



“Em defesa de um conceito jurídico de presunção”

No início desta semana, na última segunda-feira (31/5), tive a oportunidade de voltar no tempo. Refiro-me à apresentação que fiz ao seminário de teses da minha tese de doutorado intitulada "Em defesa de um conceito jurídico de presunção" [\[1\]](#). Ter de ler aquelas páginas outra vez, deparar-me com meus argumentos, com a organização dos capítulos e mesmo a reunião de palavras ali contidas, foi grande assado, de me visitar no passado.



Janaina Matida
Professora de Direito
Probatório

Isso porque, viver um texto pelo tempo de um doutorado — dormir,

acordar, ir às reuniões de família inclusive, sempre imaginando como seguir escrevendo seus parágrafos — tornou inevitável certo distanciamento logo após o término. Retomar a vida supunha deixar a tese, então defendida, de lado. Além disso, a liberdade de poder ir a outros temas era atrativa demais. Metaforicamente, era como se eu fosse uma criança diante de uma prateleira repleta de guloseimas e, como havia me comportado bem durante o almoço, finalmente poderia escolher o que mais me apetecesse degustar. Foi então que eu escolhi *standards probatórios, reconhecimento de pessoas e prova com perspectiva de gênero*. Estes foram os temas pelos quais me encantei depois de passar tantos anos submersa nas presunções. Mas o oportuno reencontro desta semana me permite dizer que elas continuam a ser iguaria ao paladar dos que se interessem pela relação prova e verdade. Por isso, a coluna de hoje propõe um mergulho conjunto nas presunções. Vejamos.

Tradicionalmente, a dogmática processual apresenta como presunção *regras* ou *raciocínios* que autorizem concluir verdadeiros fatos não provados. Diz-se que *será presumido verdadeiro* um fato em razão da prova de outro, em razão da *máxima de experiência* que conecta uma categoria de fato a outro ("*quando P ocorre, Q ocorre também*"). Além disso, também se afirma que certas presunções permitem a *prova contrária*, enquanto outras não. Nestas breves linhas, está a síntese de um tratamento que uniformiza sob o conceito de presunção diversas espécies de presunção: *presunções legais e judiciais, presunções relativas e absolutas*.



É isso o que nos ensinam nos cursos de direito: são legais as presunções elaboradas de forma geral e abstrata pelo legislador e judiciais as formuladas pelo juiz para decidir o caso concreto; são relativas as presunções contra as quais se pode produzir prova contrária e absolutas as que, por oposição, não podem ser afastadas uma vez provado o fato básico. Sublinha-se "*o tomar por verdadeiro algo não provado*" e, com isso, características importantes de cada um dos expedientes passam a ser desprezadas.

Vamos partir das presunções legais e judiciais. O fato de que as primeiras sejam regras enquanto as segundas sejam raciocínios é apresentado como de menor relevo, mas não é. Quando o legislador estabelece através de regra que quando *P* está provado *Q* deverá ser presumido, com isso impõe ao juiz uma prescrição, um *dever*. Reduz-se o espaço de valoração livre e racional da prova nas situações para as quais o legislador antecipou a sua própria inferência sobre a ocorrência de fatos. O legislador não quis correr o risco de que os juízes, nas decisões futuras dos casos individuais, pudessem concluir que a ocorrência de *p* não seria bastante para fixar a ocorrência de *q*. Assim, fatos relevantes para a solução do caso concreto têm as suas ocorrências tidas por verdadeiras, ainda que o julgador não esteja ele mesmo convencido. Logo, o que conhecemos como "presunções legais" expressa desconfiança quanto à correção do raciocínio probatório a ser realizado por juízes.

Já por meio das presunções judiciais, consegue-se o efeito oposto. Não apenas diferente, mas *oposto*. Os sistemas jurídicos costumam prever a possibilidade de que os juízes ingressem as *máximas de experiência* que, de acordo com a sua avaliação, sejam pertinentes à correta determinação dos fatos do caso concreto. Enquanto as presunções legais, como vimos, representam desconfiança quanto ao raciocínio judicial sobre fatos em algumas situações, as chamadas presunções judiciais expressam deferência ao raciocínio que o juiz fará sobre as provas e os fatos. Essa confiança garante o caminho aberto à livre valoração. Nestas situações, confia-se que os juízes decidirão correta e racionalmente sem a necessidade de constrangimentos normativos.

Para fazer uso de alguns exemplos mais conhecidos, a hipótese conhecida por "presunção de estupro" ilustraria a desconfiança que fundamenta o dever do juiz de ter por verdadeiro o estupro se provada a relação sexual do acusado com a vítima menor de idade; já o raciocínio que conclui pela autoria do disparo com arma de fogo em função de laudo pericial que certifica o encontro de pólvora sob as unhas do acusado é composto de inferências que o próprio julgador realiza a partir da máxima segundo a qual "*quem tem resíduos de pólvora sob as unhas provavelmente realizou um disparo com arma de fogo*". Pouco importa se o julgador crê na falta de consentimento se há prova da relação sexual, mas caberá integralmente ao juiz o raciocínio sobre os fatos a partir dos quais, com base no conjunto probatório ofertado, será definida a autoria do delito sob exame.

A subdivisão concernente à admissão de prova contrária aplicável às presunções legais, por sua vez, expressa *distintos graus de porosidade à verdade* dos fatos do caso concreto. As situações disciplinadas mediante presunções relativas oferecem incentivo às partes à produção de provas dos fatos considerados relevantes juridicamente. Indicando os fatos que serão tidos por verdadeiros caso não sejam produzidas provas contrárias, estas espécies normativas pretendem contribuir à conformação de um conjunto probatório o mais rico possível.



