ALOÍSIO SURGIK
Professor de Direito Romano
UFPR , UTP, PUCPR, FDC e UnC.

DAS PRESUNÇÕES COMO MEIOS DE PROVA (DE ROMA À ATUALIDADE)

1.PREÂMBULO

Entre outros temas abordados pelo processualista brasileiro JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA,[1] merece especial relevo o que se refere às presunções e às provas.

Observa o mestre que o pensamento jurídico brasileiro – e não apenas o brasileiro - tem-se orientado, de longa data, no sentido de reconhecer como estreitamente vinculadas as noções de *presunção* e de *prova*. E a afirmação – continua ele – não vale exclusivamente para as chamadas presunções **judiciais** ou **simples**, (*praesumptiones hominis*), senão também para as presunções legais **absolutas** (*iuris et de iure*) e as relativas (*iuris tantum*)[2].

Salientando o fato de a leitura das exposições contidas em mais de uma obra doutrinária revelarem que tal visão corresponde a algo que se reputa axiomático, não faltando, entretanto, na literatura jurídica, investigações menos acomodadas à rotina, e colocando-se ele na posição de quem não pretende acrescentar algo de propriamente inédito aos resultados já obtidos, sem dúvida, veio lançar novas e penetrantes luzes para a revisão de conceitos e proposições de esquemas de reconstrução.

Na exposição do presente trabalho, é oportuno focalizar o tema sob o ponto de vista histórico, a começar pelo Direito Romano, pois é à luz da pesquisa histórica que se podem aclarar muitos pontos obscuros das mais controvertidas doutrinas jurídicas da atualidade.

---

[1] *Temas de direito processual.* São Paulo, Saraiva, 1977.

[2] Op. cit., p. 55.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

2. *PRAESUMPTIO* E *PRAESUMERE* NAS FONTES ROMANAS

Conforme o *Novíssimo Digesto Italiano*, tanto o nome *praesumptio* como o verbo *praesumere* empregam-se nas fontes jurídicas com significados diversos.[3]

De fato, encontra-se *praesumptio* tomada no sentido de "privilégio",[4] de "usurpação",[5] de "arrogância"[6] e de "opinião",[7] enquanto *praesumere* indica "tomar antes", [8] "usurpar",[9] "ousar",[10] "arrogar-se",[11] "crer".[12]

Na admirável simplicidade do sistema romano clássico, parece que, com exceção da chamada *praesumptio muciana*, não tiveram lugar outras presunções, mas somente normas de interpretação.

O princípio estabelecido pela presunção muciana[13] era o de que não 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.

Admitindo-se que os conceitos de *praesumptio* e *praesumere* provêm dos estóicos, introduzidos que foram no mundo clássico romano por intermédio das obras dos retóricos,[14] na verdade, tais conceitos entraram realmente no pensamento jurídico somente na época da decadência, pela escola jurisprudencial pós-clássica, só então tomando vulto para, posteriormente, entrar em cheio na teoria jurídica da prova, sob a enorme influência que exerceu a retórica grega sobre a jurisprudência pós-clássica.

Segundo C. FERRINI,[15] a *praesumptio,* nos textos genuinamente clássicos, teria tido uso com o valor de "opinião".

Enquanto a jurisprudência clássica indicava aquilo que, em cada caso, era conforme ao direito e quais eram as conseqüências jurídicas de um ato

---

3 "Presunzione", in *Novíssimo Digesto Italiano,* vol. 13, p. 1977.

4 D. 43, 4, 3, 3; C. 8, 14, 17.

5 C. Th. 15, 1, 14.

6 C. Th. 6, 4, 22, 3.

7 D. 29, 2, 30, 4.

8 C. Th. 14, 1, 26.

9 C. Th. 8, 5, 55.

10 C. Th. 3, 8, 2.

11 C. Th. 1, 28, 3.

12 C. 2, 42, 4; D. 12, 6, 3.

13 Nas fontes, as duas passagens que tratam da ***praesumptio muciana*** encontram-se em D. 24, 1, 51 e C. 5, 16, 6, 1.

14 "Presunzioni", in *Novíssimo Digesto Italiano*, vol. 13, p. 766.

15 FERRINI, C. *Le presunzioni in diritto romano*. Opere, Milano, 1929, v. 3, p. 417 s.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

ou de um fato, a retórica visava a ensinar o modo melhor para enunciar e sustentar a própria tese e refutar a contrária.

A noção retórica de prova, que tinha a característica de absorver a própria prova na argumentação, segundo o princípio de que "mais valem os argumentos que as testemunhas" (*plus argumenta ualent quam testes*), prende-se à distinção aristotélica das provas em ***inartificiales e artificiales***, se preferirmos seguir QUINTILIANO.[16]

CÍCERO[17] esclarece a diferença nos seguintes termos: as primeiras existem por si e servem para provar em sentido estrito; as segundas, ao invés, são o resultado da atividade do orador, coligadas, portanto, com a *argumentatio*.

Porém, os juristas que haviam deixado num primeiro momento aos retóricos a solução destes problemas passaram a ocupar-se da elaboração de uma noção jurídica da prova, completamente diversa, levando-se em consideração dois fatores: de um lado, a decadência da oratória a partir do século primeiro da nossa era, e, de outro, a influência exercida pelos juristas sobre o *thema probandum*.[18]

Sem recuarmos às fontes mais remotas das legislações antigas, como fizeram alguns autores, chegando até ao direito hebreu e indiano e vislumbrando as presunções já na Bíblia e no Código de Manu, sendo particularmente lembrado o famoso juízo de Salomão,[19] cumpre-nos examinar mais atentamente as fontes que constituem a origem direta do nosso sistema jurídico.

As limitações do presente trabalho não permitem apreciar cada uma das passagens do *Corpus Iuris Ciuilis* em que aparece a palavra *praesumere* ou *praesumptio,20* nem tampouco discorrer sobre a suspeição de interpolações em tais textos.[21] Convém ressaltar, antes de mais nada, que os clássicos consideraram a *praesumptio* como algo absolutamente de direito material, como foi dito anteriormente, no sentido de *interpretatio* , que se afasta de toda a relação com a questão da prova,

---

16 Cf. *Novíssimo Digesto Italiano*, vol. 13, p. 765.

17 *De or.*, 2, 116.

