por Piero Calamandrei, Nicola Framarino dei Malatesta entende por verossímil “o que, por uma razão mais ou menos determinada, nos inclinamos a julgar real.” (1995, p. 70, v. I). Em razão disso, indica “com a verossimilhança o primeiro grau de probabilidade; verossímil, provável, *probabilíssimo*.” (1995, p. 70, v. I).

Piero Calamandrei e Nicola Framarino dei Malatesta, entretanto, deixam de indicar, de modo indubitável, qual seria o ponto limítrofe desses dois estados do espírito em relação ao conhecimento da verdade. Daí, embora se destaquem no objetivo de encaminhar uma distinção que se pretende científica de probabilidade e

verossimilhança, acabam por não nos proporcionar esclarecimento suficiente sobre o assunto.

A despeito disso, e por fim, aludidos autores são acordes em um ponto que se erige fundamental para as teses que formulam: a verdade histórica, a certeza, a probabilidade ou a verossimilhança destinam-se ao julgador,³⁴ a quem cabe apreciar a Prova.

³⁴ Em igual sentido, confira a lição de Gildo dos Santos, que, retratando o entendimento majoritário dos processualistas, é incisivo ao dizer que: “Ainda que apresentadas pelo autor e pelo réu, as provas não se destinam a um ou a outro dos litigantes, mas, somente ao juiz.” (SANTOS, 1979, p. 05). Sobre nosso entendimento acerca da matéria, confira o último capítulo dessa Dissertação.

2.3. A PROVA E SUA REPERCUSSÃO NA DECISÃO JUDICIAL

O estudo dos critérios legalmente instituídos para a apreciação da Prova pelo julgador requer a análise de três sistemas principais. É importante registrar, desde já, que a abordagem histórica desses sistemas nos indica que os métodos de apreciação da Prova vêm-se diretamente influenciados por questões éticas, morais, religiosas, políticas e sociológicas, como parcial e precocemente já registrava Carl Joseph Anton Mittermayer (1919).

É de se frisar, também, que, não obstante relevante a consideração segundo a qual quanto menos complexa uma sociedade, mais primitivo o método de apreciação da Prova adotado, parece-nos atual o magistério de Carlo Lessona (1928, v. I), no sentido de que nenhum dos Ordenamentos Jurídicos contemporâneos adote exclusivamente um desses sistemas.

A dogmática jurídica nos aponta a Prova Legal, a Livre Convicção e a Persuasão Racional como sistemas de apreciação da Prova, os quais se distinguem em face das bases de atuação do julgador na avaliação dessa. Como se verá, a passividade do julgador na apreciação do resultado probatório é gradualmente substituída por um, atualmente, festejado ativismo judicial que se firma em poderes instrutórios pretensamente garantidores de uma racionalidade decisória ainda vinculada à teleologia afeta a paradigmas jurídico-constitucionais não mais sustentáveis.

2.3.1. O SISTEMA DA PROVA LEGAL

O Sistema da Prova Legal tem início na Idade Média, como “*expressão lógica dos princípios da mediatidade e da escritura*”. (CAPPELLETTI, 2001, p. 69). Consoante Mauro Cappelletti (2001), o temor pela parcialidade do julgador em razão de seu contato direto com a atividade probatória justificava o envio de atas registradoras de situações narradas como ocorridas, redigidas por terceiros, para apreciação judicial posterior.

Segundo o autor italiano, ainda, a apreciação da Prova, igualmente submetida à desconfiança acerca da imparcialidade do julgador, prescindia da tangência de quaisquer aspectos psicológicos e subjetivos em prol do acolhimento de cognominadas verdades apriorísticas tão comuns à época, a qual era informada pela escolástica e pela filosofia aristotélico-tomística.

No Sistema da Prova Legal, “*as provas têm um valor inalterável e constante, independente do critério do Juiz, que se limita a aplicar a lei aos casos particulares.*” (LESSONA, 1928, p. 355, v. I, tradução nossa).³⁵ Conforme parâmetros diversos, a legislação, que vigorou, inicialmente, na Europa Continental (CAPPELLETTI, 2001), estabelece abstratamente o valor de cada meio de Prova, cumprindo ao julgador, em sua atividade de apreciação probatória, a adoção de uma postura passiva consistente na sua mera verificação e contabilização.

Sobre as cognominadas provas legais, e sua proliferação no Direito europeu, pronunciou-se Eduardo José Couture:

Exemplos de provas legais proliferam no direito antigo. Assim, no Fôro Velho de Castela o número de testemunhas variava conforme o litígio versasse sobre móveis ou sobre imóveis, e conforme os litigantes fôssem da mesma ou de diferentes cidades. Se a demanda, entre homens de um mesmo povoado, era sobre bens móveis, a prova devia ser feita por duas testemunhas do mesmo povoado; se era sobre imóveis, deviam depor cinco testemunhas. Destas, três deviam ser filhos d’algo e dois, lavradores. Os filhos d’algo deviam ser “desde avô até neto, havidos de leal matrimônio, segundo manda a Igreja”. No Fôro Real de Espanha se excluía, em regra, o depoimento das mulheres. Não obstante, admitia-se o depoimento destas para atestar coisas ouvidas ou feitas “em banho, forno, moinho, rio, fontes, roças, tecidos, partos, coisas femininas, mas não em outras coisas”. O Espelho graduava o valor das testemunhas, impondo ao juiz sóbrios critérios de apreciação. Os anciãos deviam ser mais acreditados que os mancebos, “porque mais viram e pesaram mais as coisas”. O fidalgo devia ser mais acreditado que o vilão, “porque parece que cuidará mais de cair em vergonha por si, e por sua linhagem”. O rico devia ser acreditado mais que o pobre, “porque o pobre pode mentir por cobiça ou por promessa”. E mais acreditado deve ser o varão que

³⁵ No original: “[...] as pruebas tienen un valor inalterable y constante, independiente del criterio del Juez, que se limita a aplicar a ley a los casos particulares.” (LESSONA, 1928, p. 355, v. I).

a mulher, “porque tem o senso mais certo e mais firme”. A Partida Terceira está dominada pelo critério da prova aritmética. Duas testemunhas idôneas fazem prova plena que obriga o juiz. Se duas partes apresentam testemunhas em número igual, prevalecem as de melhor fama. Se as testemunhas de ambas as partes são de fama igual, predomina o maior número. Se se trata de provar a falsidade de um documento particular, exigem-se duas testemunhas. Se a falsidade é de documento público não bastam essas, mas se exigem quatro. Para provar o pagamento quando a dívida consta de instrumento público, são indispensáveis cinco testemunhas. Nas questões sobre testamentos se exigem sete testemunhas, e, sendo cego o testador, oito; etc.” (1946, p. 190 a 191).

Assevera João de Castro Mendes (1961) que as provas legais distinguem-se em positivas e negativas. Há prova legal positiva quando o Ordenamento Jurídico impõe ao julgador uma determinada conclusão quanto ao resultado probatório, a partir da atribuição de valores pré-determinados aos meios de Prova, dos quais não se pode afastar; há prova legal negativa quando o Ordenamento Jurídico impõe ao julgador uma determinada conclusão quanto ao resultado probatório, a partir da proibição da atribuição de qualquer valor a certos meios de Prova que eventualmente levariam à outra conclusão.

São exemplos da prova legal positiva as *provas plenas e semi-plenas*, a que se referiu Eduardo José Couture (1946). A seu respeito, manifestou-se, mais uma vez, João de Castro Mendes, distinguindo-as com base nos entendimentos que denomina antigo e moderno:

- a) Na forma antiga da distinção, meio de prova plena (*probatio plena*) é aquele que só por si faz prova; meio de prova semiplena ou meia prova (*probatio semiplena*) é aquele que só faz prova unido a pelo menos outro de igual valor. Estas regras matemáticas de contagem da prova, no sistema da prova legal antigo (duas meias provas faziam uma prova inteira), estão hoje completamente postas de lado.
- β) Na forma moderna da distinção, prova pleníssima é a que não admite contraprova ou prova do contrário; prova plena é a que cede perante a simples criação, no espírito do juiz, dum estado de dúvida (contraprova). (1961, p. 412 a 413).

Esclarece o processualista português que as provas legais negativas podem se apresentar como simples reflexo das provas legais positivas, de modo determinante ou excludente, ou autonomamente. As provas legais negativas que se apresentam como reflexo determinante das provas legais positivas são decorrentes de uma decisão a qual, uma vez imposta, impede outras, negando valor aos meios de Prova que poderiam a essas conduzir. As provas legais negativas que se apresentam como reflexo excludente das provas legais positivas são decorrentes da imposição de um único meio de Prova a propiciar determinado resultado probatório, negando valor a qualquer outro meio de Prova cuja utilização poderia eventualmente conduzir a outro resultado. As provas legais negativas autônomas são decorrentes da proibição legal da utilização de certos meios de Prova para se atingir determinado

resultado probatório, independentemente de sua vinculação a qualquer decisão ou meios de Prova.

As provas legais são sinalizadoras de uma cognominada verdade fracionada, limitada ou formal, assim entendida como a verdade resultante do procedimento judicial, “*embora possa não encontrar exata correspondência com a realidade*”. (ALVIM, 2005, p. 279). A justificativa apresentada para utilização da expressão verdade formal foi explicitada e combatida por Francesco Carnelutti, nos seguintes termos:

[...] o resultado da busca juridicamente limitada ou regulada não é, pois, a *verdade verdadeira*, e sim uma *verdade convencional*, que se denomina verdade *formal*, porque conduz a uma indagação regulada nas formas, ou verdade *jurídica*, porque se a busca mediante leis jurídicas e não somente mediante leis lógicas, e unicamente em virtude dessas leis jurídicas substitui a verdade material. Porém, sem dúvida não se trata aqui mais que de uma metáfora; em substância, é bem fácil observar que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade [...]. (2005, p. 48).

O Sistema da Prova Legal é severamente criticado por Antonio Dellepiane (2004), ao argumento de que impede o julgador de formar sua convicção a partir do resultado obtido através de uma atividade probatória que deve se desenvolver com a finalidade de obter a verdade real, histórica ou absoluta. Originariamente, no entanto, a prefixação legal dos critérios e valores atinentes aos meios de Prova representou progresso no Continente Europeu. O acaso, a sorte, o mítico, a virtuosidade e a fraude cediam lugar para uma legislação que, não obstante hoje seja tida por arcaica, representava inexorável avanço em relação ao Sistema dos Juízos Divinos, do Juramento e do Duelo, registra Mauro Cappelletti (2001).

No Sistema dos Juízos Divinos, a verdade não era extraída aprioristicamente de qualquer norma, mas afirmadamente apontada pela Divindade que sempre protegia os inocentes. Os juízos de Deus expressaram-se, inicialmente, por via de inúmeras provas, dentre as quais as provas *do fogo* e *d’agua*, assim descritas por Carl Joseph Anton Mittermayer:

A primeira consistia em segurar o acusado em uma barra de ferro em braza, ou pôr a mão em um guante de ferro em braza sem se queimar, depois de ter jejuado trez dias. Era natural que ahi houvesse algum segredo só conhecido pelo clero (que presidia ao processo da prova) que obstasse, quando quizesse, á queimadura. A segunda dividia-se em prova d’agua fervendo, e prova d’agua fria: a de agua fervendo consistia em tirar o acusado um anel, ou outro qualquer objecto do fundo de uma vasilha cheia de agua fervendo, sem se queimar, e o da agua fria consistia em ligar-se a mão direita com o pé esquerdo do acusado, e lança-lo assim a água: se sobrenadava era culpado, se submergia-se era innocente. Outras provas havia, por exemplo a da cruz, a do pão bento, a do cadáver ainda usada na Allemanha no

século passado. Themis, Tom. 5 Art. de CHARLES WEBER. (1919, p. 35).³⁶

Também o Juramento consistia em importante meio de Prova. Esclarece Moacyr Amaral Santos (1952, v. I) que sua utilização se justificava em face da difícil utilização da Prova Testemunhal, haja vista a baixa densidade populacional e o caráter patriarcal dos agregados existentes na Idade Média.³⁷ Para o autor, o Juramento trazia, igualmente, caráter religioso e sociológico, sendo precedido do *juramentum calumniae* (fulcrado na ausência de pretensão de caluniar o réu, mas de boa-fé na busca do direito alegado pelo jurador), do pedido de castigo divino pelo perjúrio (vingança divina) e de outras formalidades variáveis conforme o tempo e o espaço.

Aquele que não jurasse ou hesitasse no Juramento sofreria os efeitos da derrota. Conforme lição de Clóvis Juarez Kemmerich (2006), em razão dos constantes perjúrios e de outras técnicas de exclusão de responsabilidades dos juradores, o Juramento foi substituído pelo sangrento e religiosamente desaprovado combate judiciário, também denominado Duelo.

Sobre esse, também chamado de Prova *per pugnam*, é mais uma vez oportuna a lição de Carl Joseph Anton Mittermayer, ao ressaltar que:

[...] dava-se entre todas as classes com a diferença seguinte: se um nobre autor tinha de combater contra com um plebeu acusado, devia fazê-lo a pé com escudo, se com outro nobre, com as armas próprias da nobreza; se uma das partes ou ambas não podiam sustentar pessoalmente o combate, escolhiam um campeão. O combate judiciário também se dava entre uma das partes, e uma das testemunhas da outra antes de jurar, pra provar que ella era suspeita. As mulheres e os menores não eram obrigados a aceitar o combate judiciário. Conforme o resultado do combate proferia-se a decisão, da qual não havia recurso. Os combates não só tinham lugar tratando-se da decisão final ou definitiva, como também das interlocutorias ou dos incidentes, de sorte que processos havia, que não eram mais do que uma serie de combates. Este genero de prova começou a ser abolido em alguns paizes da Europa desde o século XIV. (1919, p. 36).³⁸

³⁶ Em relação a essas provas, Michel Foucault elucida, a partir da psicanálise: “Todos estes afrontamentos do indivíduo ou do seu corpo com os elementos naturais são um (*sic*) transposição simbólica, cuja semântica deveria ser estudada, da própria luta dos indivíduos entre si. No fundo, trata-se sempre de uma batalha, trata-se sempre de saber quem é o mais forte. No velho Direito Germânico, o processo é apenas a continuação regulamentada, ritualizada da guerra”. (2003, p. 60).

³⁷ Sobre as dificuldades na utilização da prova testemunhal no cognominado Direito Processual da Idade Média, pronunciou-se, outrossim, Clóvis Juarez Kemmerich. Conforme o autor, esse meio de Prova somente poderia ser utilizado na hipótese em que não coubesse a utilização do Juramento, isto é, exclusivamente quando a acusação não se baseava apenas na própria palavra do acusador. (2006, p. 59).

³⁸ Ainda sobre a denominada Prova *per pugnam*, Clóvis Juarez Kemmerich afirma que: “Em juízo, o duelo era utilizado basicamente para três fins: (1) como meio de prova aceito pelas partes, (2) para

A substituição anunciada, porém, foi precedida pelo advento da ainda insuficientemente esclarecida Instituição dos Conspurgadores, que, parecendo a Moacyr Amaral Santos (1949, v. I) representar uma mescla de Juramento e Prova Testemunhal, falhou na intenção de recuperar o prestígio daquele, possibilitando, em sentido contrário ao almejado, a multiplicação de perjúrios.

Sobre a instituição referida e sua utilização no Direito de Borgonha do século XI, pronunciou-se detalhadamente Michel Foucault, embora não a nomeando Conspurgadores, mas tão somente a enquadrando no que denomina Provas Sociais:

[...] quando alguém era acusado de assassinato podia perfeitamente estabelecer sua inocência reunindo à sua volta doze testemunhas que juravam não ter ele cometido o assassinato. O juramento não se fundava, por exemplo, no fato de terem visto, com vida, a pretensa vítima, ou em um álibi para o pretenso assassino. Para prestar juramento, testemunhar que um indivíduo não tinha matado era necessário ser parente do acusado. Era preciso ter com ele relações sociais de parentesco que garantiam não sua inocência, mas sua importância social. Isto mostrava a solidariedade que um determinado indivíduo poderia obter, seu peso, sua influência, a importância do grupo a que pertencia e das pessoas prontas a apoiá-lo em uma batalha ou conflito. A prova da inocência, a prova de não se ter cometido o ato em questão não era, de forma alguma, o testemunho. (2003, p. 59).

Conforme magistério de Michel Foucault (2003), o sistema de práticas judiciárias anterior ao Sistema da Prova Legal se enfraqueceu somente no fim do século XII.³⁹ De outra face, anuncia Antonio Dellepiane (2004) que somente no século XVIII, com a Revolução Francesa e com a introdução do Júri Popular no procedimento penal francês, é que as regras do Sistema da Prova Legal concernentes à produção e à apreciação da Prova restaram questionadas.

As idéias iluministas e o novo método de julgamento dos conflitos penais foram relevantes para que a função jurisdicional se desvinculasse dos legalmente impostos formalismo e tarifação dos meios de Prova, embora essa desvinculação não tenha ocorrido de maneira uniforme e imediata em todos os países do Continente Europeu, como observa Mauro Cappelletti (2001).

]

invalidar um juramento ou testemunho ou (3) para demonstrar que o juiz, de propósito, havia feito um julgamento injusto. 'Nesta última hipótese o litigante batia-se em duelo com o juiz ou os juizes perante o tribunal do senhor superior.'" (2006, p. 66).

³⁹ Por oportuno, registra-se, com Michel Foucault (2003), que, mesmo na Alta Idade Média, não havia o exercício da função jurisdicional. Diz o filósofo que, à época, diante de um conflito instalado, solicitava-se à autoridade, isto é, ao indivíduo que se mostrasse mais rico e poderoso, a constatação da regularidade do procedimento que haveria de se instaurar, e não a solução desse conflito.

Nos Ordenamentos Jurídicos atuais, o Sistema da Prova Legal não mais é o critério regente da apreciação da Prova. É possível afirmar, todavia, a existência de resquícios de sua teorização em legislações ocidentais, dentre elas, a brasileira.⁴⁰

⁴⁰ Alguns resquícios do Sistema da Prova Legal no Ordenamento Jurídico brasileiro podem ser facilmente identificados da leitura do Código de Processo Civil, notadamente dos seus artigos 334, inciso IV, 366 e 401.

2.3.2. O SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO

O Sistema da Livre Convicção, por sua vez, tem sua origem identificada na fase *apud judicem* do período formular do Direito Romano, onde os julgadores não se vinculavam, inicialmente, a prescrições probatórias e à necessidade de motivação decisória (AZEVEDO; CRUZ E TUCCI, 2001),⁴¹ tendo em vista que a esses era “*permitido mesmo fugir à obrigação de decidir, uma vez que a [convicção] não tivessem formado, jurando sibi non liquere*”. (SANTOS, 1952, p. 330, v. I).

A despeito disso, esse Sistema vem sendo usualmente apontado como o sistema de apreciação da Prova que se apresentou como reação imediata ao Sistema da Prova Legal, pela permuta das normas prefixadoras dos critérios e dos valores relativos aos meios de Prova, até então vinculativos para o julgador, em sua atividade de apreciação probatória, por uma inabalável crença na sua irrepreensível convicção íntima.

É que, no Sistema da Livre Convicção, o julgador extrai das suas impressões particulares o que lhe parece ser a melhor decisão, pouco importando se o ato decisório encontra-se em consonância com o resultado probatório ou não. Conforme aduz Eduardo José Couture, nesse sistema de apreciação da Prova, o julgador decide com base na “*prova dos autos, fora dela, e ainda contra ela.*” (1946, p. 195).

Por conseguinte, no Sistema ora analisado, a passividade na apreciação probatória que marcou o Sistema da Prova Legal é substituída por uma atividade exclusiva e juridicamente pouco demarcada de apreciação probatória pelo julgador, que busca solucionar conflitos por via de sua – pretensamente - sensata, talentosa e privilegiada mente.

A liberdade na apreciação da Prova significa a possibilidade da ausência de qualquer logicidade empregada na avaliação judicial. A desnecessidade da motivação decisória impõe-se como consequência da vedação de controle, pelas partes, do método utilizado pelo julgador para alcançar a cognominada verdade real, substancial, histórica ou material, “*reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que tenham ocorrido.*” (ALVIM, 2005, p. 208).

⁴¹ Sobre o assunto, é importante a informação de Giuseppe Chiovenda (1938) no sentido de que o Direito Romano também apresentou algumas regras de direito probatório, que se acentuaram com o Direito Bizantino. Assim se considerando, é possível afirmar que a livre convicção não perdurou, de modo integralmente indemarcado, por muito tempo junto àqueles ordenamentos.

É o que se lê do magistério de João de Castro Mendes:

caracterizar-se-ia por entender o resultado probatório como dependente apenas e unicamente da consciência do juiz, o qual poderia decidir pela impressão recolhida através do processo, ainda que essa impressão não fosse, nem para ele próprio, racionalizável. Poderiam todos os motivos que o juiz conseguisse formular claramente no seu espírito apontar para a solução *x*; mesmo assim teria o juiz o poder (não só jurídico, mas também moral) de se decidir pela solução *y*, se – como tantas vezes acontece – a solução *x* *intuitivamente*, por assim dizer *instintivamente*, lhe parecesse falsa. Este sistema é por conseguinte irracionalista, intuicionista; e corolário dele, como LESSONA bem salienta, tem de ser a dispensa de motivação da decisão sobre a prova, uma vez que essa prova pode ter base intuitiva – e, portanto, indemonstrável, inexteriorizável, informulável – e não racional. (1961, p. 306).

Segundo Rosemiro Pereira Leal (2005a), no Sistema da Livre Convicção, as decisões são proferidas *secundum conscientiam*; ⁴² nesse Sistema - continua o autor -, o julgador decide conflitos por juízos de equidade e de conveniência, informados por temperamentos cívicos e humanitários que, nos dias atuais, ainda delineiam a costumeira juridicidade da *common law* com sucesso.