É justo o oposto o que se espera mediante as regras conhecidas por estabelecerem presunções absolutas, porquanto servem à interrupção argumentativa e a limitações probatórias. O consentimento da vítima menor é irrelevante e, não estando em discussão, não poderá ser objeto de prova. Em situações como esta, o direito retira certos fatos do escopo probatório das partes. Isso ocorre porque, como podemos intuir, a adequada determinação dos fatos deve responder à busca pela verdade, mas este não é o único objetivo do processo: há regras epistêmicas (conducentes à verdade) bem como regras não epistêmicas (cujos objetivos são diferentes ao da aproximação à verdade dos fatos). Não há dúvidas de que, ao limitar a prova de alguns fatos por tornar a sua ocorrência irrelevante, a presunção absoluta encaixa-se no segundo grupo, pois serve a implementar compromissos político-morais importantes à preservação da dignidade sexual de menores de idade, pessoas em estado de vulnerabilidade ou portadores de alguma deficiência mental. Trata-se de finalidade importante, mas que não deve ser confundida com a busca pela verdade.

Em suma, no que refere ao conceito de presunção, o atual estado de coisas é de manifesta confusão. Falar que se está diante de uma presunção não diz muita coisa, pois é possível que seja expediente que expresse *constrangimento* ou *liberdade* ao raciocínio judicial, incentivo ou interrupção da atividade probatória. Num cenário de descontrole conceitual, certamente quem ganha não são os jurisdicionados pois a determinação dos fatos passa a se sujeitar à fluidez propícia a decisionismo em matéria probatória.

De mais a mais, se olharmos com atenção para os múltiplos efeitos alcançados pelas "espécies de presunção", veremos que eles se repetem em outros expedientes probatórios. A indiferença quanto aos fatos das situações disciplinadas como presunções legais assegura-lhe lugar mais adequado junto ao conceito de ficção jurídica. Já dizia Fuller, ao dissertar sobre o emprego do "como se", que o tomar o falso por verdadeiro tinha serventia ao direito.

Além disso, quando olhamos para as presunções judiciais, facilmente reconhecemos o raciocínio probatório que caracteriza a cognição judicial. Não há nenhum diferencial que faça o rotineiro raciocínio probatório merecer a etiqueta "presunção". E, se de ponto de vista conceitual chamar o raciocínio sobre fatos de presunção não acrescenta vantagens, do ponto de vista preocupado com as garantias dos cidadãos, o uso da terminologia pode chegar a dar lugar à considerável desvantagem. Serve de exemplo a frágil porém frequente correlação entre ocupar cargo ou posição dentro de uma empresa e ter conhecimento dos fatos da norma incriminadora. A rapidez da equivocada conclusão é facilitada por inferências as quais retoricamente se apresentam epistemicamente mais fortes do que em realidade são. Não há que se falar em presunções em contextos como esse e a busca pela melhor reconstrução dos fatos requer do juiz que encare de frente seu desafio probatório-argumentativo.



Finalmente, ao se tratar das regras chamadas de presunções relativas, é impossível ignorar a sua cercania com as regras de ônus da prova. Algo aí também mereceu minha investigação e, para garantir que as presunções não sejam mero sinônimo de ônus, raciocínios sobre os fatos e ficções, proponho a sua redefinição a partir de um compromisso epistêmico que a determinação dos fatos mediante regras que generalizem pode e deve desempenhar. Não há que se falar de "espécies de presunção", pois a estratégia da unificação sob um mesmo conceito de expedientes tão diferentes produz confusões propícias ao esvaziamento das garantias dos cidadãos. Presunções absolutas são ficções, presunções relativas sem fundamentos empíricos são meras regras de ônus, presunções judiciais são, em realidade, o rotineiro raciocínio não dedutivo a ser realizado pelo julgador para determinar fatos.

Que asseguremos o conceito de presunção tão-somente a regras que interrompam a valoração racional e livre do julgador também podem ter como objetivo a verdade dos fatos. Esse é um desafio que pode ser alcançado pelas presunções (entendidas a partir da redefinição sugerida). A maior precisão conceitual contribui diretamente à controlabilidade das decisões sobre os fatos que tanto interessa sistemas jurídicos democráticos.

"Em defesa de um conceito jurídico de presunção" foi trabalho que contou com a orientação de Jordi Ferrer Beltrán e Carmen Vázquez e foi defendido em janeiro de 2019, com banca composta por Diego dei Vecchi, Mercedes Fernández López e Geraldo Prado, na Universitat de Girona. Por incentivo de alunos, colegas e amigos, será finalmente publicada no segundo semestre deste ano pela Marcial Pons. O livro contará com prefácio e apresentação de Geraldo Prado e Alexandre Morais da Rosa, respectivamente. Para além de serem estes dois grandes processualistas por todos nós conhecidos, são, para mim, fonte de inestimável interlocução e aprendizado. As ideias apresentadas aqui, nesta sexta de feriado, e no seminário de teses, no início da semana, estarão finalmente registradas para serem conhecidas por todos os que se interessam pelos temas de prova, por todos os que também se enveredaram pela epistemologia jurídica. Fico muito feliz de dividir esta novidade também na Limite Penal.

[1]. O "Seminário de Teses" é projeto capitaneado por Vinícius Vasconcellos e Bruno Buonicore e realizado pelo IDP. A minha apresentação pode ser acessada pelo link: <https://www.youtube.com/watch?v=pT-g7UyPGSQ>

Date Created

04/06/2021