18 *Novíssimo Digesto Italiano*, p. 765.

19 Cf. RAMPONI. *Teoria generale delle presunzioni.* 3ª. ed., Torino, 1890, p.69-70.

20 Entre outras, D. 4, 2, 23; D. 23, 3, 57; D. 40, 5, 28, 8; D. 22, 3, 24, 25.

21 A propósito, v. JUSTUS WILHELM DEDEMANN. *Las presunciones em el derecho*. Trad. LUIS SERAL, Madrid, 1931, p. 13 s.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

enquanto a *praesumptio* (geralmente interpolada), no direito justinianeu, está em íntima relação com a questão processual da prova.[22]

Os comentadores do *Corpus Iuris Ciuilis* procuraram dissecar a palavra *praesumptio*, começando por defini-la e terminando por dar enormes explicações acerca da mesma. Assim, DONÍSIO GODOFREDO: "*Praesumere est ante sumere, audere, accedere, tentare, aliquid contra ius prius adgredi, praeoccupare, putare, praesagire, coniicere, cogitare, diuinare. Praesumptio est coniectura seu diuinatio in rebus dubiis collecta per rerum circunstantias, ex argumentis uel indiciis frequenter euenientibus*"[23] (Presumir é tomar antes, ousar, aproximar-se, tentar, visar prioritariamente a alguma coisa contra o direito, adiantar-se a fazer algo, ponderar, prever, lançar, pensar, adivinhar. Presunção é a conjectura ou adivinhação em assuntos duvidosos, tirada de argumentos ou indícios que freqüentemente acontecem).

É importante observar que DIONÍSIO GODOFREDO separava a presunção da prova, dizendo que a presunção difere da prova porquanto esta faz prova por si, enquanto aquela demonstra por meio de outras coisas certas: "*Differt praesumptio a probatione... probatio per se; praesumptio per ea que certa sunt fidem facit*".[24]

3. A *PRAESUMPTIO IURIS ET DE IURE* E A *PRAESUMPTIO IURIS TANTUM*

Dizem-se presunções absolutas, ou peremptórias, ou *iuris et de iure*, as que não admitem prova contrária ao fato presumido, e presunções condicionais, ou relativas, ou *iuris tantum*, as que admitem prova em contrário.

É pacífico o entendimento de que a expressão *praesumptio iuris et de iure* não se encontra nas fontes romanas, muito embora o conceito que traduz já existisse no direito justinianeu, que admite como verdadeiros certos fatos, vedada qualquer prova em contrário.[25] Todavia, não se tratava propriamente de presunções e sim de preceitos legislativos.

De fato, as presunções, perdendo a sua natureza primitiva, vieram, no período justinianeu, a transformar-se em normas legais.

---

22 DEDEMANN, Justus Wilhelm, op. cit., p. 31-3.

23 Comentário de DIONÍSIO GODOFREDO em torno de D. 22,3 – *Corpus Iuris Ciuilis in IV partes distinctum, eruditissimis Dionysii Gothofredi I. C. Clarissimi notis illustratum,* Lugduni, 1662. p. 710.

24 Id., ib.

25 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial.* São Paulo,, Max Limonad, 1949, v. 5, p. 403.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

DONATUTI, após definir a *praesumptio iuris* como "la norma giuridica che ordina di ammettere nel giudizio come provato um fatto la cui esistenza sia dubbia finchè non si sia avuta la prova del contrario", sustenta que se deve "distaccare della dottrina moderna la quale è pressochè concorde nel ritenere, sulla base degli studi del Gradenwitz e del Ferrini, la presunzione legale, istituto del diritto giustinianeo".[26]

Sustentando que, na verdade, as *praesumptiones*, em seu sentido técnico-jurídico, somente adquiriram efetiva aplicação e importância sempre mais vasta no período pós-clássico, explica o referido autor que a *praesumptio muciana* teria surgido propriamente de uma regra estabelecida pelo jurista, a fim de facilitar a solução do caso prático. Esta regra, que, num primeiro momento, não era dirigida ao juiz e não tinha a característica das normas jurídicas – a generalidade – foi-se transformando com o tempo em *opinio communis*, tornando-se, assim, uma *praesumptio iuris*.[27]

Quanto à *praesumptio iuris et de iure*, expressão universalmente criticada, a ponto de dificultar que se lhe dê uma justa definição,[28] assim se expressa CARLOS LESSONA, traduzido por ENRIQUE AGUILERA DE PAZ: "La expresión *praesumptio iuris et de iure* – que no pocos escriptores censuran como bárbara y casi sin sentido – no se encuentra precisamente em las fuentes romanas, en las que la palabra *praesumptio* es usada siempre sola. La expresón de que nos ocupamos aparece em 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 presunpción *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 le ley".[29]

4. AS PRESUNÇÕES NO CÓDIGO VISIGÓTICO

Não obstante a grande influência eclesiástica sobre o *Código Visigótico* por influxo do *Código Teodosiano*[30] e o fato de se terem desen-

---

[26] DONATUTI, G. "Le 'praesumptiones iuris' come mezi di svolgimento del diritto sostanziale romano", in *Rivista di Diritto Privato*, Padova, 1933, p. 19 s.

[27] DONATUTI, G. Op. cit., p. 19 s.

[28] CONIGLIO, Antonio. *Le presunzioni nel processo civile*. Palermo, s/d, p. 7 s.

[29] LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en el derecho civil.* Madrid, 1942, v. 5, p. 237.

[30] Cf. LOBO DA COSTA, Moacyr. *O agravo no direito lusitano.* Rio de Janeiro, Borsoi, 1974, p. 15.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

volvido amplamente no direito canônico as diversas modalidades de presunções, o direito visigótico silencia sobre elas.