Nesse sentido, também é o magistério de Eduardo José Couture, o qual, após se pronunciar longamente sobre o Sistema jurídico da *Common Law*, apresenta a seguinte síntese sobre ele:

Quem queira saber o que é a “common law” tem que tomar como elemento de observação, uma sentença expedida por juízes ingleses. Essa sentença não é, normalmente, o que se chama uma grande peça jurídica. Possivelmente é todo o contrário. Mais para constituir uma pequena obra do bom sentimento. Mais que um documento político e técnico decretado pelo Estado, mais parece um conselho de um bom padre, sentado na cabeceira de uma mesa povoada de muitos fiéis. (1948, p. 160, t. I, tradução nossa). ⁴³

Em conclusiva lição do processualista uruguaio, trata-se o Sistema da Livre Convicção de um método inapropriado à procedimentalidade civil, que, “*se levado às suas últimas conseqüências, não é senão um regime voluntarístico de apreciação da prova, semelhante ao do direito livre*”

⁴² No vernáculo: segundo a consciência. (tradução nossa).

⁴³ No original: “Quien quiera saber lo que es el ‘common law’ tiene que tomar como elemento de observación, una sentencia expedida por jueces ingleses. Esa sentencia no es, normalmente, lo que se llama una gran pieza jurídica. Acaso es todo lo contrario. Más bien constituye una pequeña obra del buen sentido. Más que un documento político y técnico decretado por el Estado, parece más bien el consejo de un buen padre, sentado en la cabecera de una mesa poblada de abundantes hijos”. (COUTURE, 1948, p. 160, t. I).

preconizado para a interpretação da lei.” (COUTURE, 1946, p. 197).⁴⁴ Não obstante isso, e de sua prevalência no Sistema Anglo-Americano, é também possível vislumbrar resquícios de sua adoção em Ordenamentos Jurídicos vinculados ao Sistema Romano-Germânico, como o brasileiro.⁴⁵

2.3.3. O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL

O Sistema da Persuasão Racional pretende suprir as insuficiências prático-teóricas observadas no encaminhamento da apreciação da Prova por via dos Sistemas da Prova Legal e da Livre Convicção, os quais, como se afirmou, são métodos que regem a incessante busca pelas cognominadas verdade formal e verdade real, respectivamente.

É que, consoante leciona Eduardo José Couture (1946), se o Sistema da Prova Legal apresenta-se excessivamente rígido, o Sistema da Livre Convicção apresenta-se excessivamente incerto. A colidência entre a passividade e a arbitrariedade do julgador na apreciação probatória exige um sistema alternativo que possibilite uma intercessão metódico-normativa a proporcionar uma atenuação dos excessos.

A abordagem do Sistema da Persuasão Racional como sistema autônomo, ou seja, não vinculado ao Sistema da Livre Convicção, dá-se em razão de especificidades que o diferenciam completamente deste. A despeito do entendimento de Jaime Guasp (1943), de que existam somente dois sistemas de apreciação da Prova - o Sistema da Prova Legal e o Sistema da Livre Convicção -, que se diferenciariam unicamente na forma pela qual a convicção do julgador se formaria - previamente imposta pelo Ordenamento Jurídico ou sem que esta imposição se dê -, quer nos parecer que o enquadramento taxionômico do Sistema da Persuasão Racional no Sistema da Livre Convicção seja apressado, deixando de considerar outras distinções fundamentais entre os dois métodos de apreciação probatória.

⁴⁴ Acerca desse aspecto, quer parecer ter mesmo razão Eduardo José Couture, haja vista que, tanto no Sistema da Livre Convicção, como no Movimento do Direito Livre, é livremente facultada a escolha por uma entre muitas interpretações possíveis no ato de decidir, o qual é orientado exclusivamente pelo critério axiológico da justiça preponderante para o julgador (“ideal de justiça” que sobrepõe à lei ou ao resultado probatório). A diferença entre o Sistema da Livre Convicção e o Movimento do Direito Livre funda-se no objeto dessa interpretação, que será o fato ou o direito, respectivamente. Sobre o esboço histórico do Movimento do Direito Livre, bem como suas características principais, confira as obras **Metodologia da ciência do direito** (LARENZ, 2005) e, em especial, **La lucha por la ciencia del derecho** (KANTOROWICZ, 1949).

⁴⁵ No Ordenamento Jurídico brasileiro, resquícios do critério de avaliação da prova da Livre Convicção podem ser identificados no procedimento penal do Júri Popular. Nesse procedimento, cabe ao Conselho de Sentença decidir segundo a consciência de cada um de seus integrantes, sendo despicienda a fundamentação decisória. Sobre esse aspecto, confira o que dispõe o artigo 464 do Código de Processo Penal: “Formado o conselho, o juiz, levantando-se, e com ele todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar com imparcialidade esta causa e a proferir a vossa decisão, de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”.

Veja-se, a propósito, que o Sistema da Persuasão Racional caracteriza-se por afastar o apriorismo marcante do Sistema da Prova Legal, mas também por demarcar a liberdade na apreciação da Prova pelo julgador, rotuladora do Sistema da Livre Convicção. Não é por outro motivo que Carlo Lessona (1928, v. I) aponta o Sistema da Persuasão Racional como um sistema que prepondera no aspecto lógico, se comparado com os demais sistemas de apreciação da Prova já estudados.

No Sistema da Persuasão Racional, o julgador deve formar livremente sua convicção, mas, conforme registra Moacyr Amaral Santos, que se reporta ao Sistema como misto, não há se falar em uma liberdade incondicionada na formação dessa. Para esse tratadista da Prova, ao reverso, a formação da convicção do julgador fica condicionada a quatro elementos principais:

- a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida;
- b) às provas desses fatos, colhidas na causa;
- c) às regras legais e máximas de experiência;
- d) deve ser motivada. (SANTOS, 1952, p. 333, v. I).

Trata-se de um sistema, destarte, que, abstraindo-se de juízos generalizados e também de juízos *secundum conscientiam*, tem na obrigatoriedade de motivação decisória, que é imposta ao julgador e que deve sopesar não apenas as normas hauridas do Ordenamento Jurídico, mas também o resultado probatório constante do procedimento, o fundamento jurídico utilizado pela doutrina para embasar uma pretendida autorização legal para a atuação judicial na atividade probatória.

Somente a partir de uma prestante atuação do julgador na atividade probatória, aliás, é que se alcançaria a adequada formação de sua convicção, segundo o magistério de Ovídio Araújo Baptista da Silva. Sobre o cognominado ativismo judicial, e sua adesão pelo Código de Processo Civil brasileiro, assim se pronunciou o processualista gaúcho:

Uma decorrência do sistema de persuasão racional é a faculdade de iniciativa probatória que se reconhece, com bastante largueza, ao julgador em sistemas modernos. Se o juiz deve formar sua convicção livremente, cabendo-lhe porém motivar, segundo critérios lógicos adequados, o resultado a que chegou através da análise da prova constante dos autos, é natural que se lhe dêem condições de trazer para o processo os elementos de prova de que ele necessite, mesmo que as partes não o tenham proposto. Nosso Código contém inúmeros dispositivos facultando ao juiz a determinação *ex officio* de meios de prova. Assim, o art. 342 prevê a possibilidade de determinar ele o comparecimento pessoal das partes, para interrogá-las sobre os fatos da causa; o art. 343 permite que o juiz de ofício ordene a prestação de depoimento pessoal; pelo art. 355, pode o juiz igualmente determinar de ofício a exibição de documento ou coisa que se ache em poder da parte (MOACYR AMARAL SANTOS, Comentários..., v. 4, p. 141); pelo art. 418, o juiz pode ordenar, também de ofício, o depoimento de testemunhas referidas, ou acareação entre duas ou mais testemunhas, ou de alguma delas com a parte. (2005, p. 333, v. I).

Por todo o exposto, o Sistema da Persuasão Racional é apontado por Eduardo José Couture (1946) como o mais eficaz método de apreciação da Prova até então divulgado, sendo adotado na maioria das legislações nacionais, dentre elas, a brasileira.⁴⁶

Cumpre-nos analisar, nos próximos capítulos dessa Dissertação, quais são os pontos teóricos que unificariam o estudo das presunções legais relativas e a Prova, não somente a partir do último de seus aspectos ora analisados, como também dos aspectos do conceito e da finalidade.

A abordagem da Prova realizada neste capítulo segundo, portanto, erige-se imprescindível para a continuidade dos estudos tendentes à satisfatória resposta ao problema que apresentamos, notadamente em se considerando que eventual arcaísmo no encaminhamento dos aspectos do conceito, da finalidade e da apreciação da Prova pode acabar por se transferir para a abordagem que se vem oferecendo às presunções legais relativas, com decorrentes repercussões concernentes à sua constitucionalidade.

⁴⁶ A adesão do Código de Processo Civil brasileiro ao Sistema da Persuasão Racional exsurge indubitosa da norma haurida do artigo 131, a saber: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

3. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E SUAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Conforme já esclarecemos, a explicitação dos aspectos do conceito, da finalidade e da apreciação da Prova é importante para a identificação das correlações teóricas que a dogmática jurídica apresenta como existentes entre essa e as presunções legais relativas. Não obstante, há um aspecto outro concernente ao tema da Prova, cujo estudo se demonstra fundamental para a compreensão da principal finalidade atribuída às presunções legais relativas: o que doutrinariamente se denomina objeto da Prova.

A importância da análise de referido aspecto como introdução ao estudo das presunções legais relativas justifica sua abordagem em separado dos aspectos probatórios já estudados.

3.1. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E A PERCEPÇÃO INDIRETA DO FATO PROBANDO

Consoante doutrina majoritária, o objeto da Prova são os fatos.⁴⁷ Nem todos os fatos são passíveis de percepção direta por aquele que tem o ônus de prová-lo, no entanto, como explica Nicola Framarino dei Malatesta:

Se o homem só pudesse conhecer pela própria percepção direta, bem pobre seria o campo de seus conhecimentos: pobre no mundo das idéias, pobre no dos fatos. Para que um fato seja percebido diretamente, torna-se necessária a coincidência de lugar e tempo entre ele e o homem que o deve perceber. Ora, o homem é simplesmente um ponto na amplidão infinita do espaço, não mais que um átomo fugitivo no infinito desenvolvimento do tempo. A grande quantidade de acontecimentos está fora da esfera das nossas observações diretas e são, por isso, bem poucos os fatos que podemos conhecer por visão direta.

⁴⁷ Segundo José de Castro Mendes (1961), são três as principais teorias que se dedicam à explicitação do objeto da Prova: a teoria que sustenta que o objeto da Prova são os fatos, a teoria que sustenta que o objeto da Prova são as afirmações e a teoria que sustenta que o objeto da Prova são os fatos e as informações. Embora reconheça o autor português que a primeira dessas teorias goza de adesão majoritária entre os processualistas, entende que os aspectos da objetividade e da indeterminação do conceito de fato tornam-na de difícil aplicação. Pelo primeiro aspecto, porque o que se Prova não é “a realidade em si, e os factos que a constituem, mas sim nossa representação intelectual e versão da mesma, formada por um complexo de proposições” (1961, p. 483); pelo segundo aspecto, porque simplesmente demarcar o que consistiria fato pela oposição ao direito também não nos proporciona a definição de fato e “das suas fronteiras com as realidades vizinhas” (1961, p. 484). A despeito da crítica do autor português, a teoria adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro acerca do objeto da Prova foi exatamente a teoria majoritária, também denominada clássica; é o que se lê dos seus artigos 332, 333 e 334. Para um estudo aprofundado acerca da segunda e da terceira teorias mencionadas, contudo, confira as obras **Derecho procesal civil**. (GOLDSCHMIDT, 1936) e **Sistema de derecho procesal civil** – composición del proceso (CARNELUTTI, 1944, v. II), respectivamente.

Em parte, supre a visão direta dos outros, que nos referem o que perceberam: o conhecimento de cada um serve-se, assim, do de todos. Mas isto também nem sempre é possível e existe uma multidão de coisas que escapa não só à nossa percepção direta, mas também às dos outros que poderiam referi-las. (1995, p. 187, v. I).

Nessa hipótese, em especial, para viabilizar a percepção do fato, diz o autor italiano ser necessária a utilização da cognominada via indireta do conhecimento, a qual se baseia no uso de um raciocínio:

O raciocínio é um juízo deduzido de outros juízos; cada um deles é expresso numa proposição: *premissa maior, menor e conclusão*. Na primeira delas, a premissa maior, está colocado o juízo mais geral, ou seja, o princípio em que está contida a ilação que se procura extrair com a *conclusão*; a segunda das premissas, que se chama *menor*, não é mais que um juízo declaratório dessa continência. Disto se conclui que a natureza do raciocínio é determinado (*sic*) pelo juízo contido na premissa *maior* pois, por um lado, a *conclusão* está contida naquele mesmo juízo e, por outro lado, a *menor* não serve senão para declarar essa continência. (1995, p. 191, v. I).

A diferença existente entre o raciocínio que se desenvolve nas vias direta e indireta do conhecimento estabelece-se pelo conteúdo da sua premissa maior. Na primeira modalidade do conhecimento descrita, o conteúdo geral integrante da premissa maior é percebido imediatamente e dele, diretamente, deduz-se o particular. Na segunda modalidade do conhecimento aludida, por sua vez, o conteúdo geral integrante da premissa maior é percebido somente mediatamente, e, uma vez constatado, tal como ocorre com a via direta do conhecimento, deduz-se o particular, adverte-nos Nicola Framarino dei Malatesta. (1995, p. 189 a 190, v. I).

Conforme assinala esse processualista, o raciocínio lógico do argumento probatório indireto é baseado na indução, a qual nos permite inferir de fatos conhecidos outros fatos que, embora desconhecidos, teriam sua existência justificada no que ordinariamente acontece em eventos semelhantes. O raciocínio indutivo nos levaria a uma Prova indireta do fato, haja vista que somente alcançada mediatamente, ao contrário de uma denominada Prova direta do fato, que seria obtida de modo imediato.⁴⁸

A doutrina majoritária nos apresenta como espécie da denominada *Prova indireta* do fato as presunções legais relativas,⁴⁹ cujas principais características serão abordadas a seguir, iniciando-se pela sua gênese.

⁴⁸ Francesco Carnelutti (2005) também utiliza a dicotomia Prova direta e Prova indireta. Todavia, a utilização dessas expressões pelo autor fundamenta-se em critério diverso do que foi adotado na pesquisa que ora se desenvolve. Para esse processualista italiano, a Prova será classificada como direta quando o fato a provar (probando) for percebido diretamente pelo julgador; em caso contrário, a Prova será classificada como indireta.

⁴⁹ Por oportuno, remetemos o leitor para os itens 3.5. e 4.2 dessa Dissertação, em que restarão indicados os autores que sustentam essa tese e testificada a tradicional vinculação entre presunção legal relativa e Prova indireta.

3.2. ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DAS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA TEORIZAÇÃO INICIAL

A existência da presunção jurídica ⁵⁰ se confunde com a existência da própria apreciação da Prova por aquele deveria solucionar conflitos. Tereza Ancona Lopez de Magalhães (1977) registra que as presunções jurídicas já seriam encontradas no Direito Arcaico, seja ele Hebraico, seja ele Indu.⁵¹

O Direito Hebraico nos indicaria a existência da presunção jurídica a partir do cognominado julgamento de Salomão, narrado na Bíblia Sagrada (1979), no Livro Reis 1, 3, 16, 28. Trata-se de um conflito havido entre duas mulheres, que moravam na mesma casa e que teriam alcançado a maternidade em datas próximas – apenas três dias de distância de uma para a outra –, sobre uma criança que diziam ser seu filho. Segundo narrou uma das mulheres ao Rei Salomão, durante a noite, o filho da outra mulher havia falecido em razão desta ter se deitado sobre ele; enquanto dormia a narradora do fato, a outra mulher havia trocado o seu filho vivo pela criança falecida.

Diante do conflito instalado e da inexistência de esclarecimento inequívoco da situação fática narrada, o Rei Salomão decidiu que a criança sobrevivente deveria ser dividida ao meio por uma espada, entregando-se metade dela, em seguida, para cada uma das mulheres que disputavam a sua maternidade.

No momento em que a decisão foi proferida, a mulher que lhe narrou o fato interveio no sentido de que a criança viva não fosse sacrificada e que, então, fosse entregue à outra mulher, a qual insistia que a criança fosse dividida em duas partes iguais.

Em face da ternura apresentada pela mulher que lhe narrou o fato, o Rei Salomão presumiu ser ela a mãe da criança viva. Partindo-se de um fato certo (a ternura da mulher que lhe narrou o fato), concluiu o Rei Salomão pela verdade de um fato incerto (que era mãe a mulher qualificada pela ternura), já

⁵⁰ Esclarece-se, desde já, que a expressão presunção jurídica não quer significar presunção legal. Com a utilização da expressão presunção jurídica pretende-se tão somente explicitar que, na pesquisa ora desenvolvida, não estamos nos referindo à presunção tal como abordada pelo senso comum do conhecimento, isto é: como vaidade, orgulho ou pretensão. Quanto a esses significados de presunção, confira a obra **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**, de autoria de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999).

⁵¹ A respeito das presunções jurídicas no Direito Arcaico, esclarece Sérgio Carlos Covello, isoladamente na doutrina nacional, que o Direito Persa, igualmente, as apresentava: “Também os juízes persas se utilizam da presunção em seus julgamentos por meio de um processo curioso: a chamada *prova do arroz*. Consistia esta em fazer engolir rapidamente certa quantidade desse cereal imediatamente depois de terminada uma declaração. Segundo eles, as pessoas que declaravam em falso ficavam impossibilitadas de engolir o arroz e, em consequência, eram invalidadas as suas declarações. ‘Apesar de sua aparente ingenuidade – diz Mira Y Lopez – esta prova tem um fundamento científico, ou seja, que todo estado emocional intenso inibe a secreção salivar, sem a qual é evidentemente impossível engolir-se um punhado de arroz seco. Facilmente se depreende, no entanto, que as diferenças pessoais de emotividade são suficientemente intensas para secar a garganta de um inocente ingênuo e não alterar em troca a de um delinquente ou astuto declarante’.” (1983, p. 07).

que, na prática, em eventos semelhantes ao que lhe havia sido apresentado, ordinariamente, verificar-se-ia tal fato; a mãe, freqüentemente, apresenta ternura em relação ao seu filho. No Direito Indu, esclarece Tereza Ancona Lopez de Magalhães (1977) que o Código de Manu apresentava as presunções da mentira dos litigantes, da mentira e do suborno das testemunhas e da aquiescência à pergunta do adversário, embora não se pronuncie detalhadamente sobre elas.

Não obstante vestígios da história das presunções jurídicas tenham se identificado já no Direito Arcaico, quer nos parecer, entretanto, que sua existência tenha se tornado ainda mais clara no Direito Romano Clássico. Nesse período, a dificuldade em se obter a comprovação direta dos fatos em determinadas situações justificava a utilização das presunções jurídicas em substituição ao pronunciamento do *non liquet*, que, como vimos, é característica marcante do Sistema da Livre Convicção quanto à apreciação da Prova, que vigiu no Direito Romano em período anterior à instituição do Sistema da Prova Legal quanto à referida apreciação.

Sobre a existência da presunção jurídica no Direito Romano Clássico, registra Vittorio Scialoja que:

[...] fácil é compreender que sempre houve presunções *hominis*, desde que são existentes provas, pois é questão de consciência do juiz. Se ele se convence por via de presunção, não se lhe pode negar este seu convencimento; a menos que se hajam fixado regras de direito que excluam ao juiz a liberdade de se formar uma convicção de outra maneira que mediante determinadas provas. No direito clássico, em que, como temos visto, havia aquela amplíssima liberdade de formação do próprio convencimento do juiz, naturalmente as *praesumptiones hominis* eram um dos modos de chegar a formar seu próprio convencimento, e isto não nega nenhum dos autores. (1954, p. 405, tradução nossa).⁵²

No Direito Romano Clássico, a presunção jurídica ainda não estava legislada, com exceção da denominada presunção muciana.⁵³ Foi somente no Direito Justiniano que restou normatizada a presunção jurídica, e, exclusivamente, a presunção que, atualmente, é classificada como relativa, a cujo estudo nos dedicamos.

Sobre a normatização a que se faz alusão, e a finalidade pretendida por essa, pronunciou-se minuciosamente Moacyr Amaral Santos, com base em Ferrini:

⁵² No original: “[...] fácil es comprender que siempre ha habido presunciones *hominis*, desde que han existido pruebas, pues es cuestión de consciencia del juez. Si él se convece por via de presunción, no se le puede negar este convencimiento suyo; a menos que se hayan fijado reglas de derecho que quiten al juez la libertad de formarse una convicción de outra manera que mediante determinadas pruebas. En el derecho clásico, en el que, como hemos visto, había aquella amplísima libertad de formación del próprio convencimiento en el juez, naturalmente las *praesumptiones hominis* eran uno de los modos de llegar a formar su propio convencimiento, y esto no lo niega ninguno de los autores.” (SCIALOJA, 1954, p. 405).

⁵³ Segundo Aloísio Surgik, “O princípio estabelecido pela presunção muciana era que se devia sustentar como provenientes do marido ou de quem estava sob seu poder os bens possuídos pela mulher casada, quando não se tivesse outro conhecimento quanto à sua origem.” (1977, p. 387).

FERRINI dá a explicação da substituição do juiz pela lei. No direito romano, príncipes e jurisconsultos, submetidos que lhes eram casos particulares, ao resolvê-los, constantemente de fatos conhecidos e mediante raciocínio lógico extraíam presunções, nas quais fundavam seus julgamentos. Para assegurar a eficácia de fontes do direito atribuída aos rescritos dos príncipes e às respostas dos jurisconsultos, aconteceu (*sic*), quando do procedimento formulário se passou para o da *cognitio extraordinaria*, “aconteceu o fenômeno notável das presunções livremente acolhidas por aqueles príncipes e jurisconsultos serem elevadas a textos de lei e dignidade e eficácia de normas gerais” Salienta o citado autor que essa transformação de presunções comuns em *praesumptions juris* coincidiu com a mutação das idéias acerca das funções do julgador, “agora tornado um funcionário do Estado e cada vez mais ligado aos laços da burocracia e dos regulamentos”. Em razão disso tais presunções, até então havidas como inferências de um fato conhecido para outro desconhecido, livremente colhidas e apreciadas pelo juiz, perderam essa natureza e se constituíram em preceitos legislativos, dos quais os relativos às presunções condicionais (*juris tantum*) tinham por efeito inverter o natural ônus da prova entre as partes em juízo. Do exemplo romano se aproveitaram as legislações posteriores, que continuaram e ainda continuam a estabelecer tais inversões do ônus probatório. (1949, p. 377 a 378, v. V).