No *Fuero Juzgo* (versão castelhana da coleção original das leis visigóticas com o título de *Liber Iudicum* ou *Forum Iudicum*), no título sob a rubrica *"Del iudez que quiere bien entender el pleyto que deve primeramente fazer"*,[31] encontra-se tão-somente a insistência no sentido de que o juiz, para o perfeito conhecimento do pleito, deve saber a verdade dos testemunhos ou dos documentos e, na falta de provas testemunhais ou documentais, "venha o juramento se for mister". Eis o texto, literalmente:

> *"El iudez que bien quisiere oyr el pleyto, deve primeramiente saber la verdat de los testimonios, si los oviere en el pleyto, ó del escripto si lo y y oviere, é non debe venir al sagramiento de las partes, nin las deve conjurar livianamientre. Ca esto semeia mayor derecho, que el escripto venga primeramientre por saber la verdat, é despues venga el iuramiento si fuere menester. Et mandamos que en los pleytos sea dado el sagramiento de las partes quando non pudier seer provado por testigos, ni por escripto".*[32]

A importância do *Fuero Juzgo* na história das nossas instituições jurídicas é indiscutível. Elaborado com assessoramento de SÃO BRÁULIO, revisado no Concílio VIII de Toledo e promulgado em 645, sob o rei RECESVINDO,[33] apresenta o relevante significado de constituir o diploma unificador dos estatutos romano e godo, além de que, na forma pela qual chegou até nós, enfeixa um grande número de Constituições de reis posteriores, até alguns anos antes da conquista árabe.[34] Sobre o significado do Código Visigótico, eis as palavras de R. LIMONGI FRANÇA: "O monumento de maior importância para o estudo das origens do direito galo-ibérico, pois, com efeito, em Portugal, constituiu lei até as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, e, na Espanha, só foi revogado no século XIX".[35]

É mister lembrar, entretanto, que, do ponto de vista da influência, não menos importante foi, a partir da primeira metade do século XII, o cha-

---

[31] *Fuero Juzgo en latim y castellano.* Madrid, Real Academia Española, 1815.

[32] *Fuero Juzgo*, cit., 2, 5, 14.

[33] ALEJANDRE, Juan Antonio. *Temas de historia del derecho; derecho primitivo y romanización juridica.* Universidad de Sevilla, 1977, p. 135.

[34] LIMONGI FRANÇA, R. "Código Visigótico", in *Enciclopédia Saraiva do Direito.* Editora Saraiva, São Paulo, 1978, p. 490.

[35] Id., ib.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

mado renascimento do direito romano justinianeu e o concomitante movimento de renovação dogmática e doutrinária do direito canônico.[36]

Sem estabelecer regras sistemáticas sobre as presunções, o *Fuero Juzgo*, todavia, no título sob a rubrica *"De los escriptos que son dubdosos, cuemo deben seer provados por otros escriptos dessa misma mano"*, referindo-se aos escritos das pessoas que já faleceram, determina que se devem acatar os outros sinais e os outros escritos que elas fizeram e confirmar aquele escrito com os outros escritos:

> *"Todos los escriptos é los pleytos que son fechos, é aquel que lo fizo fazer, é las testemonias son muertas, si parece su sennal dellos en el escripto, deve omne actar las otras sennales, é los otros escriptos, que ellos fizieron, é confirmar aquel escripto con los otros escriptos. E, deven abondar tres escriptos, ó quatro que sean semerables daquel, por provar á aquel; fueras ende si los tiempos em que fuéron fechas las leyes, dizen que aquellos escriptos non devem valer".*[37]

5. AS PRESUNÇÕES NO LIVRO *FLORES DE LAS LEYES*

No antigo livro *Flores de las leyes*, precioso compêndio de direito processual, sem dúvida, uma das obras mais importantes da literatura jurídica medieval,[38] que em Portugal, logo desde o século XIII, constituiu uma das fontes subsidiárias do direito,[39] a rejeição das presunções como meios de prova aparece claramente no *"Título das prouas de como se deuen dar e quanto ser recebudas"*, estabelecendo-se literalmente que as presunções não são para provar por si, servindo apenas para ajudar a provar o feito:

> *"Todas las cousas se poden prouar per maneyras a primeyra e cõnfysson da qualquer das partes. A segunda e por testigos.. A terceyra e por cartas ou por enstrumentos publicos os enducios e as enndições e as prossonções nõ son pera prouar por sy, pero que aiuda a prouar o feyto".*[40]

6. AS PRESUNÇÕES NO LIVRO *LAS SIETE PARTIDAS*

No livro *Las Siete Partidas del sábio Don Afonso*, que alcançou enorme aceitação em Portugal, a ponto de ter vindo a constituir uma importante fonte da primeira grande compilação da legislação portuguesa, que foram

---

[36] BRAGA DA CRUZ, Guilherme *O direito subsidiário na história do direito português.* Coimbra, 1975, p. 181.

[37] *Fuero Juzgo*, 2, 5, 14.

[38] LOBO DA COSTA, Moacyr. Op. cit., p. 23.

[39] BRAGA DA CRUZ, Guilheerme. Op. cit., p.195.

[40] Fls. 31r.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

as Ordenações Afonsinas,[41] provavelmente por influência já dos canonistas, uma vez que na época da promulgação de *Las Siete Partidas* (segunda metade do século XIII), o direito canônico já desfrutava do maior prestígio, as presunções passam a merecer um tratamento especial no terreno das provas.

De fato, no Título XIV da Terceira Partida (*"De las prueuas e delas sospechas q los omnes aduzen em juyzio sobre las cosas negadas e dubdosas"*), após a enumeração das maneiras diversas de se provar (*"Quantas maneras son de prueua"*), passa-se especificamente à presunção, nos seguintes termos: *"E a vn ay outra natura de prouar, a que llaman presunpcion: que quiere tanto dezir, como grand sospecha que vale tanto en algunas cosas como aueriguamiento de prueua"*.[42]

Como se pode ver pelos próprios termos (*"E a vn ay outra natura de prouar"*), a presunção assume aqui a natureza de prova.

Porém, logo a seguir, o mesmo texto deixa bem claro que não se deve ter por suficiente tão-só a prova de sinais e de suspeita, a não ser nos casos em que determina a lei:

> *"Pero en todo pleyto non deue ser cabido solamente prueua de señales, e de sospecha: fueras ende aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro: porque las sospechas, muchas vegadas non non aciertan com la verdat"*.[43]

Da citação acima, concluímos: a) no regime das *Siete Partidas*, a presunção é tida como prova; b) não obstante sua natureza probatória, não é suficiente por si; c) já se faz a distinção entre a presunção legal e a chamada *praesumptio hominis*.

Aliás, na glosa em Latim, ao lado do referido texto, feita por GREGÓRIO LOPEZ, insiste-se na distinção da presunção, dando-se, inclusive, uma definição da *praesumptio hominis*:

> *"Nota hic deffinitionem praesumptionis... praesumptio hominis est quidem conceptus causatus in mente ab aliqua probabili coniuectura"*(Atente-se aqui para a definição de presunção... a presunção *hominis* é na verdade o conceito causado na mente humana por alguma provável conjectura).[44]

Há uma passagem, na qual se estabelece que não devem ser recebidas provas sobre as questões ou argumentos de filosofia:

"Canon deuen ser recebidas prueuas sobre las questiones, o argu-

---

41 BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Op. cit., p. 201-2.

42 *Las Siete Partidas*, 3, 14, 8.

43 Id., Ib.

44 Id., ib. (glosa).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

mentos de filosofia, porque tales contiendas como estas non se han de librar por fuero, nin por juyzio, si non por sabiduria de aquellos que se trabajan de saber, e de partir estas cosas. Otrosi, dizimos que aquella prueua deue ser tan solamente recebida em juyzio que pertenece al pleyto principal sobre que es fecha la demanda"[45].

Curiosamente, ao lado deste texto, há uma glosa explicando que a prova se faz não só por testemunhas ou instrumentos, mas também pela legítima confissão e também por presunção, nos casos em que a lei expressamente determina *"Fit probatio non solum per testes, uel instrumenta: sed etiam per legitimam confessionem: et etiam per praesumptionem, ubi est expressum in alias non"*.[46]

7. AS PRESUNÇÕES NO ANTIGO DIREITO LUSITANO

Apesar da grande influência exercida pelas *Siete Partidas* sobre o antigo direito lusitano e não obstante terem as compilações romano-canônicas passado a constituir o inesgotável manancial de soluções concretas dos problemas jurídicos a que os tribunais podiam recorrer para suprir as lacunas de uma legislação incipiente, as presunções não tiveram destaque nas obras legislativas e doutrinárias que precederam as codificações lusitanas, nem tampouco nestas últimas.

De fato, no *Livro de Leis e Posturas*, antiga coletânea da legislação portuguesa, que foi sempre o ponto inicial de todas as pesquisas históricas sobre a legislação e costumes dos primeiros séculos da monarquia,[47] não há qualquer exposição da matéria referente às presunções. Apenas uma ou outra passagem se refere eventualmente a elas, como, por exemplo, na Ordenação de D. Afonso IV, que contém dezoito leis e várias outras resoluções sobre a forma pela qual se procederia nos processos. Assim, a lei referente aos feitos do crime estabelece: *"Entom os ouujdores conssijderando a maneyra do fecto e a acusazom se sse proua, e a presençom quegenda he E outrossi que pessoa he a do acusado podem no meter a tormento e pergunta lo per aquela guisa que o dereyto manda E se confessar ou o confirmar sem tormento condenen o como dicto he E se o nom confessar e o fecto graue for e asconduto detenham no pera saberem uerdade per alhur, ou pera o meter outra uez a tormento E todo esto podem os ouujdores fazer ssegundo as maneyras dos fectos ca em todos nom podia seer dada hua maneyra nenhua Regla"*.[48]

---

[45] *Las Siete Partidas*, 3, 14, 7.

[46] Id., ib. (glosa).

[47] LOBO DA COSTA, Moacyr. Op. cit., p. 11.

[48] Livro de Leis e Posturas. Lisboa, 1871, p. 237.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

Como se pode ver da passagem acima, o *Livro de Leis e posturas* não contempla as presunções como meios de prova, uma vez que, nesta época, dispõe-se de outros meios para a obtenção da verdade, inclusive a tortura ("tormento"), embora pela lei undécima, se tenha estabelecido que a verdade é sabida pelas inquirições ou pela confissão de ambas as partes ou de cada uma delas: *"É ssabuda a uerdade pelas enquerições que forem tomadas como dicto he ou per confissom danbas as partes ou de cada hua delas os sobreJujzes os deuen liurar o preeyto per sentença defenetjua"*.[49]

As *Ordenações Afonsinas*, assim como as *Manuelinas* e as *Filipinas*, não tratam especificamente das presunções, a não ser indiretamente ou de passagem, como, por exemplo, na seguinte passagem: "E se a parte, contra quem em juízo é oferecido algum instrumento, ou escritura pública, alegar e quiser provar que é falsa, ou alegue por via de acusação, ou por via de exceção, o juiz, que do feito conhecer, a não receberá a isso, sem primeiro se obrigar a subscrever que, não provando a falsidade, haja a mesma pena que haveria aquele, que por sua parte oferece a dita escritura, se falsa fosse. E feita a dita subscrição, lhe faça fazer declaração da razão da falsidade, em que parte é falsa, e de que maneira, e como entende provar essa razão de falsidade, e todas as outras circunstâncias, por que melhor se possa entender e conhecer a dita falsidade, se é com verdade, se com malícia alegada. E logo sem outro intervalo faça vir perante si o tabelião, ou escrivão, que fez o instrumento, ou escritura, e alguma ou algumas das testemunhas nela nomeadas, para serem perguntadas sobre a verdade da escritura. E por qualquer presunção de falsidade, ou de malícia, que achar contra cada uma das partes, prenda logo aquele, contra quem achar a presunção, e não seja solto, até o feito ser determinado".[50]

O texto citado tem como fonte as *Ordenações Manuelinas*.[51]

8. AS PRESUNÇÕES NO DIREITO CANÔNICO

Na verdade, foi o direito canônico o campo mais fértil e propício onde, no terreno específico das provas, as presunções se desenvolveram e ramificaram nas mais variadas modalidades.

O canonista P. LUDOVICO ENGEL, em substanciosa obra, cuja primeira edição data de 1681, tendo atingido sua consagração com oito edições até 1742, seguindo a ordem das *Decretais de Gregório IX*, dedica um

[49] *Livro de Leis e Posturas*, p. 232.

[50] *Ordenações Filipinas*, 3, 60, 5.