Consoante aduz Sérgio Carlos Covello (1983), a normatização da presunção jurídica em presunção relativa deu-se em razão da busca romana de uma solução que qualifica como *justa e adequada* para a questão fática em exame. Se a solução não exsurgia indubitosa, melhor seria a fixação de apenas uma solução provisória, que deveria perdurar enquanto não se demonstrasse o contrário.

Com a superveniência da Idade Média, intensificam-se os estudos concernentes à presunção jurídica, sobretudo em razão da atuação dos glosadores que integravam a Escola de Bolonha, nos séculos XII e XIII. Aludidos glosadores buscavam restaurar o Direito Romano a partir de uma pormenorizada análise de seus textos e, quanto à presunção jurídica, dedicaram-se, especialmente, à sistematização, a qual, uma vez concluída, explicitou a classificação que, ainda hoje, orienta a distinção das suas espécies: presunções *hominis*, *juris tantum* e *juris et de jure*, esclarece Sérgio Carlos Covello (1983).⁵⁴

⁵⁴ Quanto à presunção *juris et de jure*, é prestante o magistério de Carlo Lessona que, quanto à sua teorização inicial, assevera: “A expressão *praesumptio iuris et de iure* – que não poucos escritores censuram como bárbara e quase sem sentido – não se encontra precisamente nas fontes romanas, nas quais a palavra *praesumptio* é usada sempre sozinha. A expressão a que nos ocupamos aparece em Azone, que a cita como usada já pelos primeiros glosadores, mas sem nos dizer mais que ela não admite prova em contrário, e, ainda, confundindo no conceito de presunção *iuris et de iure* todo preceito que não admita prova contrária, o que significa precisamente confundir com a presunção *iuris et de iure* toda norma preceptiva da lei.” (1942, p. 237, v. V, tradução nossa). No original: “La expresión *praesumptio iuris et de iure* – que no pocos escritores censuram como bárbara y casi sin sentido – no se encuentra precisamente en las fuentes romanas, en las que la palabra *praesumptio* es usada siempre sola. La expresión de que nos ocupamos aparece en Azone, quien la cita como usada ya por los primeros glosadores, pero sin decirnos más que ella no admite prueba en contrario, y antes bien confundiendo en el concepto de presunción *iuris et de iure* todo precepto que no admita prueba contraria, lo que significa precisamente confundir con la presunción *iuris et de iure* toda norma preceptiva de la ley.” (LESSONA, 1942, p. 237, v. V).

No denominado Direito da Idade Média, quatro foram as principais fontes de Direito existentes: o Direito Canônico, o Código Visigótico, *Las Siete Partidas del Sábio Don Alfonso IX* e as *Flores de Las Leyes*, sendo que, com suas particularidades, cada uma dessas se referiu à presunção jurídica de determinada forma.

O Direito Canônico é considerado “*o campo mais fértil e propício onde, no terreno específico das provas, as presunções se desenvolveram e ramificaram nas mais variadas modalidades.*” (SURGIK, 1977, p. 393). Esta afirmação é coerente com as próprias características informativas do procedimento canônico, que, embora diretamente influenciado pela filosofia aristotélica, tinha como finalidade principal a salvação das almas, em prol da qual deviam ser sacrificados princípios outros que poderiam impedir sua concretização, ainda que esses princípios fossem baseados em um juízo de certeza, explicita Aloísio Surgik (1977).

Conforme afirma Sérgio Carlos Covello (1983), os canonistas foram de extrema importância para o desenvolvimento dos estudos relativos à presunção jurídica. É que foram estes que se dedicaram mais intensamente ao estudo do aspecto da probabilidade, cuja consideração se faz indispensável para o raciocínio que deve unir o fato conhecido ao fato desconhecido para extração da referida presunção.

De outra face, seguindo o exemplo dos glosadores, também os canonistas se preocuparam em classificar as presunções jurídicas, mas, ao contrário daqueles, conceituaram-nas detalhadamente. Os resultados obtidos com as pesquisas desenvolvidas pelos canonistas foram integrados no *Corpus Juris Canonici*, podendo ser vislumbrados em nova lição de Aloísio Surgik:

No regime do *CIC* atualmente vigente, as presunções encontram-se disciplinadas a partir do cân. 1.825: “*Praesumptio est rei incertae probabilis coniectura; eaque alia est iuris, quae ab ipsa lege statuitur; alia hominis, quae a iudice conicitur.* § 2. *Praesumptio iuris alia est iuris simpliciter, alia iuris et de iure*”. (Presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; pode ser *iuris* – de direito, que é a determinada pela mesma lei, e *hominis* – de homem, que é a formada pelo juiz. § 2. A presunção de direito pode ser de direito simplesmente e *iure et de iure* – de direito e por direito).

A seguir, nos cân. 1.826 e seguintes, regula-se a matéria pormenorizadamente, estabelecendo-se que, contra a presunção simplesmente de direito, se admite a prova tanto direta como indireta, ao passo que, contra a presunção de direito e por direito (*iures et de iure*), somente indireta, i.e., contra o fato em que se funda a presunção (cân 1.826). (1977, p. 394).

Vislumbram-se os resultados das pesquisas mencionadas, outrossim, do magistério de Carlos Alberto Dabus Maluf, o qual, ao se pronunciar sobre os cânones 1.827 e 1.828, menciona:

Além do mais, quem tem em seu favor a presunção de direito está relevado da obrigação de provar, que recai sobre a parte contrária, e,

se esta não prova, a sentença deve ser proferida em favor da parte a quem favorece a presunção; (cân. 1.827).

Ensinam os canonistas modernos que a presunção é a consequência lógica que a lei ou o juiz deduzem de um fato certo em ordem a provar outro incerto, fundando-se na conexão que entre ambos os fatos geralmente costuma mediar. O fato que serve de base à presunção chama-se indício (Miguel-Alonso Cabrerros, ob. cit., p. 679). Contudo, preceitua o cân. 1.828 que o juiz não pode formar presunções que o direito não estabelece, a menos que se baseie em algum fato certo e determinado, relacionado diretamente com aquele que é objeto da controvérsia. (1981, p. 70).

Para Aloísio Surgik (1977), o Código Visigótico não apresenta em seu texto qualquer referência expressa à presunção jurídica, embora tenha sido influenciado pelo Direito Canônico em sua elaboração. Apesar disso, no título *De los escriptos que son dubdosos, cuemo deben seer provados por otros escriptos dessa misma mano*, refere-se à obrigatoriedade do acatamento de outros sinais e escritos que confirmassem escritos de pessoas já falecidas, disposição que poderia ser entendida como menção tácita à presunção *hominis*.

Seja como for, o Código que é considerado um marco importantíssimo para o estudo das origens do direito galo-ibérico, uma vez que, “*em Portugal, constitui lei até as Ordenações Afonsinas publicadas em 1.446, e, na Espanha, só foi revogado no século XIX*” (FRANÇA, 1977, p. 490), nada ou muito pouco teria acrescentado legislativamente sobre a presunção jurídica.

Assevera Carlos Alberto Dabus Maluf (1981) que, em *Las Siete Partidas del Sábio Don Alfonso IX*, por sua vez, a presunção jurídica foi classificada em legal e *hominis*, bem como considerada um meio de Prova que, porém, não se fazia suficiente para demonstração dos fatos de modo isolado, a não ser que a lei determinasse essa possibilidade. *Las Siete Partidas del Sábio Don Alfonso IX* bastante acrescentou legislativamente sobre a presunção jurídica, possivelmente influenciada pelo Direito Canônico que, à época em que publicada em Portugal – século XIII -, gozava de enorme prestígio.⁵⁵

Finalmente, continua Carlos Alberto Dabus Maluf (1981), nas *Flores de Las Leyes*, por determinação expressa, a presunção jurídica deixou de ser considerada um meio de Prova, prestando-se tão somente a auxiliar na atividade probatória.⁵⁶ Como as *Flores de Las Leyes* consistiam em um compêndio de procedimentos de utilização apenas subsidiária no direito em Portugal, também no século XIII, pouco relevante se fazia quanto à abordagem desenvolvida sobre a presunção jurídica, já que esta se encontrava prevista nas legislações imediatamente aplicáveis.

⁵⁵ Por esclarecimento, o nome *Las Siete Partidas del Sábio Don Alfonso IX* “deve-se à composição desse corpo legislativo, que compreende sete partes com o seguinte conteúdo: 1ª) fontes do direito e do direito canônico; 2ª) constituição política e militar; 3ª) procedimentos judiciais; 4ª) direito de família; 5ª) direito de contratação; 6ª) direito de sucessões; 7ª) direito penal.” (COVELLO, 1983, p. 12).

⁵⁶ Ao se referir à rejeição das presunções jurídicas como meio de Prova, Carlos Alberto Dabus Maluf transcreve trecho do título do compêndio que a explicita: “Todas as cousas se podem prouar poer maneyras a primeyra e cõfyson da qual quer as partes. A segunda e por testigos. A terceyra e por cartas ou por enstrumentos públicos os enducios e as enndições e as prsonções nõ son përa prouar por sy, pero que ajuda a prouar o feyto.” (1981, p. 66).

Consoante Sérgio Carlos Covello (1983), contudo, foi a partir do século XIV que a presunção jurídica foi estudada com a maior profundidade. A Escola dos Comentaristas que, no Renascimento, dedicou-se ao estudo dos textos romanos fora da Glosa, firmou obras diversas sobre a presunção jurídica, das quais se destacam, para Carlos Alberto Dabus Maluf (1981), as de autoria de Le Duarem (*De probationibus*, in *Opera Omnia*, 1746, v. 3, Cap. IV), Alciato (*De praesumptionibus*, in *Tractatus univerti juris*, v. 5, t. 4) e a grande obra de Jacobus Menochius (*De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis*, comentaria, Venetiis, 1617, 2 vols.).

Desde então, nada de inédito teria se acrescentado ao tema em exame. De relevante, somente a incorporação da presunção jurídica em Códigos variados por influência frontal do Movimento de Codificação que se iniciou no século XIX, com a promulgação do Código de Napoleão. A incorporação a que se faz referência atingiu também a legislação brasileira: inicialmente, pela incorporação expressa da presunção jurídica no Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850; após, pela sua incorporação nos Códigos Estaduais do Rio de Janeiro, de Pernambuco e de Minas Gerais, adverte-nos Sérgio Carlos Covello (1983).

Embora o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 tenha dedicado o seu Capítulo VI, do Título VIII, à presunção jurídica,⁵⁷ o Código de Processo Civil brasileiro vigente cinge-se a lhe dedicar, expressamente, dois artigos: o artigo 334, em seu inciso IV, e o artigo 335, os quais serão oportunamente analisados.

⁵⁷ Assim se redigiu o Capítulo VI, do Título VIII, do Código de Processo Civil brasileiro, de 18 de setembro de 1939: “Capítulo VI – Das presunções e dos Indícios. Art. 251. A prova contra presunção legal será sempre admitida, salvo quando a própria lei a excluir; Art. 252. O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias; Art. 253. Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verosimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa.”

3.3. A PRESUNÇÃO JURÍDICA E SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS

Consoante lição de Tereza Ancona Lopez de Magalhães, com base em Alciato e Antonino Coniglio, *“o vocábulo ‘presunção’ vem de praesumptio que, por sua vez, deriva do verbo sumere e da preposição prae, i. e., ter por verdadeiro alguma coisa antes de ser provada.”* (1977, p. 370).⁵⁸

Não obstante esclareça Aloísio Surgik (1977) que, nas fontes do Direito Romano, os vocábulo *praesumptio* e *praesumere* tenham sido empregados com inúmeros significados,⁵⁹ é consistente o argumento suscitado por Sérgio Carlos Covello (1983) no sentido de que o estudo da etimologia do termo *presunção* torna-se importante por já deixar entrever a significação jurídica do termo, a qual, diríamos, foi se aprimorando por ulteriores estudos desenvolvidos, principalmente, a cargo dos glosadores e canonistas.

O Código de Processo Civil brasileiro, assim como ocorre com o Código Civil do país, não oferece qualquer conceito à *presunção* jurídica. Como já afirmamos, o Código de Processo Civil brasileiro se reporta expressamente à *presunção* jurídica por via de apenas dois artigos, os quais se encontram situados na Seção I (“Das Disposições Gerais”), do Capítulo VI (“Das Provas”), do Título VIII (“Do Procedimento Ordinário”), do seu Livro I (“Do Processo de Conhecimento”). O Código Civil brasileiro, a seu turno, reporta-se à *presunção* jurídica em seu artigo 212, IV, que a estabelece como um dos meios de Prova do fato jurídico.

No Direito Comparado, contudo, é usual que a significação de *presunção* jurídica conste dos Códigos. Após consultar a legislação codificada estrangeira, Sérgio Carlos Covello extraiu as seguintes:

a) Código Napoleão: *“As presunções são as conseqüências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido para provar um fato desconhecido”* (art. 1.349).

b) Código de Direito Canônico: *“A presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; uma é de direito (‘juris’), estabelecida pela lei; outra é (‘hominis’) pessoal, que é deduzida ou conjecturada pelo juiz”* (cân. 1.825, §1º).

c) Código Civil italiano: *“Presunções são as conseqüências que a lei ou o juiz deduz de um fato notório, para resolver um fato ignorado”* (art. 2.788).

⁵⁸ Em igual sentido, confira o magistério de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: *“Presumir, prae, sumere, é ter por sido alguma coisa, antes de ser provada, de ser percebida”*. (1974, p. 420, v. III).

⁵⁹ Valendo-se do Digesto e do Código Theodosiano, Aloísio Surgik (1977) diz que o vocábulo *praesumptio* foi empregado no sentido de privilégio (Digesto, 43, 4, 3, 3), de usurpação (Código Theodosiano, 15, 1, 14), de arrogância (Código Theodosiano, 6, 4, 22, 3) e de opinião (Digesto, 29, 2, 30, 4), enquanto o vocábulo *praesumere* teria sido empregado como tomar antes (Código Theodosiano, 15, 1, 26), usurpar (Código Theodosiano, 8, 5, 55), ousar (Código Theodosiano, 3, 8, 2), arrogar-se (Código Theodosiano, 1, 28, 3) e crer (Digesto, 12, 6, 3).

d) Código Civil português: “*Presunções são ilações que a lei ou o julgador tira de facto conhecido para firmar um facto desconhecido*” (art. 349).

e) Código Civil boliviano: “*As presunções são conseqüências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido a outro não conhecido: elas são legais ou não*” (art. 934).

f) Código Civil uruguaio: “*As presunções são conseqüências conjecturais que a lei ou o magistrado tiram de um fato conhecido a outro desconhecido*” (art. 1600).

g) Código Civil venezuelano: “*As presunções são as conseqüências que a lei ou o juiz tiram de um fato conhecido para estabelecer um desconhecido*” (art. 1.324). (1983, p. 17 a 18).

O que se lê de aludidos textos legais, porém, é que seguem, com poucas variações, o Código Civil francês. A definição prevista nesse Código teria sido positivada, por via legislativa, a partir dos estudos desenvolvidos por Robert Joseph Pothier, embora tenha se apresentado de modo incompleto, se comparada com a teorização formulada pelo civilista francês, assim enunciada:

A presunção pode ser definida como um juízo que a lei ou o homem faz sobre a verdade de uma coisa, como uma conseqüência tirada de outra coisa. Essas conseqüências são fundadas nos acontecimentos que de costume ocorrem: *Praesumptio ex eo quod plerumque fit* (Cujácio, *in part. ad. tit. Cod. De probat. et. Praes.*). (2001, p. 718).

Note-se que, embora o Código Civil francês tenha conceituado as presunções jurídicas como “*as conseqüências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido para provar um fato desconhecido*”, no que foi seguido pelo Código Civil português, pelo Código Civil boliviano, pelo Código Civil uruguaio e pelo Código Civil venezuelano, deixa de integrar nessa significação um aspecto imprescindível para a sua enunciação: a *ordinariedade* do que ocorre em eventos semelhantes, em que se fundamenta a presunção jurídica.

A omissão conceitual referida, contudo, não ficou adstrita às codificações. Conforme registra Moacyr Amaral Santos (1952, v. V), os autores que se dedicam à demarcação do sentido de presunção jurídica também aceitam, em sua grande maioria, sem quaisquer ressalvas, o que dispõe o Código Civil francês a seu respeito.

Na doutrina civilista brasileira, tal se confirma pela definição de presunção jurídica apresentada por Clóvis Beviláqua, o qual, resumindo o que sobre essa dispõe o Código Civil francês, aduz que “*é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido*” (1959, p. 322, v. I), no que se fez seguido por Caio Mário da Silva Pereira,⁶⁰ Washington de Barros Monteiro,⁶¹ Sílvio Rodrigues,⁶² Sílvio de Salvo Venosa⁶³ e Maria Helena Diniz.⁶⁴

⁶⁰ Segundo o autor, “*Presunção é a ilação que se tira de um fato certo, para prova de um fato desconhecido.*” (PEREIRA, 2004, p. 605, v. I).

⁶¹ Segundo o autor, “*Presunção é ilação que se extrai de um fato conhecido para chegar à demonstração de outro desconhecido.*” (MONTEIRO, 2004, p. 303, v. I).

A conceituação de presunção jurídica prevista no Código Civil francês é freqüentemente criticada por fundamento diverso, todavia. Conforme expõe Carlo Lessona,

[...] é bastante censurada, essencialmente porque – ao dizer dos críticos – confunde a prova com as presunções. Ambas, segundo eles, são sempre argumentações encaminhadas do conhecido ao desconhecido: assim que, este modo de ser, não pode constituir uma característica determinante e especial das presunções. (1942, p. 109, v. V, tradução nossa).⁶⁵

Ciente da omissão apontada, e também da censura apresentada ao Código Civil francês quanto ao aspecto ora estudado, João Monteiro nos oferece a seguinte significação para a presunção jurídica: *“Presunções são as conjecturas que a lei ou o juiz tira, por consequência indireta, da reiteração de fatos conhecidos para afirmar a existência do fato que se pretende provar.”* (1956, p. 527, t. II).

Ainda assim, contudo, o processualista brasileiro teve sua proposta conceitual criticada por Moacyr Amaral Santos (1952) e, principalmente, por Sérgio Carlos Covello (1983), embora indiretamente. Ao entender que a presunção jurídica seria uma conjectura, João Monteiro poderia ter esclarecido a acepção atribuída ao termo - o que não fez -, deixando de atrair para a sua teorização uma indeterminação que poderá levá-la à inadequação.

Sobre a relação existente entre conjectura e presunção jurídica, registra Sérgio Carlos Covello que:

A presunção não é mera suposição, pois o direito não se baseia – nem pode basear-se – em suposições, mas convencimento antecipado. Tanto o legislador como o juiz, quando presumem, o fazem em vista de circunstâncias suficientes para produzir uma convicção, sem, todavia, levar a uma certeza absoluta. Também não é mera ideação ou conjectura no sentido vulgar do termo; é algo mais consistente, segundo bem explana o eminente Moacyr Amaral Santos. “Como conjectura, - diz o mestre – reflete um trabalho mental, mas desta difere porque na presunção esse trabalho se funda num fato certo, num indício. Há, na presunção, como ponto de partida um fato certo”. Com efeito, a presunção não é mera suposição pessoal, subjetiva, particular. O que se supõe, no caso, está fundado no que ordinariamente acontece, nas máximas de experiência humana. Há, portanto, um critério estático que serve de respaldo para a presunção [...]. (1983, p. 19 a 20).

⁶² Segundo o autor, presunção “É a ilação tirada de um fato conhecido para um desconhecido.” (RODRIGUES, 2003, p. 277, v. I).

⁶³ Segundo o autor, “Presunção é a conclusão que se extrai de fato conhecido para provar-se a existência de outro desconhecido.” (VENOSA, 2004, p. 581, v. I).

⁶⁴ Segundo a autora, presunção “é a ilação tirada de um fato conhecido para demonstrar outro desconhecido.” (DINIZ, 2002, p. 431, v. I).

⁶⁵ No original: “[...] es bastante censurada esencialmente porque – al decir de los críticos – confunde la prueba con las presunciones. Ambas, según ellos, son siempre argumentaciones encaminadas de lo conocido a lo desconocido: así que este modo de ser no puede constituir un carácter determinante y especial de las presunciones.” (LESSONA, 1942, p. 109, v. V).

Tomando por base o que nomeia fundamento lógico-jurídico da presunção, e não se satisfazendo com as definições já apresentadas a essa, Sérgio Carlos Covello afirma que: “*Presunção é o convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo.*” (1983, p. 19).

Elucidando o conceito que apresentou, o civilista paulista assevera que se esse faz composto de quatro elementos principais: o convencimento antecipado, a verdade provável, o fato desconhecido e o fato conhecido e conexo. Sobre cada um desses elementos discorreremos, em síntese, com base no magistério de Sérgio Carlos Covello que, no entanto, far-se-á anotado e complementado, em alguns de seus aspectos, por lições de outros autores, cujos esclarecimentos prestados nos afiguram relevantes para a abordagem que se desenvolve, senão vejamos.

Conforme parcialmente se registrou, a presunção jurídica não se confunde com a mera suposição particular daquele que presume, ou, ainda, com a conjectura, em seu sentido vulgar; ao contrário disso, a presunção jurídica é estabelecida a partir de um fato determinado, certo, que se coloca como o ponto inicial do raciocínio desenvolvido. Sequer a presunção jurídica se caracteriza por ser uma suspeita⁶⁶ ou preconceito, porque, enquanto aquela se vincula, diretamente, a uma opinião negativa sobre alguém, esse é tendencioso e acientífico, opostamente da presunção jurídica, que se baseia em um critério estatístico extraído do que ordinariamente acontece em eventos semelhantes à situação fática identificada endoprocidentalmente.

Ademais, a presunção jurídica não se equipara ao raciocínio, mas é o seu resultado, isto é, uma conclusão antecipada sobre um fato decorrente de um raciocínio desenvolvido, o qual, por sua vez, ora é qualificado como indutivo,⁶⁷ ora é qualificado como dedutivo,⁶⁸ ora é qualificado como indutivo-dedutivo,⁶⁹ pelos autores que se dedicam a uma proposta de seu enquadramento lógico-científico. De conseguinte, a presunção jurídica é uma conclusão antecipada, ou, como prefere Sérgio Carlos Covello, um

⁶⁶ Sobre a distinção teórica entre presunção judicial e suspeita, pronunciou-se Tereza Ancona Lopez de Magalhães: “Suspeita. Vem do verbo *subspicere*, que é igual a guardar embaixo. Não se confunde a suspeita com a presunção. A suspeita é perplexidade e não pode, por si só, formar o convencimento sobre um fato. É a suspeita um movimento duvidoso da mente em direção a uma opinião.” (1977, p. 373). Pronunciou-se, ainda, sobre a distinção, João Monteiro: “*Suspeita* (de *su(b) – spicere*, no sentido próprio – olhar para cima, ou inversamente visto de baixo), se pode significar também conjectura, exprime uma conjectura pouco *fundada* ou meramente *desconfiança* [...]. Está longe de ser uma presunção.” (1956, p. 529, t. II).

⁶⁷ Nesse sentido, **em especial**, confira as obras: **Procedimiento civil romano**: ejercicio y defensa de los derechos, de autoria de Vittorio Scialoja (1954); **Teoria do processo**, de autoria de João Monteiro (1956, t. II); **Direito processual civil**, de autoria de João Bonumá (1946, v. II).

⁶⁸ Nesse sentido, **em especial**, confira as obras: **Estudios de derecho procesal civil – la constitución y el proceso civil**, de autoria de Eduardo José Couture (1948, t. II); **Temas de direito processual**, de autoria de José Carlos Barbosa Moreira (1988); **A prova no direito processual civil**, de autoria de João Batista Lopes (2002).

⁶⁹ Nesse sentido, **em especial**, confira as obras: **Prova judiciária no cível e comercial**, de autoria de Moacyr Amaral Santos (1949, v. V); **A presunção em matéria civil**, de autoria de Sérgio Carlos Covello (1983); **Enciclopédia Saraiva de Direito – v. 60 - vocábulo Presunção**, de autoria de Tereza Ancona Lopez de Magalhães (1977).

convencimento antecipado, uma vez que *“a presunção importa em antecipação de julgamento sobre uma realidade insuficientemente conhecida.”* (1983, p. 19).

Baseando-se no que ordinariamente acontece em eventos semelhantes, a presunção jurídica não atinge senão a probabilidade de verdade.⁷⁰ Daí, é forçoso afirmar que o fato presumido não necessariamente será verdadeiro, embora a freqüência dos acontecimentos semelhantes nos demonstre a tendência de sê-lo. É salutar notar que a probabilidade apurada pela repetição da ocorrência de determinado resultado em ocasiões anteriores somente pode ser considerada como meramente indicativa, haja vista que *“o freqüente não é o que ocorre sempre, sem exceção.”* (COVELLO, 1983, p. 21).

Por isso, ao contrário do que sustenta Orosimbo Nonato, as presunções jurídicas não podem *“também, ser definidas como conseqüências dos constantes efeitos de um fato”* (196-?, p. 130), uma vez que, como observa Nicola Framarino dei Malatesta:

É constante o que se apresenta como verdadeiro em todos os casos particulares compreendidos na espécie; é ordinário o que se apresenta como verdadeiro no maior número dos casos compreendidos na espécie. Partindo da idéia de ordem como constante modo de ser e agir da espécie, deduzem-se conseqüências certas, relativamente ao indivíduo; partindo da idéia de ordem como ordinário modo de ser e agir da espécie, deduzem-se conseqüências prováveis quanto ao indivíduo: o constante da espécie é lei de certeza para o indivíduo; o ordinário da espécie é lei de probabilidade do indivíduo. (1995, p. 199, v. I).

Por se erigir a presunção jurídica como uma conclusão antecipada sobre a verdade provável de um fato não submetido à percepção direta, obtida com apoio no que ordinariamente acontece em eventos semelhantes, estabelece-se sobre um fato inicialmente desconhecido, incerto, o qual, mesmo após já realizado o raciocínio presuntivo, em nosso entendimento, persiste em sê-lo, empiricamente.

A conclusão antecipada, porém, como já afirmamos, é extraída de um fato determinado, certo,⁷¹ sob pena de se tornar simples conjectura, aqui entendida em seu sentido vulgar, e não jurídico, como foi explicitado por Moacyr Amaral Santos em preleção anterior de Sérgio Carlos Covello (1983).

O fato determinado, certo, a que se faz referência, a seu turno, deverá ser também conexo com o fato cuja percepção se pretende. É o que afirma Sérgio Carlos Covello:

⁷⁰ Sobre o conceito de probabilidade e sua correlação teórica com a verdade, com a certeza e com a verossimilhança, confira o item 2.2. dessa Dissertação.

⁷¹ Justamente por se basear a presunção jurídica em um fato certo, torna-se afastada a possibilidade da obtenção de uma presunção jurídica de outra presunção jurídica (*praesumere de praesumpto*). Para nós, como já registramos, o fato que foi presumido é juridicamente tido como de existência provável, mas continua sendo empiricamente desconhecido.

Entre o fato conhecido – base da presunção – e o fato por provar deve haver relação de conexão, uma ligação essencial com o fato probando, sem o que inexistente presunção. Destarte, não basta que o fato seja conhecido para servir de base à presunção; é preciso que se relacione com o que se deseja provar, sob pena de se tornar insuficiente para produzir o convencimento. (1983, p. 24).

O fato conhecido e conexo ao fato probando é denominado indício, não se confundindo com a presunção jurídica. Sobre o assunto, todavia, é oscilante a doutrina especializada, que se enuncia por duas teses principais: a de que o indício e a presunção jurídica nada mais são do que sinônimos e a de que o indício e a presunção jurídica são conceitos que não se confundem.

Segundo Moacyr Amaral Santos, o entendimento que confere ao indício e à presunção jurídica sinonímia escora-se no Direito Romano,

onde não raro se encontram textos referentes à prova indiciária com o significado de prova por presunção. A propósito FRAGA menciona a constituição 25, do Cód. liv. 4, tit. 20, e a lei 19, do Cód. liv. 3, tit. 32, bem como a lição do seu intérprete CUJACIO. Lembra BONNIER que QUINTILIANO dava a uma e outro a denominação de *indícios*. (1949, p. 352, v. V).

Entre os processualistas, destaca-se na adesão desse entendimento Carlo Lessona, que sustenta, em resumo de sua análise sobre o tema, que “o indício é sinônimo de presunção, quando sobre sua base completa-se com êxito positivo o trabalho lógico que conduz do conhecido ao desconhecido.” (1942, p. 120, v. V, tradução nossa)⁷². Em outros termos, conclui o autor que: “o indício que faz prova é uma presunção.” (1942, p. 120, v. V, tradução nossa).⁷³

Spencer Vampré também deixou clara sua filiação à tese de que o indício e a presunção jurídica seriam sinônimos:

O indício não é mais que uma verdadeira presunção.

.....
(*omissis*).....

Dois factos se apresentam – um conhecido, outro desconhecido. Si entre um e outro conseguimos, pelo raciocínio, estabelecer uma relação tão necessária, que a existência do primeiro implique a do segundo, este resultado, a que chegamos pela lógica, constitui um indício. (1926, p. 300 a 301, v. I).

Veja-se, no entanto, que a maior parte dos processualistas perfilha o entendimento de que não se confundem indício e presunção jurídica. Conforme elucidam Tereza Ancona Lopez de Magalhães (1977) e João Monteiro (1956, t. II), etimologicamente, indício origina-se de *indicum*, que advém do verbo *indicare* (*dic – dicare*), e não *inde duco* ou *inde dico*, que significam induzir e impor, respectivamente. Assim sendo, quer parecer ter

⁷² No original: “El indicio es sinonimo de presunción, cuando sobre su base se ha completado con éxito positivo el trabajo lógico que conduce de lo conocido a lo desconocido.” (LESSONA, 1942, p. 120, v. V).

⁷³ No original: “[...] el indicio que hace prueba es una presunción.” (LESSONA, 1942, p. 120, v. V).

razão Humberto Piragibe Magalhães (1976) ao dizer que o indício quer significar aquilo que indica, no que é acompanhado por Eduardo Cambi, o qual, em consonância com o entendimento majoritário, esclarece:

Por conseguinte, os indícios, como o próprio nome aponta, *indicam*, não representam, o fato probando, isto é, neles se assenta o raciocínio que permite a cognição do *factum probandum*. Por isso, são fatos secundários que servem de *pressupostos das presunções* ou *fontes de presunções* [...]. (2006, p. 361).

Daí, o indício é o fato em que se assenta o raciocínio que levará ao fato probando. Parafrazeando João Bonumá (1946, v. II), o indício é o alicerce da presunção jurídica ou, como diz Antonio Dellepiane, em lição que já se tornou tradicional, é *“todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou, melhor dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos.”* (2004, p. 77).

A conceituação oferecida por Antonio Dellepiane nos confirma que, diante de um raciocínio lógico, o indício seria o ponto de partida, enquanto a presunção jurídica seria um ponto de chegada; aponta-nos, outrossim, que em sendo o indício a causa, não poderá ser ao mesmo tempo o efeito desse raciocínio, conclusão a que já havia chegado Sérgio Carlos Covello (1983) e que ora se ratifica.⁷⁴

⁷⁴ Além do argumento que utilizamos, em consonância com a doutrina majoritária, para embasar a distinção existente entre as presunções jurídicas e o indício, valemo-nos, a título de breve exposição, das lições de Nicola Framarino dei Malatesta, de Jorge Americano e de Moacyr Amaral Santos para apontar outros cinco argumentos já formalizados no intuito de, igualmente, motivar a não identidade conceitual de ambos. O primeiro desses argumentos é apresentado por Nicola Framarino dei Malatesta (1995, v. I) e diz respeito à diferença existente quanto à taxionomia da premissa maior de um raciocínio probatório indireto, em suas espécies indiciária e presuntiva. Assim, quando na premissa maior do raciocínio probatório indireto se está diante da atribuição de uma qualidade a um sujeito, o raciocínio será presuntivo; por outro lado, quando, na premissa maior do raciocínio probatório indireto, atribui-se uma causa a determinado efeito, ou vice-versa, o raciocínio será indicativo ou indiciário. O segundo desses argumentos é apresentado por Jorge Americano (1925) e, também, leva em consideração o raciocínio probatório indireto. De conseguinte, no entendimento do autor, em consonância com o de Nicola Framarino dei Malatesta, o raciocínio probatório indireto desenvolve-se por via de um silogismo no qual a premissa maior é a presunção e a premissa menor é o indício. O terceiro, o quarto e o quinto desses argumentos são apresentados por François Gorphe, Sabatini e Antonino Coniglio, restando explicitados a partir do magistério de Moacyr Amaral Santos (1949, v. V). Segundo registra esse tratadista da Prova, para François Gorphe, a diferenciação havida entre indício e presunção jurídica fundamenta-se na opção de seu emprego no Direito Civil ou no Direito Penal. Destarte, diz François Gorphe, no Direito Civil utiliza-se de presunções, enquanto no Direito Penal utiliza-se de indícios. Consoante Sabatini, todavia, a distinção entre indício e presunção jurídica dá-se em razão da taxionomia da ilação em cada um deles. Com efeito, em relação ao indício, a ilação é indutivo-dedutiva, enquanto que, em relação à presunção jurídica, é exclusivamente dedutiva. Finalmente, conforme magistério de Antonino Coniglio, o indício é um fundamento de Prova que se coloca indiretamente relacionado ao *thema probandum*; a presunção, por sua vez, é o resultado da avaliação da Prova. Assim, não obstante seja possível deduzir do indício uma presunção *hominis*, nos casos legalmente autorizados, o indício é um fato exterior ao *thema probandum*, uma circunstância que presta, sobretudo, a auxiliar o julgador na sua atividade de avaliação do resultado probatório ou na sua atividade de controle prévio acerca da utilização de determinado meio de Prova pelas partes.

Esclarece Francesco Carnelutti, contudo, em lição oportuna, que o indício não se insere na espécie fatos representativos,

nos quais, por sua própria natureza, a função probatória é *essencial*, senão de fatos autônomos, cuja função probatória é meramente acidental e surge pela eventualidade de uma relação sua, indefinível *a priori*, com o fato a provar. (2005, p. 227).

Embora sem se referir à lição carneluttiana, Eduardo Cambi a explica minuciosamente. Denominando o indício fato secundário ou simples, em contraposição ao fato principal, cuja verdade ou falsidade se pretende presumir, diz o autor que:

Com efeito, os fatos secundários ou simples têm a característica de não serem previstos ou qualificados por nenhuma norma aplicável diretamente à verificação dos fatos principais. A razão pela qual esses fatos são levados em consideração no processo é a utilidade pela qual são capazes de estabelecer, indiretamente, a verdade ou a falsidade de um fato principal. Logo, um fato secundário é *logicamente relevante*, quando serve como premissa para uma inferência que produz conclusões lógicas a respeito de um fato principal. Exerce uma função probatória na medida em que constitui um meio para o conhecimento indireto do fato principal [...]. (2006, p. 307)

Desta maneira, consoante lição de Carl Joseph Anton Mittermayer (1919), antes de se ligar ao fato probando, o fato indiciário é um fato indiferente; quando se conecta, através do raciocínio, ao fato que se pretende percebido, por sua vez, adquire imediatamente uma grande importância. É o que também diz Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: *“Indícios ou melhor, fatos indiciários serão assim só aqueles de se possa presumir a ligação com outros, e daí, a ocorrência destes.”* (1985, p. 54).

Por fim, é de esclarecer que os indícios não se confundem com as cognominadas contrasenhos, expressão originariamente teorizada por Francesco Carnelutti (1944, v. II). Segundo o autor italiano, as contrasenhos são fatos conhecidos dos quais se podem inferir outros fatos desconhecidos, a partir de um raciocínio que se desenvolva por conexão, assim como ocorre com os indícios. As contrasenhos se diferenciam dos indícios, no entanto, porque, embora se destinem a encaminhar a percepção de outro fato, trazem em si uma destinação probatória específica, própria, inerente, e relacionada a esse outro fato, e não acidental como se dá com os indícios.

Entre os processualistas brasileiros, coube a João Bonumá um estudo preciso a respeito das contrasenhos, assim sintetizado:

Entre êsses fatos não representativos, Carnelutti distingue os que têm dos que não têm finalidade probatória. Incluem-se entre os primeiros grandes categorias, como os selos adesivos postais e os dos diversos impostos, os signos públicos autenticadores dos atos oficiais, o cunho das moedas, a estampa das notas e cédulas de papel que constituem o meio circulante conversível ou inconversível; o nome civil, os emblemas nobiliárquicos, os títulos profissionais ou acadêmicos, os distintivos, vestuários, uniformes, tonsuras e outros, indicativos de identidade pessoal ou de inclusão em uma classe; os sinais pessoais,

como tatuagens a que se submetem os adeptos de uma seita; as marcas de fábrica; os emblemas comerciais; as marcas a fogo sobre animais; os marcos divisórios; os carimbos e incisões sobre pesos e medidas; as perfurações de bilhetes de passagens, etc. etc. Em todos há o traço comum de não representarem o fato, ato ou circunstância que se tem em vista provar, mas o de indicá-los, isto é, sugeri-los ao espírito do observador e, ainda, a circunstância de ser sua existência subordinada à idéia de constituir uma prova indireta do fato probando. São sinais ou indícios feitos com nítido e incontestável desígnio probatório. Sua força probante não reside nem na percepção nem na representação do fato probando, mas em uma relação artificialmente criada pelo homem para ligar o indício à coisa indicada. (1946, p. 413 a 414, v. II).

De conseguinte, a distinção levada a efeito entre contrasenhos e indícios torna-se importante para elucidação teórica do conceito de presunção jurídica. Apesar disso, referida diferenciação não foi tangida pela definição que propôs Sérgio Carlos Covello, a qual, a despeito da omissão, parece-nos a mais consistente já apresentada.

3.4. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E A AFIRMADA TUTELA DO INTERESSE SOCIAL

O estudo realizado acerca do histórico e dos aspectos conceituais concernentes à presunção jurídica deixa entrever suas espécies tradicionalmente enfocadas pela doutrina. Conforme já explicitamos, ainda hoje, vigora a classificação decorrente da sistematização dos glosadores, que foi alcançada a partir de dois critérios fundamentais: o da origem da presunção jurídica e o da possibilidade de seu afastamento.

Assim é que, com base no primeiro dos critérios apontados, as presunções jurídicas são usualmente classificadas em judiciais, comuns, simples, de fato ou *hominis*, quando extraídas pelo julgador, e legais, quando previamente estabelecidas pela lei.

Com base no segundo dos critérios indicados, as presunções jurídicas são usualmente classificadas em relativas, condicionais ou *juris tantum*, quando admitem a possibilidade de seu afastamento por “Prova contrária”, e absoluta, peremptória ou *juris et de jure*,⁷⁵ quando não admitem essa possibilidade.⁷⁶ Embora não tenhamos identificado, dos estudos que realizamos, qualquer terminologia própria para designar a possibilidade ou não do afastamento da presunção judicial, desde já se afirma que é reiterado o argumento no sentido de que essa seja passível de elisão, nas mesmas hipóteses em que tal se dá para presunções legais relativas.⁷⁷

Na atualidade, o Ordenamento Jurídico brasileiro não especifica a classificação referida, de modo expresso, em quaisquer de seus dispositivos. No Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, no entanto, a classificação havia sido integralmente acolhida, conforme se lê da sua Seção VI, denominada “Das presunções” e integrada por cinco artigos, assim redigidos:

⁷⁵ Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf, a denominação *juris et de jure* se justifica da seguinte forma: “São chamadas *juris*, porque foram introduzidas pela lei, e *de jure*, porque sobre tal presunção a lei estabelece um direito constante e a considera como verdade.” (1981, p. 72). A doutrina majoritária, porém, registra Moacyr Amaral Santos, censura a expressão, dizendo-a ser “intraduzível, sem sentido, contendo linguagem meramente convencional, e assim a qualificam de estilo barroco, expressão pouco elegante, semibárbara e bárbara.” (1949, p. 402, v. V).

⁷⁶ Uma pequena parte da doutrina indica, ainda, a existência de uma terceira espécie de presunção legal: as presunções mistas ou intermédias. Essas presunções recebem esse nome porque, embora admitam a possibilidade de seu afastamento, autorizam que esse afastamento seja pretendido somente em determinadas hipóteses ou somente a partir da utilização de determinados meios de Prova. Para uma abordagem um pouco mais profunda sobre o tema, com remissão a posicionamentos que encaminham o enquadramento dessas presunções nas tradicionais espécies absoluta e relativa, confira novo magistério de Moacyr Amaral Santos (1949, v. V).

⁷⁷ Nesse sentido, **em especial**, confira as obras: **Instituições de direito processual civil**, de autoria de Cândido Rangel Dinamarco (2003, v. III); **A presunção em matéria civil**, de autoria de Sérgio Carlos Covello (1983); **Prova judiciária no cível e comercial**, de autoria de Moacyr Amaral Santos (1949, v. V); **Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**, de autoria de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini (2006, v. I).

Art. 184. As presumpções legais ou são absolutas ou condicionadas.

Art. 185. São presumpções legais absolutas os factos, ou actos que a Lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada.

Art. 186. Presunção legal condicional he o facto, ou o acto que a Lei expressamente estabelece como verdade, em quanto não há prova em contrário (arts. 200, 305, 316, 432, 433, 476, e outros – Código).

Estas presumpções dispensão do ônus de prova àquelle que as tem em seu favor.

Art. 187. Presumpções comuns são aquellas que a lei não estabelece, mas se fundão naquilo que ordinariamente acontece.

Estas presumpções devem ser deduzidas pelo Juiz conforme as regras do direito, e com prudência e discernimento.

Art. 188. As presumpções comuns são admissíveis nos mesmos casos em que o he a prova testemunhal. (COVELLO, 1983, p. 30).

Na pesquisa ora desenvolvida, conforme já noticiamos no item introdutório, o problema que suscitamos está adstrito às presunções legais relativas. No entanto, para que se possa compreender a finalidade pretendida com a normatização das presunções jurídicas, torna-se necessária, antes, a tangência das presunções *hominis*, tão acolhidas no Direito Arcaico e Romano Clássico, notadamente.

Quando nos pronunciamos no sentido de que a existência da presunção jurídica se confunde com a existência da própria apreciação da Prova por aquele deveria solucionar conflitos, consideramos que, inicialmente, em situações de difícil acerto fático, eram as presunções comuns que se faziam livremente acolhidas. Em hipóteses concretas, portanto, diante das dificuldades relacionadas com a matéria fática, o julgador extraía, de per si, presunções jurídicas a partir de fatos determinados, certos, que, sendo conexos com o fato presumido, autorizariam a sua conclusão baseada no que se entendia ordinariamente ocorrer em eventos semelhantes.

Como vimos, somente no período denominado Direito Justiniano foram as presunções jurídicas normatizadas, com o intuito inicial de se assegurar eficácia de fontes de direito aos rescritos dos príncipes e às respostas dos jurisconsultos. Não obstante isso, esclarece Moacyr Amaral Santos que,

Semelhantemente, os legisladores, que os seguiram, também criaram presunções legais por motivos de ordem pública, que exige maiores garantias a determinadas relações jurídicas, isto é, para tutelar o interesse social, facilitando a prova, diminuindo o arbítrio do juiz na apreciação das provas ou na decisão de certas questões de fato. (1949, p. 378, v. V).

As presunções legais, destarte, expandiram-se em razão da busca de uma estabilidade jurídica tida como uma exigência do cognominado interesse social. Se a presunção comum foi teorizada como alternativa viável ao enfrentamento de hipóteses fáticas de difícil solução, tendo em vista a inexistência da percepção direta do fato probando, restou normatizada com o objetivo cumulativo de regular a atuação do julgador no acertamento desses fatos.