[51] *Ordenações Manuelinas*, 3, 46, 5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

extenso título às presunções.[52] Define a presunção como sendo uma prova de coisa duvidosa ou controversa que se tira de outros fatos, esclarecendo que a presunção não prova imediatamente a intenção daquele em favor de quem se aduz, como ocorre com os documentos e as testemunhas, mas indiretamente, a modo de conseqüência:

"Praesumptio describi potest, quod sit rei dubiae seu controversae ex aliis positis desumata probatio. Dico, ex aliis positis; nam praesumptio non ita immediata et directe probat intentionem ejus pro quo adducitur, sicut instrumenta et testes, sed tantum indirecte, seu potius in consequentiam, ut ex his, quae modo sequentur, apparebit".[53]

Faz a classificação, distinguindo as presunções em *praesumptiones hominis* e *praesumptiones iuris*, subdividindo as *praesumptiones iuris* em *iuris tantum* e *iuris et de iure*,[54] explicando minuciosamente cada uma delas.

Seja como for, por mais veemente que possa parecer uma presunção, ENGEL não admite que alguém possa ser condenado em causa criminal, apenas por presunção:

"In hac igitur quaestione sentio... neminem in causa criminali ex praesumptionibus etiam vehementibus condemnandum esse".[55]

No regime do *Codex Iuris Canonici* de 1917, as presunções passaram a ser disciplinadas a partir do cânone 1.825:

"Praesumptio est rei incertae probabilis coniectura; eaque alia est iuris, quae ab ipsa lege statuitur; alia hominis, quae a iudice coniicitur... 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 própria lei - e *hominis,* do homem, que é a formada pelo juiz... A presunção de direito pode ser de direito simplesmente e *iuris et de iure* – de direito e por direito).

Depois, nos cânones 1.826 e seguintes, regula-se a matéria pormenorizadamente, estabelecendo-se que, contra a presunção simplesmente de di-

---

52 ENGEL, P. Ludovico. *Collegium Universi Juris Canonici antehac juxta triplex júris objectum partitum, nunc vero servato ordine Decretalium...* 8ª. ed. Beneventi, 1742, p. 146.

53 Id., ib.

54 Id., ib.: *"Praesumptiones, communiter in duas classes distinguuntur ut scilicet aliae dicantur praesumptiones hominis et aliae juris, sed praesumptiones juris subdividuuntur, quod aliae sint juris tantum, aliae juris et de jure"* (reproduzimos a grafia tal como se encontra no original).

55 Op. cit., p.147.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

reito, é admitida a prova tanto direta como indireta, ao passo que, contra a presunção de direito e por direito (*iuris et de iure*), somente a indireta, isto é, contra o fato em que se funda a presunção (cânone 1.826).

Se a lei não estabelece claramente que a presunção é *iuris et de iure*, entende-se que é *iuris tantum*. Contra esta se admite não só a *prova indireta*, consistente em negar o fato indiciário, mas também a *prova direta*, que consiste em admitir aquele fato e negar sua conexão com o fato incerto que se pretende demonstrar. Contra a presunção declarada *iuris et de iure*, não se admite a *prova direta*, mas tão-somente a *indireta*.[56]

Ademais, 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.[57]

Ensinam os canonistas modernos que presunção é a conseqüência 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*.[58] Entretanto, preceitua a lei canônica que o juiz não pode formar presunções que o direito não estabelece, a menos que as baseie em algum fato certo e determinado relacionado diretamente com aquele que é objeto da controvérsia.[59]

Embora no *Codex iuris Canonici* se encontrem diversos exemplos de presunção legal,[60] FERNANDO DELLA ROCCA faz questão de frisar[61] que o princípio da prova legal é muito mais reprimido no processo canônico que nos processos regidos pelas leis dos Estados, esclarecendo que no processo canônico, por tradição, sempre prevaleceu a chamada *probatio libera* ou *probatio moralis*, sendo poucas as provas legais, encontrando-se entre elas a *praesumptio iuris et de iure* (cân. 1.826) e outras provas legais "singulares" expressamente indicadas nos cânones 1.747, nº 1, 1.791, § 2º; 1.816, 1836, § 2º; 1.836, § 4º, etc.[62]

---

56 MIGUELEZ-ALONSO-CABREROS. *Código de Derecho Canônico bilíngüe y comentado.* Madrid, MCMLI, p. 679.

57 Cân. 1.827.

58 MIGUELEZ-ALONSO-CABREROS. Op. cit., p. 679.

59 Cân. 1.828.

60 V. cânones 16, par. 2; 63, § 2º; 1.015, § 2º; 1.814 e 1.904, § 1º.

61 DELLA ROCCA, Fernando. *Saggi di diritto processuale canônico.* Padova, CEDAM, 1961, p. 275-6.

62 Eis como se expressa literalmente: *"In primis adnotandum est quod, iuxta traditionem, principium probationis legalis multo magis cohibetur in processu*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

Entretanto, esclarece FERNANDO DELLA ROCCA que o processo de formação da certeza moral deve evoluir dentro de certos limites, de acordo com um roteiro, e tal roteiro é representado pelas regras processuais e principalmente pelos elementos constantes dos autos[63] devendo-se observar, segundo ele, que, nos termos do cânone 1.869, § 3º *(probationes autem aestimare iudex debet ex sua conscientia)*, confirma-se pelo legislador eclesiástico o fato de que o princípio da prova legal é uma exceção no direito processual canônico.[64]

9. A IMPORTÂNCIA DAS PRESUNÇÕES NO DIREITO CANÔNICO

Da exposição até aqui feita, pode-se perceber que as presunções, enquanto vinculadas às provas, na verdade, medraram, ramificaram-se e multiplicaram-se no seu terreno mais fértil, que foi o direito canônico.

Ainda que o processo canônico seja menos propenso à chamada prova legal que os outros Códigos de Processo Civil, há várias explicações que, a nosso ver, esclarecem tal fenômeno.

Em primeiro lugar, o direito canônico sofreu muito mais diretamente que qualquer outro sistema processual à influência da filosofia aristotélica, mediante a filosofia escolástica, em cuja estrutura repousa a própria teologia.

Há de se ressaltar que o escopo primordial do direito canônico não é outro senão o da *salvação da alma.* Em força deste objetivo ultraterreno, que

---

canonico quam in processibus qui legibus Status reguntur. In processu canonico enim semper praeualuit sic dicta 'probatio libera' (seu moralis), nempe liberum iudicium ex parte iudicis de exitu probationum potius quam iudicium de eis iuxa regulas immotas, iam lege determinatas. Et ideo perpaucae reuera sunt legales probationes, quae uti uim habent sese constituendi sicut fontes moralis certitudinis pro iudice. Haec sunt primum praesumptio iuris et de iure de qua inc. 1826 ac dein illae singulares probationes legales quae expresse indicantur" (cânones 1747, nº 1, 1791, § 2º; 1816, § 2º; 1836, § 4º, etc.).

63 Op. cit., p. 278: *"Processus formationis certitudinis moralis progredi debet iuxta quoddam iter quod adstringit; et hoc iter representatur tabulis processualibus ac praesertim elementis instructionis adquisitis actis causae".*

64 Ob. cit., p. 279: *"Itaque etiam illis uerbis quibus est canon 1869, § 3, 'probationes autem aestimare iudex debet ex sua conscientia' confirmatur a legislatore Ecclesiae factum quod principium probationis legalis est exceptio in iure processuale canonico ita ut interpretis legis et praesertim iudicis manus est hoc principium interpretandi atque applicandi maximo rigore et intra limites casuum exclusiue a lege statutorum".*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

constitui o princípio fundamental de todo o direito canônico, sacrificam-se quaisquer outros princípios que se lhe contraponham, ainda que assentados pacificamente na doutrina processual em geral.

Eis um caso concreto que vem muito a propósito aqui, porquanto está intimamente ligado ao tema das presunções: o princípio da coisa julgada.

No direito canônico, diferentemente do que ocorre com os demais direitos processuais, a regra da coisa julgada fica sujeita a uma grave exceção, no dizer de FERNANDO DELLA ROCCA,[65] pois várias causas são subtraídas à coisa julgada e podem ser sempre repropostas em juízo. Entre elas, as causas matrimoniais, cujas sentenças *"nunquam transeunt in rem iudicatam"*.[66] O direito divino sobre o qual se fundamenta o instituto do matrimônio, a indissubilidade do vínculo, em suma, a natureza sacramental do próprio matrimônio consolidam e valorizam o motivo da *salvação da alma*, que é o escopo ultraterreno da Igreja, não permitindo o trânsito em julgado, assim como, de um modo geral, nunca transitam em julgado as causas sobre o estado das pessoas.[67]

Ainda que a sentença matrimonial possa estar sempre sujeita à *retractatio*, não importando fluir o termo de dez dias estabelecido para a apelação, faz surgir uma *presunção* de que a sentença foi justa. No entanto, tal presunção subsiste tão-somente enquanto não se provar o contrário, com a reabertura da questão. A virtude de tal presunção sob o ponto de vista jurídico está em que a sentença adquire, se não a irrevogabilidade, pelo menos a exeqüibilidade; como também é por esta presunção que se inverte o ônus da prova. Em outras palavras, quem promover a *retratactio*[68] incorrerá no ônus da prova em contrário.

Os canonistas dizem – "um pouco imaginosamente", segundo expressão de FERNANDO DELLA ROCCA[69] - que a este efeito da presunção *pro iustitia sententiae* se possa dizer de trânsito em julgado, mesmo porque, conforme sustenta a doutrina, a própria sentença matrimonial transita em julgado quanto aos efeitos com relação a terceiros, quanto às custas e quanto à instância *(quoad tertios, quoad expensas et quoad instantiam)*, não podendo ser reapreciada nos mesmos autos em forma de apelação.

---

65 Op. cit., p. 3.

66 Cân. 1.903.

67 No direito canônico, entende-se por estado das pessoas *(status personarum)* o que reflete o estado religioso, clerical e matrimonial.

68 Aqui, a palavra *retratactio* deriva de *retractare*, no sentido de tornar a tratar.

69 Op. cit., p. 25.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

Como se vê, no direito canônico, particularmente no que diz respeito à coisa julgada, a presunção exerce uma função muito especial, sendo justificável até certo ponto a distinção entre a presunção *iuris tantum* e a presunção *iuris et de iure*, esta tendo aplicação quanto às sentenças que realmente transitam em julgado, aquela quanto às sentenças que não transitam em julgado.

É natural que no direito canônico, levando-se em conta suas peculiaridades, o conceito de presunção se tenha irradiado para o terreno geral das provas; porém, o que causa estranheza é o fato de ter assumido tamanhos desmembramentos nos direitos processuais civis, causando até hoje grande perplexidade entre os estudiosos.

Penetrando também nos Códigos Penais, não deixou de merecer acerbas críticas. Tal foi o caso da Espanha, conforme testemunho de LOPEZ-MORENO: "El art. 12 de la Ley de 18-6-1870, que estableció entre nosotros la prueba de indícios, fué objeto de acerbas impugnaciones. Aun admitido que dicha prueba sea de todo punto necessaria para la administración de justicia en lo criminal, no era muy de extrañar la alarma, teniendo en cuenta que constituía en España una novedad, importada de extraños países, y casi en contradicción con los principios fundamentales de nuestras más sabias leyes. Amén de esto, era por demás discutible si el modo y la ocasión fueron más oportunos".[70]

Em seguida, o mesmo autor faz uma apreciação mais objetiva, apontando as conseqüências funestas da inovação introduzida pelo legislador espanhol: "Antes solo se aplicaba la pena de muerte por delitos probados plenamente, que aparecían com la evidencia y claridad de la luz meridiana, según la sabia y santa expresón del imortal Código alfonsino; pero desde la publicación de la ley de 18-6-1870 se aplica también por indicios, y con ello ha aumentado extraordinariamente el número de ejecuciones, siendo hoy entre nosotros, poco menos que una insstitución el verdugo y uno de tantos espectáculos públicos el cadalso".[71]

As limitações do presente trabalho não permitem aprofundar-nos nas críticas acerca da tendência dominante entre os povos latinos, de ligar a teoria da prova ao direito material, sobre o que CONIGLIO entende tratar-se de uma conseqüência da cega imitação dos franceses: "Fu questa una consequenza della cieca imitazione del Pothier".[72]

---

[70] LOPEZ-MORENO, D. Santiago. *La prueba de indícios.* Madrid, 1897, p. 7.
[71] LOPEZ-MORENO, D. Santiago. Op. cit., p. 23-4.
[72] CONIGLIO, Antonio. Op. cit, p. 6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

Importa acima de tudo considerarmos as conseqüências jurídicas que as presunções vêm trazendo na atual sistemática processual, inclusive no Brasil.