Por conseqüência, a criação de textos legislativos acerca das presunções jurídicas traduziu o anseio de segurança, pressupostamente coletivo, que se impunha em face da atuação do julgador na análise de situações fáticas de difícil solução. O prévio regramento legal dos critérios admitidos para a apreciação da Prova pelo julgador representou uma técnica adotada em busca da restrição de seu arbítrio.

É justamente por isso que temos por adequada a lição expendida por Roman Arazi, de que *“Enquanto que nas presunções legais podemos reparar uma tendência que dura da prova tarifada, nas presunções judiciais se amplia o poder discricionário do juiz.”* (2005, tradução nossa).⁷⁸

Note-se, por oportuno, que, não obstante essa ampliação do poder discricionário do julgador, as presunções comuns não foram totalmente eliminadas com o advento das presunções legais. No Ordenamento Jurídico brasileiro, essas presunções encontram previsão legal atual no artigo 335 do Código de Processo Civil, o qual, segundo Moacyr Amaral Santos (1952, v. I), seguido por Cândido Rangel Dinamarco (2003, v. III), coloca-se em total consonância com o Sistema da Persuasão Racional quanto à apreciação da Prova, ao contrário do que ocorreria com as presunções legais.

Por isso, ainda hoje quer parecer persistirem os perigos decorrentes da construção de presunções jurídicas pelo julgador, facilmente identificáveis a partir do magistério de Cândido Rangel Dinamarco:

As presunções judiciais são inseridas no sistema do processo civil pelo art. 335 do CPC, que manda o juiz a decidir segundo suas *máximas de experiência* – que são a expressão da cultura dos juizes como intérpretes dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem. Atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles têm o dever de captar pelos sentidos e desenvolver no intelecto o significado dos fatos que os circundam na vida ordinária, para traduzir em decisões sensatas aquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhes transmitem. Na realidade da vida, e às vezes do cotidiano, há fatos que ordinariamente se sucedem a outros e, tanto quanto o homem da rua (Calamandrei), o juiz não deve estar alheio a essa percepção nem decidir como se a

⁷⁸ No original: “Mientras que en las presunciones legales podemos advertir un resabio de la prueba tasada, en las presunciones judiciales se amplia el poder discrecional del juez.” (ARAZI, 2005).

vida não fosse assim – sob pena de transformar o processo em uma *técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe* (Aliomar Baleeiro). (2003, p. 122, v. III).

Com o objetivo de minorar as conseqüências da ausência de vedação legal da utilização das presunções *hominis*, todavia, o Código Civil brasileiro dispõe, em seu artigo 230, que “*As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal*”, dispositivo o qual leva à insatisfação Cândido Rangel Dinamarco, ao argumento de que “*limita o poder de livre apreciação pelo juiz e põe em xeque a dimensão do disposto no art. 335 do CPC.*” (2003, p. 124, v. III).

A doutrina majoritária (COMOGLIO, 1999; MALUF, 1981; DINIZ, 2002, v. I; MONTEIRO, 1956, t. II; SANTOS, 1946), entretanto, seguindo regra prevista no artigo 1354 do Código Civil italiano, vem sustentando que, além da impossibilidade do estabelecimento de presunções comuns na hipótese contemplada pelo artigo 230 do Código Civil brasileiro, essas somente podem ser extraídas quando forem graves, precisas e concordantes.

Sobre os aspectos legal e doutrinário aludidos, pronunciou-se Francesco Carnelutti da seguinte forma:

b) O mesmo art. 1.354 diz que o juiz “*não deve admitir mais que presunções graves, precisas e concordantes*”. Isto não é um vínculo, mas uma advertência. A lei quer que o juiz seja cuidadoso na escolha das regras de experiência, que lhe sirvam para avaliação da prova crítica; que as presunções tenham de ser *graves e precisas* significa, precisamente, que deve ser séria e precisa a experiência com base na qual se deduz da presunção o fato por provar; que, ademais, devam ser *concordantes* significa que, no concurso das provas críticas (*supra*, n. 284), o juiz há de estar atento em discernir as presunções que se somam (*acumulação*; *idem*) das que se eliminam (*contraprova*; *idem*). O texto citado tem presente a hipótese normal de *concurso de provas críticas*; mas não exclui que possa bastar uma única presunção para convencer o juiz, contanto que esteja provida dos requisitos da gravidade e da precisão, e sempre que a experiência permita deduzir dela com suficiente segurança o fato por provar (*supra*, n. 296).

c) O juiz não pode se servir das presunções, se bem que se deixem à sua apreciação, nos casos em que não se admite a prova das testemunhas (*supra*, n. 313); a inverossimilhança engendrada pela falta do documento é suficiente para excluir tanto a prova testemunhal quanto a prova crítica. (1944, p. 538 a 539, v. II, tradução nossa).⁷⁹

⁷⁹ No original: “b) El mismo art. 1354 dice que el juez ‘no debe admitir más que presunciones *graves, precisas e concordantes*’. Esto no es un vínculo, sino una advertencia. La ley quiere que el juez sea cauto en la elección de las reglas de experiencia, que le sirvan para la valoración de la prueba crítica; que las presunciones hayan de ser *graves y precisas* significa, precisamente, que debe ser seria e precisa la experiencia a base de la qual se deduce de la presunción el hecho a probar; que,

Do que foi exposto, vê-se que, embora as presunções jurídicas tenham sido legisladas com a finalidade de gerar previsibilidade decisória quanto a questões de fato de difícil solução, cumprem esse escopo somente em algumas hipóteses, expressamente previstas no direito positivado por via legislativa. Nas hipóteses não previstas expressamente na legislação, a adoção das presunções comuns vem sendo livremente permitida, sujeitando-se tão somente à limitação disposta no artigo 230 do Código Civil brasileiro, e à orientação constante do artigo 1354 do Código Civil italiano, que, no Brasil, consiste em apontamento doutrinário; quanto a ambos os aspectos, ainda assim, como também vimos, recaem reservas de acatamento.

Seja como for, esclarece Sérgio Carlos Covello, que *“a presunção legal só se aplica ao fato que expressamente se refere, recusando toda e qualquer interpretação extensiva ou analógica”*. (1983, p. 109). Para o autor, com base em Mattiolo,

os argumentos que se possam extrair da lei criadora de uma presunção legal poderão somente constituir presunções comuns, porque admitir a aplicação dela a outros fatos que não os previstos na norma seria o mesmo que criar uma nova presunção. Como não é dado ao magistrado criar a lei, a presunção que ele extraia com base em argumentos inspirados em presunção legal só pode ser presunção comum. (COVELLO, 1983, p. 109).

A despeito disso, a identificação das presunções jurídicas no texto legal já se caracteriza, por si só, como um ato complexo. Pretendendo simplificar esse ato, registra Moacyr Amaral Santos que:

[...] de ordinário a lei, que as prevê, para melhor caracterizá-las usa do vocábulo *“presunção”* ou do verbo *“presumir”*. É o que se verifica no direito brasileiro.

Outras vezes, a lei aplica expressões sinônimas a essas, tais sejam – *“induzem-se”, “entende-se”, “consideram-se”, “reputa-se”*. Mas nada obsta se não valha o legislador de quaisquer dessas expressões para que a lei haja estabelecido uma presunção. (1949, p. 381, v. V).

De outra face, nem sempre a utilização de uma dessas expressões certifica a existência de uma presunção legal, seja ela absoluta, seja ela relativa. Embora as expressões referidas indiquem a possibilidade de que uma presunção jurídica esteja legalmente prevista, será somente pela análise

además, deban ser *concordantes* significa que en el concurso de las pruebas críticas (*supra*, núm. 254) el juez ha de estar atento a discernir las presunciones que se suman (*acumulación*; id.) de las que se eliminan (*contrapueba*, id.). El texto citado tiene presente a hipótese normal de *concurso de pruebas críticas*; pero no excluye que pueda bastar una presunción sola para convencer al juez, con tal que esté provista de los requisitos de la gravedad y de la precisión, y siempre que la experiencia permita deducir de ella con suficiente seguridad el hecho a probar (*supra*, núm. 296). c) El juez no puede servirse de las presunciones, aunque se dejen a su apreciación, en los casos en que no se admite la prueba de testigos (*supra*, num. 313); la inverosimilitud engendrada por la falta del documento es suficiente para excluir lo mismo la prueba testimonial que la prueba crítica.” (CARNELUTTI, 1944, p. 538 a 539, v. II).

minuciosa da norma haurida do texto legal que será possível identificá-la ou não.

Essa análise, por oportuno, passa pela identificação de um aspecto, em especial, dentre aqueles já estudados no conceito de presunção jurídica: a probabilidade de verdade do fato que se presume. Tendo em vista que a presunção legal também se baseia no que ordinariamente acontece em eventos semelhantes, e não no que sempre ocorre, apresenta-se como uma conclusão antecipada, mas provisória, estabelecida pela lei sobre um fato, que poderá persistir ou ser invalidada.

Por corolário, a presunção legal perdura enquanto não se fizer afastada, sendo *“da essência da presunção admitir prova em contrário, pois se assim não fosse ela se equipararia a qualquer outra norma que se impõe desde logo como absoluta.”* (COVELLO, 1983, p. 71).

Justamente a partir dessa afirmação, aliás, é que se questiona o enquadramento das presunções legais absolutas no próprio conceito de presunção jurídica. Isto porque as presunções legais absolutas não admitem a possibilidade de seu afastamento por *“Prova contrária”*,⁸⁰ convertendo o fato provavelmente verdadeiro em fato definitivamente certo. Consoante elucida Tereza Ancona Lopez de Magalhães, nas presunções absolutas, o *“indicativo-hipotético transforma-se em imperativo-categórico.”* (1977, p. 376). Neste sentido, também são lições de Afonso Fraga e Raphael I Cirigliano, citadas por Sérgio Carlos Covello da seguinte forma:

Se - diz [Afonso Fraga] – é princípio corrente em direito e admitido em todos os tempos por todos os juristas que em relação ao que é claro não é admissível presunção alguma, *in rebus claris locum non invenit praesumptio* (Klock, Stryk), e se os casos denominados de presunções *iuris et de iure* são definidos pela lei como preceitos certos e indiscutíveis ou claros tanto que excluem prova em contrário, segue-se que de fato não são presunções e sim normas positivas do direito.

Cirigliano expende o seguinte parecer: *“A espécie juris et de jure como presunção é justamente combatida. Não são presunções ou conjecturas que se encadeiam mas fato a que a lei estabelece erga omnes como verdade incontestada. Presunção, em tal caso, houve somente do legislador: do fato de que a maioria dos julgados exprime a verdade, concluiu ele que estes constituem sempre uma prova da verdade que afirmam. E converteu essa presunção em sua verdade com força de lei [...].”* (1983, p. 64).

⁸⁰ Sobre a interpretação sugerida para essa regra, esclarece Moacyr Amaral Santos: *“Cumprir observar que a faculdade da parte, a quem se opõe uma presunção, poder oferecer prova contrária à do fato em que se funda a presunção, lhe é assegurada tanto no caso de presunções condicionais como no de presunções absolutas. Quando se diz que a estas não se pode opôr qualquer prova, apenas se afirma que o fato presumido não admite prova contrária, ou, por outras palavras, que a verdade resultante de uma presunção legal é incontestável. Mas provar contra o fato base não é, de modo algum, provar contra uma presunção, mas tão somente corresponde a provar não tratar-se do caso previsto nessa presunção.”* (1949, p. 384, v. V).

Com base em idênticas razões, as presunções legais absolutas são freqüentemente consideradas “*definição legal de uma regra de direito*” (MONTEIRO, 1956, p. 533, t. II), “*disposições imperativas de lei*” (MARTINS, 1960, p. 72, v. III), “*preceitos imperativos de lei*” (SANTOS, 1949, p. 402, v. V), “*uma forma dada a preceitos jurídicos*” (SCIALOJA, 1954, p. 408, tradução nossa)⁸¹ ou, ainda, “*regras de direito material atributivas de conseqüências jurídicas*” (BONUMÁ, 1946, p. 418, v. II), mas não uma presunção legal, em seu sentido lógico-jurídico.

Conforme adverte Cândido Rangel Dinamarco,

Ao interferir na estrutura da disciplina jurídico-material de um instituto, a presunção absoluta somente produz o efeito de definir os fatos aptos a constituir, impedir, modificar ou extinguir direitos e obrigações. O reflexo que essa operação projeta sobre o objeto da prova é o mesmo que toda norma substancial projeta [...]. (2003, p. 125, v. III).

Assim também entendendo, registra Nicola Framarino dei Malatesta sobre as presunções legais absolutas que,

em probatória civil, se elas são admitidas, isto se deve mais à consideração do direito que à do fato: as provas *juris et de jure*, no cível, têm a sua razão de ser, não tanto na sua eficácia probatória real e substancial, quanto nos motivos sociais que aconselham dar a elas um valor absoluto. (1995, p. 287, v. I).

Destarte, antes de representar o acolhimento de uma verdade provável sobre um fato, sujeita a uma condição resolutive que uma vez verificada a elidiria, a presunção legal absoluta se caracteriza como uma norma legal que impõe certeza definitiva a um fato desconhecido, incerto. Conforme anuncia Nicola Framarino dei Malatesta (1995), a certeza a que se menciona, todavia, somente é imposta em hipóteses excepcionais fundadas em uma cognominada ordem pública, a qual seria alcançada pela somatória das pretensas utilidades sociais decorrentes do estabelecimento da vedação de admissibilidade do afastamento da presunção legal.⁸²

Como registra Washington de Barros Monteiro, na presunção legal absoluta existe, quanto ao fato desconhecido, “*um interesse de ordem pública em que seja tido pro veritate, e impede apareça o interesse de ordem pública fundado na prova de que não é verdade.*” (2004, p. 303). É o entendimento também sustentado por Moacyr Amaral Santos, em escólio proferido na vigência do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, cuja aplicabilidade ainda se verifica na atualidade:

⁸¹ No original: “En efecto, no pasan de ser una forma dada a preceptos jurídicos.” (SCIALOJA, 1954, p. 408).

⁸² Com base nesse entendimento, quer nos parecer equivocado o argumento suscitado por Alberto Ramirez Pizarro no sentido de que a presunção legal absoluta, por fundar-se em princípios científicos inquestionáveis, não poderia mesmo admitir o afastamento do fato presumido. (1986, p. 54 a 55).

Tenha-se presente que a regra é admissibilidade da prova contrária e a inadmissibilidade é a exceção (Código, art. 251).

Tenha-se também presente que a inadmissibilidade da prova contrária se dá tão somente naqueles poucos casos em que a lei considera indispensável, por motivo de ordem pública ou de interesse coletivo, que o fato, ou a relação jurídica, a que se refere a presunção, seja assegurado contra a instabilidade resultante das provas morais. A lei entende necessário prevenir, de modo absoluto, a insegurança relativamente à situação jurídica de que cogita, e conseqüentemente, estabelece a certeza absoluta do fato ou da relação jurídica.

.....

(omissis)

Claríssimo é o pensamento de CÂMARA LEAL - “em caso de dúvida, o melhor critério será perquirir o motivo que levou o legislador a estabelecer a presunção e verificar se ela obedeceu a uma razão de ordem pública ou de interesse coletivo, ou se teve por fim assegurar a estabilidade de uma relação de ordem geral, para, em qualquer desses casos, ou em outros da mesma relevância, concluir pelo caráter absoluto da presunção”. (1949, p. 420, v. V).

Por todo o exposto, salienta Carlo Lessona (1942, v. V) que a locução presunção *juris et de jure* pode ser conservada para indicar a sua evolução até o momento em que alcance o *status* de disposição legal ou para indicar a incerteza havida antes de se criar essa disposição; poderá, outrossim, conservar-se para justificar a disposição legal com um nome que explique seu fundamento lógico e experimental. No entanto, equiparar a presunção legal absoluta a uma presunção jurídica legislada representa um indubitoso equívoco teórico, cuja divulgação seria atribuída, sobretudo, a Robert Joseph Pothier.

É que o civilista francês expôs, em seu clássico Tratado das Obrigações, um conceito de presunção legal absoluta que teria se baseado numa interpretação acrítica dos textos romanos de autoria de Menochio (ou Menochius, diríamos) e Alciato, e que acabou integrando não só o Código Civil francês, como várias codificações que lhe seguiram.⁸³

A imprecisão do conceito teorizado por Robert Joseph Pothier foi explanada por Carlo Lessona nos seguintes termos:

Pothier, pelo contrário, foi menos feliz, seja por ter reproduzido a doutrina antiga, seja por tê-la explicado com exemplos inadequados.

⁸³ O conceito de presunção absoluta teorizado por Robert Joseph Pothier foi assim enunciado: “As presunções *juris et de jure* são aquelas que fazem prova tão forte que excluem toda outra prova do contrário. Alciato define a presunção *juris et de jure* deste modo: *Est dispositio legis aliquid praesumentis, et super praesumptio tamquam sibi comperto statuentis*. Ela é – diz Menoch (Tract. de praesumpt., L. 1ª, q. 3) chamada *praesumptio juris*, porque a *lege interducta est*; *et de jure*, porque *super toti praesumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate*.” (2001, p. 720).

Reproduz esse a definição de Alciato e de Menochio, sem advertir que, na definição do primeiro, as palavras *dispositio* e *estatuere* contradizem o significado lógico da presunção, e que, na do segundo, o conceito que a lei *inducit firmum ius* não significa mais presumir, mas simplesmente estatuir. (1942, p. 240, v. V, tradução nossa).⁸⁴

Assim esclarecido, é de se também notar que as presunções legais absolutas não se confundem com as ficções jurídicas, embora entre ambas exista um ponto de identidade: a impossibilidade de seu afastamento. Apesar disso, as presunções legais absolutas se distinguem das ficções de direito porque, enquanto naquelas o fato desconhecido e provavelmente verdadeiro é tido como legal e definitivamente certo, nessas, quanto a um fato desconhecido, “*a ordem jurídica, para atingir resultado conveniente, admite como verdadeiro o que é imaginário.*” (GOMES, 1974, p. 23 a 24).

Não discrepa desse entendimento Francesco Carnelutti, que assim se pronuncia acerca da distinção havida:

Se existe presunção, o legislador atribui a um fato as conseqüências jurídicas de outro porque, de acordo com a experiência, o primeiro fato é índice do segundo. Se existe ficção, o legislador atribui a um fato as conseqüências jurídicas de outro *apesar de que*, de acordo com a experiência, os dois fatos não tenham nada em comum. A presunção é o reconhecimento de *equivalência natural* de duas ordens de fatos; a ficção é atribuição de *equivalência jurídica*. (CARNELUTTI, 1944, p. 543, v. II, tradução nossa).⁸⁵

Em idêntico sentido é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, o qual, em ensaio que denominou *As Presunções e a Prova*, assevera:

Realmente: [...] a ficção implica, muito ao contrário, não só que o legislador se abstenha de ver o fato como provavelmente ocorrido, mas que se ache até consciente de que a *verdade é o oposto*, quer dizer, admita que o fato não se *haja verificado* – para em seguida,

⁸⁴ No original: “Pothier, por el contrario, ha sido menos feliz, ya por haber reproducido la doctrina antigua, ya por haberla explicado con ejemplos inadecuados. Reproduce este la definicion de Alciato y de Menochio, sin advertir que en la defición del primero las palabras *dispositio* y *estatuere* contradicen el significado lógico de la presunción, y que en la del segundo el concepto que la ley *inducit firmum ius* no significa más que presumir, mas no estatuir.” (LESSONA, 1942, p. 240, v. V).

⁸⁵ No original: “Si hay presunción, el legislador atribuyie a un hecho las consecuencias jurídicas de otro porque, según la experiencia, el primer hecho es índice del segundo. Si hay ficción, el legislador atribuye a un hecho las consecuencias jurídicas de otro *a pesar de que*, según la experiencia, los dos hechos no tengan nada de común. La presunción es reconocimiento de *equivalencia jurídica* de dos órdenes de hechos; la ficción, es atribución de *equivalencia jurídica*.” (CARNELUTTI, 1944, p. 543, v. II).

apesar disso, determinar que se produzam os mesmos efeitos que se produziriam se o fato *fosse verdadeiro*. Atribui-se, destarte, ao esquema *não-a* eficácia igual à normalmente atribuída ao esquema *a*. Esse traço essencial – equiparação de efeitos quanto a diferentes esquemas de fato – é que legitima a aproximação, ao ângulo normativo, das figuras da presunção absoluta e da ficção jurídica: são semelhantes os resultados práticos que o legislador consegue, recorrendo a um ou a outro expediente técnico. Em última análise, a distinção tem apenas valor teórico. (1988, p. 65).

As presunções legais relativas, a seu turno, além de não se confundirem com as ficções jurídicas – assim como se dá com as presunções legais absolutas -, acolhem todos os aspectos conceituais de uma presunção jurídica, notadamente a possibilidade de seu afastamento por aquele contra quem se aplica, que poderá se concretizar pela utilização de todos os meios de Prova previstos em lei, conforme explicita Carlo Lessona (1942, v. V).

Em síntese, pois, as presunções legais relativas consistem em um legalmente previsto “*convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo*” (COVELLO, 1983, p. 19) que, conforme explicita Francesco Carnelutti (1944, v. II), não traga em si uma destinação probatória específica e relacionada ao fato desconhecido.

Como já nos pronunciamos sobre os aspectos principais desse conceito, nossa abordagem sobre essas presunções que são majoritariamente apontadas como a única espécie de presunção legal existente, restringir-se-á, neste capítulo, à identificação de suas correlações teóricas com a Prova. É o que se fará a seguir.

3.5. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E A PROVA NA INFRA-CONSTITUCIONALIDADE

Com o objetivo de esclarecer serem ou não Prova as presunções jurídicas, dentre as quais se inserem as presunções legais relativas, é de se notar, de início, que a doutrina especializada nos apresenta cinco teorias. As teorias a que se faz alusão foram sistematizadas e sintetizadas por Carlo Lessona (1942, v. V), em obra que nos servirá de referência para a exposição que se pretende realizar.

Tendo em vista que, conforme anunciamos no segundo capítulo da pesquisa ora desenvolvida, a Prova vem tradicionalmente recebendo conceituação variável de atividade, meio e resultado, desde já se informa que, pelo que nos deixam transparecer, as cinco teorias aqui mencionadas se referem à Prova como meio que tende para determinado resultado quanto à matéria de fato debatida.