10. AS PRESUNÇÕES NO DIREITO PROCESSUALL CIVIL BRASILEIRO

Retomemos daqui em diante o raciocínio percuciente de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.[73]

Começando pelas presunções judiciais ou simples *(praesumptiones hominis)*: o juiz vale-se do conhecimento adquirido sobre o fato *x* para tirar suas conclusões a respeito do fato *y*. O resultado desse raciocínio é que configura, propriamente, a presunção judicial: o juiz *presume* que ocorreu o fato *y* porque *sabe* que ocorreu o fato *x*, e sabe também que a ocorrência de um implica, necessária e normalmente, a ocorrência do outro.

Parece bastante claro – declara o mestre – que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, mediante o raciocínio "se ocorreu *x*, deve ter ocorrido *y*", nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova; o que se adquire é um novo *conhecimento*, coisa bem diferente. A atividade probatória realizou-se *antes*, e terá produzido frutos na medida em que permitiu estabelecer-se a ocorrência do fato *x*.

Quanto às presunções legais, começando pelas relativas *(praesumptiones iuris tantum)*, ao invés de se deixar ao órgão judicial o estabelecimento da correlação entre os dois fatos, o conhecido e o desconhecido, é o próprio legislador quem dá como pressuposta a correlação, excluindo, em certa medida, a valoração do juiz. *Em certa maneira* – reitera, dando ênfase, BARBOSA MOREIRA – pois resta a possibilidade de que venham aos autos elementos capazes de demonstrar que, naquele caso concreto, não existe o nexo, tendo-se passado as coisas de modo diverso do costumeiro; e ao órgão judicial, naturalmente, competirá valorar a prova acolhida, a fim de verificar se ela tem ou não suficiente força persuasiva para afastar a presunção.[74]

---

[73] Op. cit., p. 55 s.

[74] Op. cit., p. 60.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

Voltando a atenção para as presunções legais absolutas *(praesumptiones iuris et de iure)*, isto é, para aquelas em relação às quais, de acordo com a fórmula tradicional, é inadmissível a prova em contrário, o que no fundo se quer dizer é que nada adiantaria ministrar tal prova, pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria adstrito a pôr, como fundamento fático de sua decisão, aquilo que a lei presume. Nessa perspectiva – explica ele[75] - olhando mais de perto o fenômeno, a inadmissibilidade da prova em contrário aparece como simples corolário de sua irrelevância, explicando-se pela razão óbvia de que no processo não se deve tolerar atividade inútil.

Todas essas considerações, entretanto – e aqui se toca o *punctum pruriens*, no dizer ainda de BARBOSA MOREIRA[76] -, só têm relevância quando se pesquisa a *ratio legis*. São considerações que dizem respeito a uma opção do legislador e, portanto, se inscrevem no plano da política legislativa. Sua relevância é, por assim dizer, "pré-jurídica". Uma vez editada a norma, a respectiva eficácia manifesta-se com autonomia em relação aos motivos de conveniência ou de oportunidade que porventura a tenham inspirado; nem fica obscurecida essa verdade pelo papel que eventualmente possa desempenhar a *ratio legis* em matéria de interpretação.

Nos sistemas jurídicos codificados,[77] em que a fixação do direito escrito está ligada um forte estatismo,[78] consoante a tendência do chamado Movimento Codificador Moderno, impulsionado, em princípios do século XIX, pelos Estados autoritários europeus,[79] não surpreende que o legislador, soberanamente exaltado, chegue a legislar até mesmo contra a própria realidade dos fatos, invadindo o campo da ficção, conforme palavras de ROGER DECOTTIGNIES, segundo o qual "lê législateur peut se placer résolument em dehors de la realité... La loi fait alors directament 'front contre le naturel'. On dit qu'il a "fiction". Rien n'empêche le législateur d'avoir recours à tel procedé. Il est soverain; la règle de droit est son oeuvre; il est libre de la modeler à son gré".[80]

---

[75] Op. cit., p. 55.

[76] Op. cit., p. 62.

[77] Cf. J. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino. *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano.* Santiago de Compostela, 1976, p. 101, s.

[78] WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado de la Edad Moderna.* Trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, p. 407 s.

[79] Sobre este tema, v. FRANZ WIEACKER, op. cit., p. 292 s. e 406 s., assim como P. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955, p. 253 s. e 270 s.

[80] DECOTTIGNIES, Roger. *Présomptions em droit prive.* Paris, 1950, p. 156.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

11. PRESUNÇÃO E FICÇÃO

Costuma-se fazer teoricamente a distinção entre as presunções legais absolutas e as chamadas ficções jurídicas. Os próprios canonistas dizem que a presunção é distinta da ficção de direito, pois, na primeira, se toma o provável por certo, enquanto, na segunda, o falso por verdadeiro.[81] Na realidade, porém, são semelhantes os resultados práticos que o legislador consegue, recorrendo a um ou a outro expediente técnico, cabendo a opção à vontade do legislador: "La volonté du législateur est le seul élément qui opuisse entrer em ligne de compte dans la fiction. La souveraineté de la loi explique seule q'on puísse aller contre la réalité des faits".[82] Em última análise – esclarece JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA,[83] apoiando-se em MUSIELAK – a distinção tem apenas valor teórico.

Eis porque – continua – não surpreende certa tendência, que, às vezes, se observa, a confundir as duas figuras, a tomar uma pela outra. Trata-se de confusão feita, em vários casos, pelo próprio legislador, que emprega, ao redigir a lei, terminologia inexata: fala, por exemplo, de "presunção", ou usa o verbo "presumir", quando na verdade está consagrando uma ficção. Exemplo desse equívoco, no entender de BARBOSA MOREIRA, depara-se na redação do artigo 343, § 1º, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, referente à intimação da parte para prestar depoimento pessoal e às conseqüências do eventual não-comparecimento ou recusa de depor. Dispõe o texto legal: "A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se *presumirão confessados* os fatos contra ele alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor". Ora, é evidente – diz o mestre – que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum *confessa*: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar senão como *inexistente*. Aqui não há qualquer "juízo de probabilidade": estamos diante de algo que sabidamente *não ocorre* e ao legislador não é dado "presumir" que ocorra. Nem é isso, aliás, que ele pretende: quer apenas atribuir a um fato *diverso* (o não-comparecimento, ou a recusa de depor) os *mesmos efeitos* que decorriam do fato *não verificado* (a confissão). Estamos, assim, em pleno domínio da ficção, e não por acaso que se costuma falar a propósito de *ficta confessio*. Outro seria o enqua-

81 MIGUELEZ-ALONSO-CABREROS. Op. cit., p. 679. Exemplos de ficção jurídica encontram-se no *Codex Iuris Canonici*, cân. 409, § 1º; 420; 1.114 e 1.116.

82 DECOTTIGNIES, Roger. Op. cit., p. 16.

83 Op. cit., p. 65.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

dramento dogmático, vale notar, se a norma estatuísse que os fatos alegados contra a parte, nas hipóteses de não-comparecimento ou de recusa a depor, "se presumirão *verdadeiros*". Aí, sim, existiria realmente *presunção*, isto é, equiparação de efeitos baseada em "juízo de probabilidade"; ao ver do legislador, se a parte, intimada a depor, se absteve de comparecer ou de prestar depoimento, esse modo de proceder, revelando o temor de ser inquirida, autorizaria a conclusão e que as alegações do adversário, espelham a verdade. Tal como redigido o dispositivo, porém, o caso é de ficção, e não de *presunção legal*.

Também de ficção – são ainda palavras de BARBOSA MOREIRA[84] é outra hipótese em que o Código, incidindo no mesmo equívoco, usa a expressão "presumindo-se". É no art. 832, 2ª parte, onde se prevêem as conseqüências do não-cumprimento, pelo obrigado, da sentença que lhe imponha o reforço da caução: "Não sendo cumprida a sentença, cessarão os efeitos da caução prestada, *presumindo-se* que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso". Entra pelos olhos a absoluta falta de correspondência entre o fato que se diz "presumido" e a realidade das coisas: não ocorre, é claro, desistência alguma; apenas se quer dar ao descumprimento da sentença defeito idêntico, no particular, ao que produziria a desistência, *se ocorresse*. Isso, porém, é mais que presumir: é *fingir*.

12. CONCLUSÃO

Disse muito bem JOHN MERRYMAN: "El derecho tiene sus raíces en la cultura y responde, dentro de los llímites culturales, a demandas específicas de una determinada sociedad, en un lugar y en una época determinada. Es en el fondo un processo determinado historicamente, por medio del cual ciertos problemas sociales son detectados, formulados y resueltos. La sustitución de una tradición jurídica por otra no es ni posible ni deseable".[85]

Falando sobre a reforma processual civil, em termos que denunciam claramente o conservadorismo brasileiro, eis as palavras de ALFREDO BUZAID: "Entram em jogo dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da *conservação* e o da *inovação*. Ambos se harmonizam, porque, se o primeiro torna menos perturbadora a mudança, o segundo remedeia os males observados durante a aplicação do Código. O reformador não deve

---

84 Op. cit., p.66.

85 MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Carlos Sierra. México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p.249.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

olvidar que, por mais velho que seja o edifício, sempre se obtém, quando demolido, materiais para construções futuras".[86]

Nos sistemas processuais que seguem as tradições romano-canônicas, as reformas têm se inclinado a conservar as disposições relativas às presunções, não obstante seu imperativo nitidamente canônico. É o caso, por exemplo, entre outros, da reforma Argentina, sobre a qual assim se expressa SANTIAGO SENTÍS MELENDO: "Y quedan entonces subsistentes los (artículos) que ningún valor innovador tenían; los que admitem la prueba de *informes*, que ya ninguna resistência suscitaba, al amparo de uma jurisprudência consolidada ; o la *prueba de presunciones* (si es que la presunción es um médio probatório), que con tenerla em el Código Civil podia ser suficiente, em espera de tiempos de más científicos ordenamientos procesales".[87]

Nos sistemas socialistas, fizeram-se em geral as mais acerbas críticas à teoria das provas indiretas. Referindo-se às obras dos processualistas ocidentais, assim se pronunciou ANDREI VISHINSKI: "Não obstante, até nas obras mais modernas dos homens da ciência burguesa (por exemplo, no trabalho citado de GLASER), assinala-se, especialmente, o papel do número da valorização da qualidade dos indícios como provas. Mas, nestas obras, manifesta-se ainda em maior grau o predomínio do princípio da lógica formal, que reina, exclusivamente, em toda a metodologia da estruturação do sistema das provas indiretas. Este é o vício fundamental das teorias burguesas das provas indiretas. Nelas, toda a essência da prova reduz-se a operações lógicas, a simples dedução da premissa menor, partindo da maior. E isto continua a ser feito, apesar de que alguns dos mais relevantes homens de ciência burguesa (GLASE, ZHIRIÁEV) advertiram o vício de tal metodologia".[88]

No sistema processual civil brasileiro, embora concordemos com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA quando afirma que o Código de 1973 revela aqui e ali notável progresso em relação ao anterior diploma legal,[89] todavia, pelo menos no que se refere especificamente às *presunções como meios de prova,* entendemos que há de se aprofundar a pesquisa, mediante cuidadosa revisão crítica das fontes, para a reformulação de velhos conceitos.

---

86 BUZAID, Alfredo. "Exposição de motivos", in *Código de Processo Civil brasileiro*, 1973.

87 SENTÍS MELENDO, Santiago. *El proceso civil – estudio de la reforma procesal argentina*. Buenos aires, EJEA, 1957, p.183.

88 VISHINSKI, Andrei. *A prova judicial no direito soviético*. Trad. Roberto Pereira Vasconcelos, Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1957, p. 207.

89 Op. cit., p. 66.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

Afinal, ainda nos resta a lição romana clássica, que não contemplou as *presunções como meios de prova*, para alimentarmos a esperança de que tal prática, desenvolvida no âmbito canônico, sob a suposta justificativa da *salvação das almas*, não venha hoje, no terreno penal, autorizar aos verdugos a prática da tortura e da morte, ou no plano civil, levar a injustas condenações, sem o devido fundamento probatório, a título de meras presunções.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302

https://doi.org/10.55104/FRDC_0302