Esclarecido isso, é de se registrar que, segundo os canonistas Santi e De Luca Mar, seguindo as lições de Durantou, a presunção legal relativa não se confundiria com a Prova, mas é seu sucedâneo. Desta maneira, a presunção legal relativa se destinaria tão somente a substituir a Prova, nos casos expressamente previstos em lei.

Para Colmet de Santerre, Moulou, Huc e Garsonnet, a presunção legal relativa distingue-se da Prova em razão de que a essa sempre tem por base uma declaração escrita ou oral do homem, ao contrário da presunção legal relativa, que tem por fundamento um fato diverso dessa declaração.

Consoante Demante e Ferrini, aos quais acrescentaríamos Francesco Carnelutti (1944, v. II), a presunção legal relativa distingue-se da Prova porque, enquanto essa é destinada a estabelecer a verdade de um fato, a presunção legal relativa consiste em uma consequência que se deduz de um fato não destinado a estabelecer a verdade de outro fato.

Conforme Glück, Toullier-Duvergier, Marcadé e Laurent, a presunção legal relativa distingue-se da Prova pelo resultado produzido por cada uma delas. Se a Prova oferece certeza, a presunção legal relativa oferece somente probabilidade. Por fim, Pothier, Malatesta, Ramponi, Bonnier, Planiol e o próprio Lessona dizem distinguirem-se Prova e presunção legal relativa pelo modo em que fica, em cada delas, estabelecida a verdade dos fatos discutidos: a Prova estabelece imediatamente a verdade dos fatos discutidos; a presunção

legal relativa estabelece a verdade dos fatos discutidos a partir de outros fatos já provados.

Não obstante seja possível identificar importantes argumentos à fundamentação da distinção existente entre a presunção legal relativa e a Prova, aduz Carlo Lessona (1942, v. V) que todas as teorias a que brevemente se discorreu não lograram afastar o caráter probatório que apresentam as presunções legais relativas.

Nesse sentido, também é o entendimento de Moacyr Amaral Santos, que se pronuncia sobre cada uma das teorias exibidas por Carlo Lessona da seguinte forma, respectivamente:

Sucedâneo ou substitutivo de prova, o certo é que a presunção, quando aplicada, exerce função probatória. Será uma prova de roupagens diversas das provas em geral, o que não se nega.

.....
(omissis).....

Também a presunção em última análise, vai encontrar sua base num testemunho ou num escrito, uma vez que o fato conhecido, do qual resulta o desconhecido, deverá necessariamente estar provado, o que vale dizer que deverá constar de uma declaração oral ou escrita do homem.

.....
(omissis).....

Na verdade, documentos e testemunhas têm por função a de servir de prova do fato probando; diversamente, na presunção, o fato desconhecido, no qual a presunção assenta, não têm função probatória senão acidentalmente. Aliás essa distinção mais ressalta quando se comparam presunções e provas por contrasenha. Mas daí será de concluir-se que a presunção não é prova? Ou, apenas, será de dizer-se que os vários gêneros de prova se distinguem uns dos outros por características especiais?

.....
(omissis).....

Com efeito, a presunção estabelece probabilidade, maior ou menor, quanto à existência ou inexistência do fato probando. Trata-se, todavia, de probabilidade que pode gerar convicção, desde que lhe não haja sido oposta prova em contrário. (1949, p. 369 a 370, v. V).

Assim é que, para Moacyr Amaral Santos, é adequado sustentar que a presunção legal relativa é Prova, aqui entendida, repita-se, como meio de Prova.⁸⁶

Apesar da diversidade dos expedientes utilizados à percepção do fato probando a que faz alusão a última das teorias, diz o tratadista que “a prova

⁸⁶ Nesse sentido, confira também o disposto no artigo 212, IV, do Código Civil brasileiro.

propriamente dita e as presunções são instrumentos de verificação dos fatos”. (1949, p. 373, v. V).

É o que se lê também do magistério de Robert Joseph Pothier, que assim se enunciou:

A presunção difere da prova, propriamente dita; esta dá fé diretamente e por si mesma de uma coisa; a presunção dá fé por uma consequência tirada de outra coisa. Isso será esclarecido por exemplos. A fé que dá uma quitação, sobre o pagamento de uma dívida, é uma *prova literal* do pagamento dessa dívida; a fé que dão os depoimentos das testemunhas que viram o credor receber do seu devedor a quantia que lhe era devida é uma *prova vocal*, porque a quitação e esses depoimentos das testemunhas dão fé por si mesmos e diretamente desse pagamento. Mas a fé que as quitacoes dos três anos últimos de um foro dão do pagamento dos foros dos antecedentes é uma *presunção*, porque não é por si mesmas e diretamente que essas quitacoes dão fé disso, mas, como uma consequência que a lei tira do pagamento dos três últimos anos, de que os precedentes foram pagos, essa consequência é fundada em ser comum pagar os foros antigos antes que os novos. (2001, p. 719).

Não é outro o posicionamento de Sérgio Carlos Covello:

O alvo da prova é a verdade. E a esta se chega por dois modos: *diretamente*, com o só concurso dos sentidos, e, *indiretamente*, mediante a reflexão. No primeiro caso, o fato probando é apresentado ou representado ao juiz por meio do documento, da testemunha, da perícia etc. No segundo caso, o fato não é apresentado nem representado, pois o que se subministra ao julgador é um outro fato, não destinado a fazer prova, mas que se relaciona com o fato probando, de tal sorte que a sua existência leva à conclusão da existência do fato desconhecido. (1983, p. 46).

E continua afirmando, em consonância com a doutrina majoritária acerca do assunto:⁸⁷

A presunção é prova indireta, sem dúvida. Mas não deixa de ser prova. Por ela, o intelecto chega à verdade por meio de um fato conhecido, que guarda relação com o fato probando. É, portanto, resultado de um processo lógico. (1983, p. 46).

⁸⁷ Conforme Moacyr Amaral Santos, o caráter probatório das presunções legais relativas é reconhecido pela “generalidade dos escritores, mesmo dentre os que assinalam diferenças entre elas e as provas propriamente ditas. Incluem-nas entre as provas *indiretas*, pelos antigos chamadas *artificiais*, em contraposição às provas *diretas*, ou *inartificiais*. Chamem-nas *provas por presunções*, ou apenas *presunções* e em contraposição às provas propriamente ditas, como JOÃO MONTEIRO; chamem-nas de *provas circunstanciais*, como BENTHAM e os ingleses em geral; incluam-nas entre as *provas críticas*, como CARNELUTTI, BETTI, REDENTI, BONUMÁ; qualifiquem-nas de *provas de segundo grau*, como GORPHE, - as presunções ostentam nítido caráter probatório e têm seu lugar na teoria da prova.” (1949, p. 374).

Quer parecer, no entanto, que, ao considerar a presunção legal relativa um meio indireto de Prova, Sérgio Carlos Covello incorre em um paradoxo incontornável. Se, como vimos, para esse autor, a presunção legal relativa consiste em um legalmente determinado “*convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo*” (1983, p. 19), não pode ser, ao mesmo tempo, por total ilogicidade, um meio tendente à determinação desse convencimento.⁸⁸

Seja como for, sustentando serem ou não as presunções legais relativas um meio indireto de Prova, grande parte dos autores afirma que essas têm por efeito característico influenciar sobre o ônus da Prova.⁸⁹ Essa influência se daria, inicialmente, pela dispensa do ônus de provar o fato cuja verdade provável é antecipada pela lei - a aproveitar àquele que se favorece da presunção legal relativa -, seguida da atribuição do ônus de afastar a presunção legal por aquele que por essa é desfavorecido.

Conforme doutrina majoritária (SANTOS, 1949, v. V; COVELLO, 1983; MALUF, 1981; CAMBI, 2006; MAGALHÃES, 1977), essa influência sobre o ônus da Prova é denominada inversão do ônus da Prova, como se vê do escólio de Glück, citado por Moacyr Amaral Santos:

A disposição da lei prescreve: “a presume-se igual a b, salvo prova contrária”. Isto significa que quem tem interesse na prova de b é exonerado de tal prova porque faz a prova de a (pressuposto da presunção): de a deverá o juiz, necessariamente, concluir pela existência de b, independentemente da sua existência real, a menos que se prove, por quem nisso tenha interesse, a inexistência de b. Como se vê, há, na presunção relativa, uma liberação parcial da prova em favor da parte interessada em fornecê-la, e, de outro lado, um verdadeiro ônus da prova contrário a cargo de quem de outro modo não seria interessado em produzi-la. Pode-se, pois, com acerto, falar-se aqui de inversão do ônus da prova: eu deveria provar a *existência* de b e dessa prova sou dispensado; o meu adversário não deveria provar a *inexistência* de b e, no entanto, tal prova lhe é imposta visto que, de outro modo, admitindo-se como verdadeira a existência de b, a lide seria decidida *contra* o meu adversário e a meu favor. (1949, p. 391, v. V).

Quer nos parecer, contudo, não se tratar de uma inversão a influência exercida pelas presunções legais relativas sobre o ônus da Prova. Seguindo lição de Hernando Devís Echandía (1988, t. I), entendemos que a norma haurida

⁸⁸ Como anunciamos em nota anterior, continuaremos a testificação da tradicional vinculação entre presunção legal relativa e Prova indireta no último capítulo dessa Dissertação.

⁸⁹ Sobre o conceito de ônus da Prova, confira, em especial, a lição de Hernando Devís Echandía: “Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis.” (1988, p. 420 a 421, t. I, tradução nossa). No original: “Un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos e adoptar cierta conduta prevista en la norma para beneficio y en interes propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista outro sujeto que tenga el derecho a exigir su observância, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.” (1988, p. 420 a 421, t. I).

Para um estudo aprofundado sobre o tema, no Direito Processual Civil, confira a obra **O ônus da prova no Direito Processual Civil**, de autoria de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2001).

do texto legal que prevê a presunção relativa não transfere, ao desfavorecido por essa presunção, o ônus de provar o fato cuja verdade provável é imposta pela lei. Ao contrário disso, para o desfavorecido pela presunção legal relativa, persiste o ônus da Prova de contrariar o fato legalmente tido por provavelmente verdadeiro.

A despeito disso, é de se notar, ainda, sobre a admissão da inversão como a influência exercida pelas presunções legais relativas sobre o ônus da Prova, a advertência oferecida por José Carlos Barbosa Moreira, assim apresentada:

Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em *inversão* do *onus probandi*. 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. Isto é: pode acontecer que o ônus houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem desaproveita. É claro que a importância da presunção legal avulta 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 a distribuição do ônus da prova: as normas que as consagram são, isso sim, normas *especiais*, que prevalecem sobre a geral, sem necessariamente contradizê-la *in concreto*. (1988, p. 60 a 61).

Para nós, as presunções legais relativas importariam em supressão do ônus de provar o fato desconhecido, incerto, por aqueles que delas se beneficiam. Essa supressão, porém, não deve ser estendida ao indício que, conforme já nos pronunciamos, é o fato em que se assenta a presunção legal relativa.

Aderimos, pois, ao entendimento de Carlo Lessona, que se posicionou acerca das presunções legais relativas da seguinte maneira:

[...] quem invoca a presunção legal não deve provar o fato que está presumido pela lei.

.....
(*omissis*).....

Quem invoca a presunção legal deve provar que existem os fatos sobre os quais a lei funda a presunção. (1942, p. 171, v.V, tradução nossa).⁹⁰

⁹⁰ No original: “[...] quien invoca la presunción legal no debe probar el hecho que esta presumido por la ley. [...] Quien invoca la presunción legal, debe probar que existen los hechos sobre los que la ley funda la presunción.” (LESSONA, p. 171, v. V).

Destarte, e tendo em vista que, como afirmamos em capítulo anterior, a Prova também é conceituada como ato ou atividade, nesse sentido, e em nosso entender, as presunções legais relativas se apresentariam como conclusões determinativas da dispensa da Prova concernente ao fato desconhecido, incerto, cuja verdade provável já foi obtida a partir do indício.⁹¹

Por fim, no tocante à identidade conceitual entre as presunções legais relativas e o resultado probatório – terceiro significado usualmente conferido à Prova -, nada identificamos dos estudos que realizamos que nos levasse a isso sugerir. As implicações teóricas existentes entre os conceitos de presunção legal relativa e Prova quer nos parecer se restringirem a já mencionada vinculação entre a presunção legal relativa e a tarifação da apreciação da Prova pelo julgador.

De toda forma, é importante frisar que todas essas considerações expendidas sobre as correlações havidas entre as presunções legais relativas e a Prova, seja essa entendida como atividade, como meio ou como resultado, foram encaminhadas na perspectiva da infra-constitucionalidade, da qual, aliás, os autores estudados não se afastam.

Resta-nos analisar, agora, quais seriam as implicações teóricas existentes entre as presunções legais relativas e a Prova, a partir da constitucionalidade brasileira, das quais pretendemos extrair uma hipótese para o problema que suscitamos na introdução da pesquisa ora desenvolvida.

O quarto capítulo dessa Dissertação será encaminhado no intuito de cumprir esses objetivos.

⁹¹ Nesse sentido, confira também o disposto no artigo 334, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro.

4. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E O CONTRADITÓRIO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os estudos realizados nos segundo e terceiro capítulos da pesquisa ora desenvolvida nos apontam a abordagem da dogmática jurídica acerca da Prova, das presunções legais relativas, e também das correlações teóricas existentes entre ambas, a partir da infra-constitucionalidade.

O primeiro capítulo dessa Dissertação, a seu turno, foi sinalizador de uma mudança paradigmática ocorrida no Ordenamento Jurídico brasileiro, em 1988, pela adoção expressa do Estado Democrático de Direito, que, na condição de *“teoria no sentido lato”* (DOMINGUES, 2004, p. 52), afirmou-se, desde então, como um novo referencial interpretativo do direito.

Por consequência, a partir da positivação, por via legislativa, desse paradigma jurídico-constitucional, erige-se necessária uma reanálise dos temas da Prova e das presunções legais relativas para que possamos verificar se, em uma perspectiva constitucional, confirmam-se as conclusões parciais por nós apresentadas sobre as correlações teóricas havidas entre essas. A revisitação temática impõe-se como necessária, ainda, porque, como já afirmamos, a partir dela é que poderemos testificar as presunções legais relativas pelo marco teórico do Estado Democrático de Direito e, assim, encaminhar uma hipótese ao problema que enunciaremos.

4.1. O PROCESSO E A PROVA NO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Depreende-se dos estudos realizados no primeiro capítulo da Dissertação que, para cumprir o objetivo de eliminar os déficits de legitimidade decisória havidos nos âmbitos da produção e da aplicação do direito nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social, o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito apresenta os direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e livres de coerção, como normas que lhe são essenciais.

Não obstante isso, não identificamos, de modo inequívoco, a partir dos estudos desenvolvidos por Jürgen Habermas – autor que, repita-se, apresentou contornos mais nítidos para o paradigma que denomina procedimental -, as prescrições jurídicas que deverão viabilizar referidas participação e fiscalização na co-autoria das decisões as quais, nos âmbitos da produção e da aplicação do direito, deveriam representar o melhor argumento suscitado no discurso desenvolvido no *“procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões.”* (HABERMAS, 2004, p. 286).

É possível identificar da Teoria Procedimental da Democracia, no entanto, em pontos esparsos, importantes remissões ao que denomina Jürgen Habermas condições e direitos processuais, os quais estariam diretamente coligados à legitimidade decisória nos âmbitos da produção e da aplicação do direito.

Assim é que, no âmbito da produção do direito, Jürgen Habermas assevera que *“Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito.”* (2003, p. 326, v. I). No âmbito da aplicação do direito, afirma que a interação entre a forma jurídica e o princípio do discurso propiciaria a introdução, *in abstracto*, de *“Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual”*. (2003, p. 159, v. I).

Sobre o âmbito da aplicação do direito, Jürgen Habermas registra, outrossim, como já havíamos antecipado no primeiro capítulo dessa pesquisa, que:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. (2003, p. 274, v. I).

De conseguinte, Jürgen Habermas (2003, v. I) deixa entrever que caberia às condições e aos direitos processuais viabilizar a participação e a fiscalização dos destinatários decisórios na construção dessas mesmas decisões, nos âmbitos da produção e da aplicação do direito, embora não teorize detalhada e explicitamente quais seriam essas condições e esses direitos processuais, bem como de que forma vinculariam os participantes dos discursos que deveriam se desenvolver livres de coerção.

Destarte, embora nos pareçam relevantes os ganhos teóricos proporcionados pela abordagem Procedimental da Democracia, a ausência da explicitação dos aspectos ora indicados motiva-nos acolher uma teoria que lhe seja suplementar e que nos ofereça respostas satisfatórias quanto aos critérios jurídicos demarcatórios da participação e da fiscalização dos co-autores e, também destinatários, das decisões nos âmbitos da produção e da aplicação do direito.

Na área do Direito Processual, quer nos parecer que, após realizada a testificação das teorias já formuladas pelo critério dedutivo-eliminacionista proposto por Karl Raimund Popper (2004), somente a Teoria Neo-Institucionalista se apresenta resistente e apta a responder, na atualidade, como seria possível obter o que Jürgen Habermas denomina melhor argumento, a partir da participação e da fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerção em um procedimento.⁹²

⁹² Em razão dos estreitos limites da pesquisa ora desenvolvida, deixamos de listar os motivos encaminhadores da insuficiência paradigmática das Teorias do Processo como Contrato, Processo

Evitando-se entendimentos discrepantes acerca do vocábulo instituição, que integra o nome da teoria apresentada por Rosemiro Pereira Leal, porém, desde já se torna oportuno o esclarecimento por esse prestado:

Como já dissemos, a palavra instituição em nossa teoria não tem o significado que lhe deram Hauriou e Guasp, ou que lhe possam dar os cientistas sociais e econômicos antigos ou modernos. É que instituição não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou economia. Recebe em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos e aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo [...]. (2005a, p. 99 a 100).

Assim consignado, é de se notar que a Teoria Neo-Institucionalista se coloca em busca incessante de uma Sociedade Aberta,⁹³ conectando-se irrestritamente com a soberania popular para erigir o Processo à condição de referente jurídico-discursivo oferecedor da legitimidade decisória nos âmbitos da produção e da aplicação do direito, pela participação e pela fiscalização endoprocédimental incondicionada do povo,⁹⁴ através dos princípios⁹⁵ do Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa que o definem estruturalmente.

É o que se lê do magistério do teorizador neo-institucionalista, que conceitua o Processo como uma

instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. Estes princípios, que são integrantes conceituais do processo nessa concepção, assumem, nas comunidades constitucionalmente implantadas, caráter jurídico-instrumental de tornarem irrestrito o direito-de-ação à fiscalidade processual, popular e incessante, dos direitos fundamentais assegurados. (LEAL, 2002, p. 178 a 179).

Dessa maneira, registra o autor que é

Claro que princípios constitucionais do Processo não são meros princípios procedimentais criados a esmo pela Constituição, mas princípios e institutos do Processo constitucionalmente construídos e

como Quase-Contrato, Processo como Relação Jurídica, Processo como Situação Jurídica, Processo como Instituição, Processo como Procedimento em Contraditório e Modelo Constitucional do Processo. Uma abordagem pormenorizada do assunto, contudo, vê-se em obras de autoria de Rosemiro Pereira Leal (2005a; 2002) e de Andréa Alves de Almeida (2005), em especial.

⁹³ Para identificação de alguns óbices à Sociedade Aberta, confira obra **A sociedade aberta e seus inimigos**, de autoria de Karl Raimund Popper. (1987, 2 v).

⁹⁴ Explicitando a diversidade de acepções que recebe o vocábulo povo, é importante o estudo realizado por Friedrich Müller: **Quem é o povo?** - a questão fundamental da democracia (2003).

⁹⁵ Informa-se, por oportuno, que, para nós, os princípios constitucionais do Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa erigem-se como espécies do gênero normas jurídicas, apresentando, portanto, caráter vinculante. Para uma abordagem pormenorizada sobre a importância dos princípios constitucionais para a interpretação do direito nos denominados jusnaturalismo, positivismo jurídico e pós-positivismo, confira, em especial, a obra **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, de autoria de André Cordeiro Leal (2002).

unificados, que, por suas garantias, teórica e juridicamente paradigmáticas, asseguram o exercício pleno da cidadania [...]. A *cidadania*, como direito-garantia fundamental constitucionalizada (*sic*), só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e na reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo. (LEAL, 2005a, p. 53).

Sobre a matéria, aliás, não é outro o entendimento de José Alfredo de Oliveira Baracho, o qual, em obra especializada, enuncia que, na contemporaneidade, *“A cidadania, para sua efetivação plena, demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo”* (1995, p. 09), não mais se esgotando, em sua nova concepção, *“apenas na clássica participação política, através dos instrumentos criados pela democracia representativa e pela democracia direta”* (1995, p. v).

Partindo-se dos conteúdos lógico-jurídicos da Teoria Neo-Institucionalista, parece-nos que o Processo se apresenta como uma instituição jurídica integrante do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, ao possibilitar, pelos seus princípios estruturais (Contraditório, Isonomia e Ampla Defesa), a previsibilidade decisória que advirá dos critérios constitucionalmente estabelecidos para demarcação dos discursos da produção e da aplicação do direito. Ao contrário do que faz a Teoria Procedimental da Democracia, a Teoria Neo-Institucionalista do Processo aponta, explicitamente, quais seriam as normas que viabilizariam a participação e a fiscalização dos co-autores e, também destinatários, das decisões nos âmbitos da produção e da aplicação do direito.

Ademais, ratificando a integração do Processo no próprio conceito de Estado Democrático de Direito, a Teoria Neo-Institucionalista do Processo também aponta a forma pela qual referidas normas vinculariam os participantes dos discursos que deveriam se desenvolver livres de coerção, ao conceituar, em síntese, o

contraditório como oportunidade legal de produzir ou não produzir argumentos jurídicos na construção estrutural dos procedimentos, bem assim a *isonomia* como princípio de igualdade, para as partes, do tempo de realização estrutural do procedimento e a *ampla defesa* como direito ao contraditório em tempo isonômico indistintamente para todos. (LEAL, 2002, p. 180)

Daí, como direitos essenciais ao paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, o Contraditório, a Isonomia e a Ampla Defesa é que possibilitarão a clarificação discursiva das questões de direito e de fato a que faz menção Jürgen Habermas (2003, v. I) quando se pronuncia sobre a legitimidade decisória no âmbito da aplicação normativa.

Assim se considerando, a partir da positivação, por via legislativa, do paradigma jurídico-constitucional ora referido, quer nos parecer arcaico o encaminhamento que se vem oferecendo à Prova na dogmática jurídica, porque, em sendo tradicionalmente conceituada como atividade, meio ou resultado atrelados à verdade, certeza, probabilidade e verossimilhança dos fatos, as quais se destinariam exclusivamente ao julgador, a quem caberia apreciá-la de acordo com os critérios legalmente estipulados pelos Sistemas de avaliação probatória da Prova Legal, da Livre Convicção ou da Persuasão Racional, conforme o Ordenamento Jurídico, deixa de considerar a imprescindibilidade do Processo para fixação endoprocudimental desses mesmos fatos.

Por consectário, para que se possa apresentar uma hipótese satisfatória ao problema que suscitamos acerca da compatibilidade ou não das presunções legais relativas com paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, torna-se indispensável que, antes, identifiquemos como a Prova se enuncia *“numa proposta democrática que suplica equacionamento técnico-jurídico pela garantia do devido processo constitucional.”* (LEAL, 2005b, p. 50).

Pretendendo cumprir esse objetivo, valemo-nos novamente da Teoria Neo-Institucionalista do Processo, a qual, propondo uma revisitação da temática da Prova a partir de uma *“passagem reflexiva pelos aspectos de sua configuração teórico-construtiva”* (LEAL, 2005b, p. 49 a 50), caracteriza-a como um instituto jurídico⁹⁶ que

enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) *indiciariedade* (caracterizada pelos elementos integrativos da realidade objetivada no ESPAÇO); b) *ideação* (exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos meios do pensar no TEMPO); c) *formalização* (significa a instrumentação da realidade pensada pela forma legal).

Com efeito, o princípio da indiciariedade aponta o elemento de prova no ESPAÇO. O princípio da ideação rege o meio intelectual legal da coleta da prova no TEMPO do pensar. O princípio da formalização realiza o instrumento da prova pela FORMA estabelecida em lei. De conseqüência, a prova, como instituto jurídico, enuncia-se a partir do mundo da realidade dos elementos sensoriais pelos meios de ideação jurídica para elaboração do instrumento de sua expressão formal. (LEAL, 2005b, p. 50).

Segundo Rosemiro Pereira Leal (2005b), os princípios da indiciariedade, da ideação e da formalização constituem a base teórica do instituto jurídico da Prova, sendo conceptivos da validade e da eficácia dos atos de prova desenvolvidos endoprocudimentalmente. Para esse processualista, *“Provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova.”* (2005b, p. 51).

Diante de uma perspectiva neo-institucionalista, portanto, suprir-se-ia a acientificidade decorrente do sincretismo que acomete a legislação

⁹⁶ Segundo Rosemiro Pereira Leal, “Por **instituto jurídico**, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação.” (LEAL, 2005b, p. 49).

procedimental brasileira quanto ao conceito de Prova. A Prova deixa de ser conceituada ora como atividade, ora como meio, ora como resultado, para erigir-se à condição de um instituto jurídico que se constitui a partir da atuação cumulativa da inteligência humana no espaço (indiciariedade), no tempo (enunciação) e na forma (instrumentalidade). A supressão dos binômios espaço-elemento, tempo-meio e forma-instrumento é descaracterizadora da existência legal do próprio instituto jurídico da Prova no discurso jurídico-democrático, adverte-nos Rosemiro Pereira Leal.

De outro turno, segundo a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, a Prova tem como finalidade a fixação dos fatos no procedimento.⁹⁷ Assim se explicitando, quer parecer terem sido acolhidas, parcialmente, as considerações expendidas por Francesco Carnelutti acerca da Prova.

Isto porque o autor italiano aduz que,

em substância, é bem fácil observar que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade, de tal maneira que, sem metáfora [verdade material e verdade formal], o processo de busca submetido a normas jurídicas que obrigam e deformam sua pureza lógica, não pode na realidade ser considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma *fixação* ou *determinação dos próprios fatos*, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles. (2005, p. 48).⁹⁸

Ao acolher como finalidade probatória a fixação dos fatos no procedimento, a Teoria Neo-Institucionalista do Processo não abandonou, por completo, a pretensão da verdade dos fatos, a que se atrelaria a Prova. Ao contrário disso, o neo-institucionalismo abandonou, integralmente, a busca

⁹⁷ Por oportuno, é de se esclarecer que, conforme a Teoria Neo-Institucionalista do Processo (LEAL, 2005a), os elementos de prova são: o fato, a pessoa, o ato, a situação e a coisa. No momento em que a Teoria aludida se refere à fixação dos fatos no procedimento como a finalidade da Prova, quer parecer empregar o vocábulo fatos para se contrapor ao termo direito, cuja fixação também será exigível no âmbito da aplicação normativa. Desde já se ressalva, aliás, ter sido nesse sentido que utilizamos a palavra fato ao longo de toda a pesquisa ora desenvolvida.

⁹⁸ A afirmação de um acolhimento apenas parcial de Rosemiro Pereira Leal às considerações expendidas por Francesco Carnelutti acerca da Prova é justificado pelo seguinte escólio: “Uma correta construção sistemática da matéria deve diferenciar fundamentalmente neste caso os dois tipos de processo e pode do mesmo modo utilizar para distinção a antítese metafórica entre *verdade material* e *verdade formal*. Em dito caso, também nada se opõe a que o vocábulo *prova* se reserve exclusivamente para a designação do processo ou dos processos direcionados à busca da verdade material. Porém quando em determinado regulamento jurídico todos os processos conhecidos para a exposição do fato estão juridicamente regulamentados de tal modo que seu resultado não possa ser considerado mais que como determinação formal do fato (*supra*, n. 5), semelhante sistematização e nomenclatura carecem de base.” (2005, p. 49 a 50). Vê-se que a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, no aspecto da Prova, afasta a busca juridicamente indemarcada da verdade a que faz referência Francesco Carnelutti; no entanto, conserva a nomenclatura Prova para indicação do procedimento de “*determinação formal do fato*” (CARNELUTTI, 2005, p. 50) no procedimento.

obsessiva e desprocessualizada da verdade, ou de seus sucedâneos da certeza, da probabilidade e da verossimilhança.

A Teoria Neo-Institucionalista do Processo filia-se à concepção objetiva de verdade, e, assim se filiando, com base nos estudos que realizamos no segundo capítulo da pesquisa ora desenvolvida, não nega que a verdade exista ou explicita que jamais conseguiríamos alcançá-la; ao reverso disso, com base na finalidade que atribui à Prova, deixa tão somente entrever que jamais teríamos como afirmar que determinado fato seja ou não verdadeiro, de acordo com o que exatamente ocorreu extraprocedimentalmente.

Por parecer acolher a lição de Karl Raimund Popper, no sentido de que *“se quisermos falar acerca da verdade, devemos ser capazes de dar um critério de verdade”* (1999a, p. 295), aqui entendido no significado de *“norma que permite distinguir os juízos verdadeiros dos falsos”* (BRUGGER, 1962, p. 544), a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, quanto à finalidade da Prova, contenta-se com a verossimilhança, que, no entanto, não se faz entendida como a mera aparência de verdade, como restou teorizada por Aristóteles e vem sendo reiteradamente conceituada pelos processualistas, senão vejamos:

Na elucidação do termo jurídico verossimilhança, há de se afastar a semântica aristotélica que situa o vocábulo como atributo de representação do que “poderia acontecer”, sem ter pretensão de ser verdadeiro, ou com o que é semelhante à verdade. Acrescente-se que também as definições de *verdade* que marcam a filosofia das escolas estoíca, hegeliana, fenomenalista e até os semioticistas de hoje desservem a reflexão sobre o tema, porque, na epistemologia jurídica, o pensamento hermenêutico se faz a partir do processo jurídico-constitutivo da lei e de sua vigência e incidência, e não de uma “realidade pressuposta” ou suposta (verdade causal) *a-jurídica*. A *verossimilhança* não é, em Direito Processual, o que se apresenta semelhante à verdade, mas o que se pode ver (inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa-verossimilitude) das alegações condutoras dos *conteúdos de materialidade da prova* instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento. (LEAL, 2005a, p. 154 a 155).

Desta forma, se, para Karl Raimund Popper, *“só a experiência nos pode ajudar a decidir sobre a verdade ou falsidade de asserções factuais”* (1999, p. 23), para a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, essa experiência se desenvolveria a partir do instituto jurídico da Prova; o instituto jurídico da Prova é que nos permitiria extrair a verossimilhança (verossimilitude) dos fatos, isto é: identificar sua proximidade da verdade, se nos utilizarmos novamente das lições do autor austríaco (POPPER, 1999a).

Consoante assevera André Cordeiro Leal, em idêntico sentido,

[...] verossímil não é aquilo que tem aparência de verdade (a ser percebida por um juiz talentoso e com grande “sensibilidade humanística” (*sic*), como se lê em Watanabe (2000, p. 64), mas o que se poderia colher de uma estrutura procedimental em que elementos (dados extra-autos pensados ou percebidos), por via dos meios (métodos legais de coleta, mediante acatamento da principiologia constitucional do processo, com alegações ensejadas em lei, que dão existência, intra-autos, aos elementos) se fixassem, por meio de instrumentos (laudos, documentos) que, por sua vez, permitissem, em razão exatamente de sua formalização, não só o controle de

constitucionalidade desses métodos, como também o grau de coerência das afirmações judiciais sobre esses dados. (2003, p. 15 a 16).

E, conclui o autor,

Disso decorre que o Direito Processual Democrático não exige do juiz uma capacidade especial para tentar chegar aos fatos “como eles ocorreram”, escapando das “armadilhas” que lhe são preparadas pelas partes, porque isso seria irrealizável. Sequer confere ao juiz essa autoridade. O que se impõe, ao contrário, é que somente se considere “fato” aquele dado dos autos decorrente do acatamento de sua própria construção dialógica pelas partes e em obediência a um modelo legal procedimental que, assegurando o contraditório, a isonomia e a amplitude máxima dos meios (ampla defesa), permita a elaboração de uma sentença a partir das interpretações de estado de coisas pelas partes e seu entrelaçamento argumentativo com o direito. (LEAL, 2003, p. 16)

Por derradeiro, segundo a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, quer parecer também eivada de ancianidade a interpretação oferecida pela dogmática jurídica à apreciação probatória. É que, referida abordagem ainda se desenvolve em uma perspectiva solipsista da apreciação da Prova pelo julgador, pouco importando se o Ordenamento Jurídico adota o Sistema da Prova Legal, da Livre Convicção ou da Persuasão Racional.

Como elucida André Cordeiro Leal (2002), em quaisquer desses Sistemas de apreciação probatória, são desconsiderados os direitos de participação e de fiscalização dos co-autores, e também destinatários, das decisões no âmbito da aplicação do direito, ou, como prefere Jürgen Habermas, é ignorado que *“a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico”* (2003, p. 20, v. I).

Por conseguinte, não obstante já tenhamos apontado as correlações teóricas havidas entre as presunções legais relativas e a Prova, a partir da infra-constitucionalidade, a superveniência do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito é determinante de uma nova abordagem do tema para ulterior averiguação se, em face da enunciação da Prova como instituto jurídico, mantêm-se as conclusões parciais expostas no quinto item do capítulo terceiro da pesquisa ora desenvolvida.

O paradigma jurídico-constitucional a que se faz alusão incita-nos, ainda, a uma urgente testificação das presunções legais relativas, a qual, viabilizando-se como decorrência da nova abordagem das correlações teóricas havidas entre essas e a Prova, explicitará uma hipótese para o nosso problema.

4.2. AS PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS E O CONTRADITÓRIO NO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme afirmamos, para nós, seguindo as lições de Sérgio Carlos Covello (1983) e Francesco Carnelutti (1944, v. II), as presunções legais relativas consistem em um legalmente previsto “*convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo*” (1983, p. 19) que não traga em si uma destinação probatória específica e relacionada ao fato desconhecido.

Assim se entendendo, em capítulo anterior, aduzimos que, para evitarmos incorrer em uma total ilogicidade, não poderíamos conceituar as presunções legais relativas como um meio de Prova, a despeito de notarmos ter o Código Civil brasileiro as arrolado como um dos meios destinados à comprovação do fato jurídico.

Explicitamos, outrossim, que as presunções legais relativas não nos pareciam poder ser conceituadas como um resultado probatório, mas como um convencimento provisório acerca da verdade de um fato que, por já legalmente fixado como provável, não se submeteria à atividade probatória daqueles que, em face da inexistência da presunção referida, teriam o ônus demonstrar sua verdade, certeza, probabilidade ou verossimilhança.

Desta forma, concluímos que as presunções legais relativas importariam em supressão do ônus de provar o fato desconhecido, incerto, por aqueles que delas se beneficiam; as presunções legais relativas determinariam a supressão da atividade de provar o fato cuja verdade provável já se encontrava previamente estabelecida pela lei.

A partir da concepção de Prova como um instituto jurídico que se enuncia pela aproximação dos conteúdos lógicos dos princípios da indiciariedade, da ideação e da formalização, com a finalidade de fixação dos fatos no procedimento, regida pelo Contraditório, pela Isonomia e pela Ampla Defesa, parece-nos que as presunções legais relativas desconsideram o binômio tempo-meio que integra referido instituto jurídico, comprometendo, por isso, a própria validade do convencimento legalmente previsto sobre a verdade provável do fato desconhecido, incerto.

Note-se que, nas presunções legais relativas, o fato cuja verdade provável se faz legalmente imposta não foi apreendido no espaço pelos meios legalmente admitidos e controlados pelos co-autores, e também destinatários, da decisão judicial, através do Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa, como determina uma abordagem neo-institucionalista da Prova. Ao contrário disso, o fato foi tido como provavelmente verdadeiro com base em um critério geral obtido da observação do que ordinariamente ocorre em eventos similares ao que se apresenta no procedimento em que surtem os efeitos da presunção legal relativa.

É o que se lê do escólio de Piero Calamandrei que, embora dirigido inicialmente à verossimilhança, é perfeitamente aplicável à probabilidade:

[...] o juízo de verossimilhança não aguarda as representações probatórias do fato a provar: baseia-se, mais que na indagação em concreto, em uma máxima de experiência que corresponde à frequência com que na realidade se produzem os fatos do tipo alegado. É um juízo “típico”, que não surge da comparação entre diferentes representações do mesmo fato (entre a representação que dá a parte e, por exemplo, as que lhe dão as testemunhas), e sim da confrontação entre uma representação dele dada pela parte e um juízo de ordem geral, já adquirido anteriormente, que tem por objeto a categoria típica sob a qual se pode incluir abstratamente no fato representado. (2003, p. 285, v. III).

De conseguinte, a probabilidade da verdade do fato estabelecida pela presunção legal relativa não é extraída da experiência endoprocedimentalizada; ao contrário, a probabilidade da verdade do fato é previamente assinalada pela lei que prevê a presunção relativa, devendo perdurar até o momento que se faça afastada por aquele que por essa é desfavorecido. Diferentemente daquele que se beneficia da presunção legal relativa, o desfavorecido por essa, se pretender excluir a probabilidade da verdade do fato, deverá se utilizar do instituto jurídico da Prova para fixação dos fatos que permitam essa exclusão.

Como registramos, os autores que se dedicam ao estudo das presunções legais relativas na dogmática jurídica não se preocupam em abordá-las em uma perspectiva constitucional, cingindo-se a renovar esclarecimentos sobre seus aspectos históricos, conceituais e classificatórios, bem como acerca das correlações teóricas havidas entre essas e a Prova. Quando muito identificamos, dos estudos que realizamos, a afirmação de que as presunções legais relativas consistiriam numa técnica de obtenção de “justiça” por aqueles que delas seriam favorecidos.

Nesse diapasão, é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, o qual, ao se pronunciar sobre os aspectos comuns existentes entre as presunções legais relativas e as presunções legais absolutas, afirma:

O primeiro [ponto de contato] – comum também às presunções judiciais ou simples – reporta-se ainda à relação entre fato presumido e outro, a ele tão intimamente vinculado (ao menos se se leva em conta *id quod plerumque accidit*), que a ocorrência do segundo torna extremamente verossímil a suposição da ocorrência do primeiro. Defrontamo-nos de novo, aqui, em regra, com um juízo de probabilidade formulado *pelo legislador* (não pelo órgão judicial, como nas presunções simples): se aconteceu *x*, deve ter acontecido *y*. O outro ponto de contacto reside na consideração – feita sempre pelo *legislador* – de que seria mais difícil provar a efetiva ocorrência do fato *y* do que provar a sua não-ocorrência *in casu*. Realmente, muitas vezes se mostra sobremodo árdua – por paradoxal que isso possa afigurar-se, à primeira vista – a demonstração cabal de que as coisas se passaram *normalmente*, de acordo com o esquema que reúne maiores condições de verossimilhança e, por conseguinte, de probabilidade. Em hipóteses tais, para não ser injusto, pondo sobre os ombros do interessado carga pesada demais, o legislador prefere definir-se pela solução oposta, dispensando a prova de que os acontecimentos

realmente seguiram o curso normal, o curso que seria de esperar que seguissem. (1988, p. 62).

Em outros termos, segundo José Carlos Barbosa Moreira, diante de situações de difícil acerto fáctico, o chamado legislador optaria por dispensar aqueles que seriam favorecidos pelas presunções legais relativas de fixar, endoprocedimentalmente, pelo instituto jurídico da Prova, os fatos que se relacionassem com a dificuldade considerada. Desta maneira, reitera-se, o denominado legislador cumpriria o seu objetivo de distribuir “justiça” em determinadas ocasiões as quais, se não impusesse a presunção legal relativa, poderiam de “justiça” carecer.

O que se deixa de considerar no desenvolvimento dessa fundamentação é que, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, não é facultado ao cognominado legislador preferir quaisquer soluções que não se compatibilizem com os critérios constitucionalmente previstos para a demarcação jurídica dos discursos de aplicação do direito.

Nesse sentido, já se pronunciou José Alfredo de Oliveira Baracho, ao se referir à tutela constitucional do processo:

A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias.

Com essas reflexões, apresenta algumas premissas:

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana.
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo, consagrada na constituição. (2001, p. 141).

Em sentido semelhante, também já se pronunciaram Ítalo Augusto Andolina e Giuseppe Vignera (1990), os quais, ao se referirem ao Modelo Constitucional do Processo, afirmam que esse, mediante os seus atributos da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade, seria vinculativo da procedimentalidade infra-constitucional vigente:

- a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (concernente à posição primária da norma constitucional na hierarquia das fontes) a condicionar a fisionomia do procedimento jurisdicional singular introduzido pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com a conotação de tal modelo;
- b) na *variabilidade*, indicativa da sua atitude a assumir forma diversa, de modo que a adequação ao modelo constitucional (de obra do legislador ordinário) da figura processual concretamente funcional pode advir segundo várias modalidades em vista da realização de escopos particulares;

c) na *perfectibilidade*, designativa de sua idoneidade de ser aperfeiçoado pela legislação infra-constitucional, a qual (*scilicet*: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantia e instituição ignoradas pelo modelo constitucional [...]. (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14 a 15).⁹⁹

Assim é que, para afirmação de sua constitucionalidade no paradigma do Estado Democrático de Direito, as presunções legais relativas devem se compatibilizar, integralmente, com o Contraditório, com a Isonomia e com a Ampla Defesa, não bastando para justificar seu emprego sequer os fins eqüitativos que pretensamente visaria promover.

Para a testificação das presunções legais relativas que almejamos realizar, interessa-nos, em especial, o Contraditório. Tendo em vista os limites da pesquisa ora desenvolvida, adiamos para outra oportunidade a abordagem das implicações jurídico-constitucionais havidas entre as presunções legais relativas, a Isonomia e a Ampla Defesa.

Isso esclarecido, é importante salientar, de início, que o Contraditório somente foi constitucionalizado recentemente, no Brasil. Como informa Antonio Scarance Fernandes,

O contraditório passou a integrar a Constituição brasileira de 1937 (art. 122, n. 11, segunda parte). Foi mantido nas Constituições posteriores (1946, art. 141, § 25; 1967, art. 140, § 16, renumerado na Emenda de 1969 para art. 153, § 16). Atualmente, está consagrado no art. 5º, LV, que declara: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (2005, p. 65).

Pronunciando-se sobre a matéria, registra Nelson Nery Júnior que a Constituição de 1988 provocou uma inovação profunda sobre a interpretação que se oferecia ao Contraditório, porque

fez com que o princípio alcançasse expressamente os processos civil e administrativo, pois na carta revogada havia previsão expressa da garantia do contraditório somente para o processo penal (art. 153, § 16, CF de 1969), nada obstante houvesse correta manifestação da doutrina de que aquele princípio se aplicava, também, ao processo civil e ao administrativo. (2000, p. 129).

⁹⁹ No original: “a) nella *espansività*, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella *variabilità*, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionante può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella *perfettibilità*, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-constituzionale, la quale (*scilicet*: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale [...]” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14 a 15).

Segundo Eduardo José Couture (1948, t. I), o Contraditório teria sua origem simultaneamente verificada no Direito Romano e no Direito Germânico Medieval, a partir dos brocardos “*audiatur altera pars*”¹⁰⁰ e “*Eines mannes red ist keine red, der richter soll die dell verhoeren beed*”¹⁰¹, respectivamente.

Para o processualista uruguaio, esses brocardos seriam indicativos do significado que é tradicionalmente atribuído ao Contraditório - a bilateralidade da audiência -, a qual, por sua vez, consistiria em um princípio de caráter político, se analisada pormenorizadamente:

Quando se mira a fundo este princípio da bilateralidade das partes em juízo; quando se trata de reparar o que há na essência do mesmo, repara-se a existência de um princípio de caráter político. A bilateralidade é o princípio da igualdade das partes em juízo; e o princípio da igualdade das partes em juízo não é outra coisa que uma expressão particular do preceito geral da igualdade dos indivíduos perante a lei. (1948, p. 311, t. I, tradução nossa).¹⁰²

A bilateralidade da audiência aponta a necessidade de que os destinatários das decisões no âmbito da aplicação do direito sejam ouvidos no procedimento, embora dela não se extraia qualquer imposição no sentido que os atos procedimentais eventualmente realizados por aludidos destinatários, em decorrência de sua oitiva, repercutam na decisão judicial a ser prolatada.

Ao contrário, se entendido o Contraditório como garantia de bilateralidade da audiência dos destinatários decisórios no procedimento, sua observância cingir-se-á ao oferecimento, a esses, de informação sobre os atos procedimentais realizados ou a possivelmente se realizar, seguido da possibilidade do pronunciamento sobre seus termos ou de sua realização.

Confira a respeito, a lição de Sergio La China:

[...] o princípio do contraditório se articula, em sua manifestação técnica, por dois aspectos ou tempos essenciais: informação, reação; necessária sempre a primeira, eventual a segunda (mas necessário que seja possível a realização!). (1970, p. 394, tradução nossa).¹⁰³

Uma conceituação constitucionalmente adequada do Contraditório, destarte, não pode se restringir à bilateralidade da audiência. Como vimos, o Contraditório impõe-se como uma das normas constitucionais que viabilizará a participação e a fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerção, dos destinatários decisórios na construção dessas mesmas decisões.

¹⁰⁰ No vernáculo: A outra parte deve ser ouvida. (tradução nossa).

¹⁰¹ No vernáculo: A alegação de um só homem não é alegação; o juiz deve ouvir ambas as partes. (tradução nossa).

¹⁰² No original: “Cuando se mira a fondo este principio de la bilateralidad de las partes en el juicio; cuando se trata de advertir qué hay en la esencia del mismo, se advierte la existencia de un principio de carácter político. La bilateralidad, es el principio de la igualdad de las partes en el juicio; y el principio de la igualdad de las partes en el juicio, no es otra cosa que una expresión particular del precepto general de la igualdad de los individuos ante la ley.” (COUTURE, 1948, p. 311, t. I).

¹⁰³ No original: “[...] il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, in due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventual la secondo (ma necessario che sia resa possibile!).” (LA CHINA, 1970, p. 394).

Se a conceituação do Contraditório como bilateralidade da audiência permite que a participação dos co-autores, e também destinatários, das decisões no âmbito da aplicação do direito seja apenas fictícia e aparente, conforme explica Dierle José Coelho Nunes (2004), torna-se indispensável sua substituição por outra que, por seu conteúdo lógico-jurídico, estabeleça-o como determinante dessas mesmas decisões.

Na atualidade, quer nos parecer ser de Aroldo Plínio Gonçalves (2001) a adequada conceituação oferecida ao Contraditório. Em generosa síntese da teorização de Elio Fazzalari sobre o processo, e, sobretudo, sobre suas implicações teóricas com o procedimento e com o provimento, o autor mineiro em muito aprofundou os estudos inicialmente desenvolvidos pelo processualista italiano sobre o Contraditório, oferecendo-lhe, a final de suas considerações, a qualidade de *“resultado de ‘conquistas históricas’ (1992, p. 181) que não poderiam ser simplesmente afastadas da proceduralidade democrática a pretexto de escopos da jurisdição”* (LEAL, 2006, fl. 98), em importante acréscimo teórico apresentado à obra *Instituzioni di Diritto Processuale*, em que afirma ter baseado a pesquisa que concretizou.

Para Aroldo Plínio Gonçalves (2001), o Contraditório exige mais do que a simples oitiva dos destinatários decisórios; exige, ainda, mais do que a mera participação desses no procedimento. Na contemporaneidade, o conceito de Contraditório

[...] desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo [...].

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre a matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (2001, p. 127).

Destarte, para o processualista mineiro, a partir da obra de Elio Fazzalari, frise-se novamente,

O conceito de contraditório evoluiu. Já não se limita ao direito da parte de ser ouvida, ao direito de se defender, mas erigiu-se como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória do ato imperativo do Estado – a sentença –, para influir em sua formação. (2001, p. 191).

Para nós, como critério inafastável para obtenção de legitimidade decisória no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de

Direito, o Contraditório “é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional [...]” (OLIVEIRA, 2000, p. 116); é a garantia constitucionalmente assegurada aos co-autores, e também destinatários, das decisões no âmbito da aplicação do direito, de que, entre outras faculdades, poderão fiscalizar e participar, em simétrica paridade, na fixação dos fatos no procedimento.

De conseguinte, assim se considerando, uma testificação das presunções legais relativas pelo paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, se sopesado o Contraditório, inicialmente passa pela perquirição de eventual compatibilidade dessas presunções com a possibilidade de participação e de fiscalização dos destinatários da decisão na fixação dos fatos no procedimento, e, em seguida, com a possibilidade de que referida fixação se desenvolva em simétrica paridade entre esses destinatários.

Dos estudos que realizamos, quer nos parecer que, em se erigindo como um legalmente estipulado “*convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo*” (COVELLO, 1983, p. 19) que não traga em si uma destinação probatória específica e relacionada ao fato desconhecido, conforme leciona Francesco Carnelutti (1944, v. II), as presunções legais relativas não se compatibilizam com ambos os aspectos indicados.

Quanto ao primeiro dos aspectos apontados, como parcialmente enunciamos ao longo do texto, é possível afirmar que a presunção legal relativa desconsidera que os fatos somente poderão ser tidos como prováveis após sua prévia fixação no procedimento pelos co-autores, e também destinatários, da decisão no âmbito da aplicação do direito, e, ainda, de sua apreciação através da valoração e valorização.¹⁰⁴

Quanto ao último dos aspectos, por sua vez, é possível afirmar que, ao influenciar sobre a Prova, com a dispensa da fixação do fato cuja verdade provável é antecipada pela lei - a aproveitar aquele que se favorece da presunção legal relativa -, seguida da atribuição da possibilidade de afastar a presunção legalmente estipulada por aquele que por essa é desfavorecido, a presunção legal relativa importa em quebra da igualdade de tratamento que deve

¹⁰⁴ Sobre a valoração e a valorização da Prova, assevera Rosemiro Pereira Leal que: “A *valoração* da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do *elemento* de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela *valorização*, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequívocidade material e formal. Assim, a sensorialização ou percepção dos elementos de prova não é suficiente para o observador decidir. É necessário que o observador se encaminhe para a *valorização* da prova, comparando os diversos elementos de prova da estrutura procedimental, numa escala gradativa de relevância, fixando sua convicção nos pontos do texto probatório que a lei indicar como preferenciais a quaisquer outros argumentos ou articulações produzidas pelas partes. Não basta valorar os elementos de prova, dizer que eles existem na estrutura procedimental, é imperioso que sejam valorizados (comparados em grau de importância jurídica) pelos *pontos* legalmente preferenciais. A *valoração* é ato de apreensão intelectual do elemento de prova e a *valorização* é ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova.” (2005a, p. 199).

ser dispensada aos co-autores, e também destinatários, das decisões no âmbito da aplicação do direito. Note-se, por oportuno, que a afirmação ora suscitada é ratificada pela própria teleologia da regra geral de repartição do ônus de provar estabelecida no Código de Processo Civil brasileiro.¹⁰⁵ Em consonância com a igualdade de tratamento que integra o conceito de Contraditório, a regra a que se faz menção tem como fundamento a preservação da igualdade daqueles que se apresentam no procedimento como participantes do discurso de aplicação do direito.

É o que se lê da lição de Alfredo Buzaid, o qual, após proceder uma minuciosa análise sobre a repartição do ônus de provar ao longo da história, aduz que, na procedimentalidade civil,

O seu fundamento está, como demonstra WACH, em uma regra de equidade, que nasce da consideração que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. (1972, p. 63, v. I).

Em igual sentido, pronuncia-se Munir Karam, ao abordar a distribuição do ônus de provar no que denomina *Organização Judiciária Romana*:

Importante é ressaltar que a proposta de simplificação do *onus probandi* com base nos aforismas romanos, não corresponde à realidade, posto que o problema da distribuição do ônus da prova foi resolvido no direito romano à base de critérios equitativos, que com o passar do tempo conduziram a uma certa cristalização, como se estudou. (1981, p. 97).

Daí, ainda que se pretendesse obter “justiça” no procedimento, como quer José Carlos Barbosa Moreira (1988) - a partir da positivação, por via legislativa, das presunções relativas -, seria de se considerar a seu respeito, em consonância com as lições de Alfredo Buzaid e Munir Karam, novo magistério de Aroldo Plínio Gonçalves:

No processo, a justiça consiste no equilíbrio que se estabelece entre as partes, no procedimento que permite a igualdade de sua participação [...]. Se essa participação é atingida, violada, cerceada, negada, o ato é injusto, porque provoca prejuízo, incidente sobre a garantia dos direitos processuais. (2000, p. 64).

E continua,

A participação garantida no processo daqueles que irão suportar os efeitos da decisão não constitui matéria de interesse particular, mas é, essencialmente questão de ordem pública, tanto que, hoje, no Brasil, fez-se objeto de proteção da norma constitucional. As partes realizam atos, no processo, se quiserem. Mas a garantia da oportunidade de sua participação é dada por norma imperativa, cumprindo ao juiz [e, acrescentaríamos, ao denominado legislador] observar e fazer observar o princípio do contraditório, do qual a

¹⁰⁵ A regra geral de distribuição do ônus da prova em matéria civil no direito brasileiro encontra-se prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, assim enunciado: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor [...]”

garantia de participação, igual e paritária, das partes, constitui a própria essência.

.....
(*omissis*).....

Todo processo é disciplinado por normas de ordem pública, tendo sua estrutura predisposta segundo um determinado modelo legal. Todo o processo é instituído no interesse da correta aplicação do Direito e da garantia de direitos processuais das partes, cuja violação pode constituir motivo para a nulidade. Mas a *garantia* dos direitos da parte não é objeto de norma dispositiva. Não se pode confundir *participação* com a norma que a *assegura*. Essa norma tem natureza imperativa e sua finalidade não é proteger interesse da parte, que pode mesmo revelar um profundo desinteresse pelo curso do processo e optar pela omissão nos atos processuais que lhe são destinados. Nem por isso o processo se invalida. O procedimento segue seu curso até onde for possível, mesmo que tenha de terminar pela extinção do processo com o não julgamento do mérito, em caso de negligência da parte (art. 267, II, do C. Pr. Civil). O que importa, em questão de nulidade, é que a participação das partes seja garantida, e essa garantia não se faz por norma dispositiva, mas por norma imperativa que resguarda a própria concepção democrática de processo. (GONÇALVES, 2000, p. 93 e 94).

Por conseqüência, embora afirme Sérgio Carlos Covello ser “*facilmente demonstrável que, sem o instituto da presunção, o direito seria ainda mais complexo e difícil de integrar-se na realidade fática*” (1983, p. 51), uma interpretação constitucionalmente adequada das presunções legais relativas está a recomendar sua exclusão dos textos legais integrantes de Ordenamentos que se estruturam a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, uma vez que, como vimos, as presunções legais relativas não permitem que os discursos de aplicação do direito se desenvolvam em perfis de neutralidade, a partir da observância irrestrita do Contraditório.

CONCLUSÃO

Conforme vimos, uma versão procedimentalista do Estado Democrático de Direito determina a releitura de institutos jurídicos diversos, a partir do rompimento expresso com a possibilidade de que a interpretação jurídica se desenvolva em bases monológicas, como ocorria nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social.

Os paradigmas abordados após a superveniência do Constitucionalismo, e anteriores ao surgimento do Estado Democrático de Direito, não oferecem respostas satisfatórias aos questionamentos oriundos de uma sociedade complexa, pluralista e em busca de sua autodeterminação, por não considerarem a necessidade de participação e de fiscalização dos integrantes dessa sociedade na construção das decisões a que esses se farão destinatários, não somente no âmbito da produção do direito, mas também de sua aplicação.

Desde a adoção do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, em 1988, torna-se necessária a oferta, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, dos direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerção àqueles que, sendo destinatários das decisões no âmbito da aplicação do direito, devem, igualmente, se reconhecerem como seus autores, caso se pretenda afastar os déficits de legitimidade decisória observados nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social.

Como instituição constitucionalizada viabilizadora de aludidas participação e fiscalização, o Processo, numa concepção Neo-Institucionalista, pelos seus princípios estruturais (Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa), impõe-se integrante do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, devendo, assim, ser acatado pela legislação constitucional e infra-constitucional brasileira.

O Ordenamento Jurídico brasileiro acolhe as presunções legais relativas na procedimentalidade civil. Doutrinariamente conceituada como uma conclusão antecipada legalmente imposta acerca da verdade provável de um fato, previamente estipulada a partir de um indício e do que ordinariamente acontece em eventos semelhantes ao identificado no procedimento em que surtam seus efeitos, as presunções legais relativas são freqüentemente apontadas como, além de uma alternativa viável ao enfrentamento de situações de difícil acerto fático, possibilitadoras do afastamento do arbítrio do julgador no acerto desses mesmos fatos.

As presunções legais relativas têm por efeito principal influenciar sobre o ônus de provar; essa influência se explicita, inicialmente, pela dispensa do ônus de provar o fato cuja verdade provável é antecipada pela lei - a aproveitar àquele que se favorece da presunção legal relativa -, seguida da atribuição do ônus de afastar a presunção legal por aquele que por essa é desfavorecido.

Assim se considerando, quer nos parecer que as presunções legais relativas não se compatibilizam com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, se sopesada a conceituação de Contraditório como garantia de oportunidade de participação e de fiscalização dos destinatários decisórios, em simétrica igualdade, para a construção dessas decisões.

A testificação das presunções legais relativas pelo Contraditório levou-nos a, primeiramente, analisar sua compatibilidade com a possibilidade de participação e de fiscalização dos destinatários da decisão judicial na fixação dos fatos no procedimento, e, em seguida, com a possibilidade de que essa fixação se desenvolvesse em simétrica paridade entre os destinatários a que se fez alusão.

Quanto ao primeiro dos aspectos apontados, pareceu-nos que a presunção legal relativa desconsidera que os fatos somente poderão ser tidos como prováveis após sua prévia fixação no procedimento pelos co-autores, e destinatários, da decisão no âmbito da aplicação do direito, e de sua apreciação através da valoração e da valorização.

Quanto ao segundo dos aspectos, pareceu-nos que, ao influenciar sobre o ônus de provar, da maneira indicada, a presunção legal relativa importa em quebra da igualdade de tratamento que deve ser conferida aos co-autores, e também destinatários, das decisões no âmbito da aplicação do direito.

Por isso, para nós, contrastando com o Contraditório em ambos os aspectos indicados, as presunções legais relativas querem nos parecer eivadas de vício determinante da decretação de sua inconstitucionalidade no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 1014 p.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 180 p.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 149 p.

ALMEIDA-DINIZ, Arthur José de. **Novos paradigmas em direito internacional público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 216 p.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 364 p.

AMERICANO, Jorge. **Processo civil e comercial no direito brasileiro**: phases probatoria, decisoria e executoria. São Paulo: Acadêmica, 1925. 530 p.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; Vignera, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano** – corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990. 231 p.

ARAZI, Roland. **Teoría general de la prueba** – la carga probatoria. Disponível em: <<http://www.apdf.com.ar/archivo/teoprueba.html>>. Acesso em: 27 dez. 2005.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 254 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo. O modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional. Natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na constituição. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, v. 353, p. 141-199, jan. 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995. 68 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. Separata da **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, ano 23, n. 91, p. 05-62, jul./set. 1986.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 340 p.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 233 p.

BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 21-36.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil comentado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. I. 384 p.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia Sagrada**: contendo o velho e o novo testamento. Erechim: Edelbra, 1979. 1102 p.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 230 p.

BONUMÁ, João. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946. v. II. 491 p.

BRASIL. **Código civil, código de processo civil, código comercial, legislação civil, processual civil e empresarial, constituição**. Yussef Said Cahali (org.). 9. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007. 1696 p.

BRASIL. **Códigos penal e processo penal e legislação complementar**. Arnaldo Oliveira Junior (org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. 878 p.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962. 703 p.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. v. I. 285 p.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. III. 393 p.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 479 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. 115 p.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. 324 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil** – composición del proceso. Tradução Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944. v. II. 733 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 285p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. II e III. 880 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 74, n. 232, p. 171-194, abril 1938.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 360 p.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva** – elementos de filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. Torino: UTET, 1999. 536 p.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 37-52.

COUTURE, Eduardo José. **Estudios de derecho procesal civil** – la constitución y el proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. I e II. 848 p.

COUTURE, Eduardo José. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. 408 p.

COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo: Saraiva, 1983. 139 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 260 p.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo** – teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 118 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. **La verità**: nella morale e nel diritto. 3. ed. Roma: Studium, 19[-]. 79 p.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução Enrico Maciel. Campinas: Minelli, 2004. 209 p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 229 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. III. 817 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria geral do direito civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I. 469 p.

DOMINGUES, Ivan. **Epistemologia das ciências humanas**: positivismo e hermenêutica – Durkheim e Weber. São Paulo: Loyola, 2004. 671 p.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988, t. I. 584 p.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 396 p.

FERNANDES, Bernando Gonçalves Alfredo. A teoria geral do processo e a teoria da constituição no estado democrático de direito. **Revista do Unicentro Izabela Hendrix**, Nova Lima, v. I, n. I, p. 07-18, maio 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003. 158 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. Visigótico. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 15. p. 490-492.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 628 p.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 813 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Campinas: Minelli, 2003. 175 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. 916 p.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. 589 p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 191 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2001. 219 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2000. 141 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 352 p.

GUASP, Jaime. **Juez e hechos en el proceso civil**: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material del hecho del proceso. Barcelona: BOSCH, 1943. 170 p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. 404 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v. 706 p.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997. 147 p.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Tradução William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996. 631 p.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005. 224p.

KANTOROWICZ, Hermán. La lucha por la ciencia del derecho. In: SAVIGNY, Frederico Carlos von *et al.* **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 325-373.

KARAM, Munir. Princípio distributivo do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, ano VI, p. 89-98, out./dez., 1981.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O direito processual da idade média**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. 207 p.

KIRKHAM, Richard L. **Teorias da verdade** – uma introdução crítica. Tradução Alessandro Zir. São Leopoldo: Universidade Vale do Rio dos Sinos, 2003. 500 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 257 p.

LA CHINA, Sergio. **L' esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile**. Milão: GIUFRE', 1970. 586p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. 727 p.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2005. 133 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis (lei n. 9.099/95). **Revista do Unicentro Izabela Hendrix**, Nova Lima, v. 2, p. 11-19, 2003.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 111 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005a. 339 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada** – temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b. 192 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

LESSONA, Carlo. **Teoria general de la prueba en derecho civil** – exposición comparada de la prueba en matéria civil y de sus diversas aplicaciones en italia, francia, alemania, etc. Tradução Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: REUS, 1942. v. V. 494 p.

LESSONA, Carlo. **Teoria general de la prueba en derecho civil** – exposición comparada de la prueba en matéria civil y de sus diversas aplicaciones en italia, francia, alemania, etc. Tradução Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: REUS, 1928. v. I. 637 p.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 208 p.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe. **Prova em processo civil**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. 138 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. t. I. 414 p.

MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopez de. Presunção (direito privado). In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60. p. 367-385.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN, 1995. v. I. 334 p.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, ano VI, p. 62-87, out./dez. 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 815 p.

MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. III. 400 p.

MENDES, João de Castro. **O conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961. 780 p.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Índícios e presunções como meio de prova. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, ano X, p. 52-67, jan./mar. 1985.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. III. 550 p.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1919. 623 p.

MONTEIRO, João. **Teoria do processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. II. 909 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – parte geral**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 362 p.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I. 638 p.

MONTESQUIEU, Baron de la Brède et de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores). 539 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 256 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 245 p.

NONATO, Orosimbo. Presunções e ficções de direito. In: SANTOS, José Manuel Carvalho (org.). **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, [196-?]. v. 39. p. 130-139.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. I, p. 39-55, jan./jun. 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 165 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia e constitucionalismo nas tradições do pensamento político moderno – um ensaio crítico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, p. 207-230, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 208 p.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 181 p.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 388 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – introdução ao direito civil – teoria geral do direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. 718 p.

PIZARRO, Alberto Ramirez. **El objecto y el tema de la prueba em derecho procesal colombiano**. Bogotá: [s.n.], 1986. 175 p.

POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 316 p.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2004. 567 p.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo** – uma abordagem evolucionária. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999a. 394 p.

POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto** – em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999b. 253 p.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. 2v. 810 p.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações** – o progresso do conhecimento científico. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. 449 p.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. 787 p.

REIS, José Alberto dos. **Código de processo civil anotado**. Coimbra: Coimbra, 1950. v. III. 476 p.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. 124 p.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 280 p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil** – parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I. 354 p.

SANTOS, José Manuel Carvalho. **Código de processo civil interpretado**: artigos 180 a 262. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. III. 467 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I. 528 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. V. 494 p.

SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Tradução L. Prieto Castro y Victor Fairén Guillén. Barcelona: BOSCH, 1950. 418 p.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**: ejercicio y defensa de los derechos. Tradução Santiago Sentis Melendo e Marino Averra Redin. Buenos Aires: EJE, 1954. 551 p.

SILVA, Cesar Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível** – inclusive no código do consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 205 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 818 p.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 351 p.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** – processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I. 532 p.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Jurisdição constitucional e judicção na teoria do direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (org.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2003. v. III. p. 127-179.

SOUZA, Patrus Ananias de. Processo constitucional e devido processo legal. In: LEAL, Rosemiro Pereira (org.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. I. p. 25-42.

SURGIK, Aloísio. Presunção absoluta e relativa (teoria da prova). In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60. p. 286-402.

TARSKI, Alfred. **La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica**. Tradução Emilio Colombo. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1972. 75 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do processo e processo de conhecimento. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I. 729 p.

VAMPRE, Spencer. **Repertório geral de jurisprudência, doutrina e legislação da prova civil**. São Paulo: Saraiva, 1926. v. I. 696 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** – parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I. 681 p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil** – teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. I. 622 p.