

A Filosofia Comunicacional e Sua Aplicabilidade Prática: as Contribuições da Teoria Comunicacional no Exame das Presunções no Direito

FLORENCE HARET

Doutora pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo/Brasil, Professora e Pesquisadora do IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Professora da EPD – Escola Paulista de Direito, da ESPGE – Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, do Curso de Especialização em Direito Tributário na Universidade de São Paulo, Assistente Acadêmica de Paulo de Barros Carvalho na Universidade de São Paulo no Curso de Graduação nas Turmas de Direito Tributário I e II.

Submissão: 25.05.2011

Parecer 1: 25.05.2011

Parecer 2: 21.06.2011

Decisão Editorial: 21.06.2011

RESUMO: O presente artigo, tomando a figura da presunção como seu objeto exegético, mostra de forma hialina que a teoria comunicacional proporciona um avanço significativo na ciência do direito e na compreensão do fenômeno jurídico como um todo. Munidos desses novos instrumentos cognoscitivos, ficamos habilitados a ver tudo no ordenamento sob um ponto de vista que inaugura novidades semânticas, que são sentidas na própria pragmática do objeto estudado. Assim, ao mesmo tempo em que evitamos miscigenar conceitos de segmentos diferentes do saber jurídico – ciência do direito e direito positivo –, cumprimos com a função de *enunciar sobre* as presunções, conhecendo-as de acordo com uma base teórica sólida e precisa. Percorremos, portanto, o instituto das presunções sob um ponto de vista comunicacional, anunciando-as, em um só tempo, como atos, procedimentos e normas que contribuem para a formação do fato presuntivo. Fazemos a diferença entre presunção e ficção no universo jurídico. No campo processual, elas são observadas pela teoria dos jogos de Gregorio Robles e a concepção lúdica do direito processual ajuda a entendê-las como normas técnica ou procedimental.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção; ficção; norma técnica; fato presuntivo; teoria comunicacional.

ABSTRACT: This article, taking the figure of the presumption as its exegetical object, clearly show that the communication's theory provides a significant advance in the science of law and legal understanding of the juridical's phenomenon as a whole. Armed with these new cognitive tools, we were able to see everything in the juridical's system on a point of view that opens new semantics ways that are felt in the pragmatic studied of the object. Thus, while we avoid to amalgamate concepts of different segments of the legal knowledge – science of law and positive law – we comply with the task of articulate about presumptions, knowing them in accordance with a solid and needed theory base. We have seeing, therefore, the institute of presumption under a communicational point of view that shows them, at once, as an act, a procedure and a juridical rule, all contributing to the formation

of the presumed fact. We make the difference between presumption and fiction in the legal universe. In the procedural field, they are observed by the game's theory design by Gregorio Robles and that specific law procedural point of view helps to understand them as technical or procedural rule.

KEYWORDS: Presumption; fiction; technical rules; presumptive fact; communication theory.

SUMÁRIO: 1 Palavras introdutórias; 2 Conceito de presunção sob um ponto de vista comunicacional: ato, procedimento e norma na formação do fato presuntivo; 3 Presunção e ficção sob o ponto de vista jurídico: novelas e contos na óptica literária de Robles; 4 Presunção e direito processual: teoria dos jogos de Robles e a concepção lúdica do direito processual; 5 Presunção como norma técnica ou procedimental; Conclusão; Referências.

1 PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

É cada vez mais crescente o uso e a aplicabilidade da teoria comunicacional no exame do Direito. Hoje é possível dizer que, no Brasil, as principais pós-graduações em Direito – *stricto* e *lato sensu* – utilizam-se dessa ferramenta fornecida pelo movimento do “construtivismo lógico-semântico” e representada por grandes teóricos do Direito, como o expoente Paulo de Barros Carvalho em São Paulo. E não somente no Brasil se vê essa revolução científica. Na Europa, a referida postura exegética já vinha sendo consolidada desde os idos do século XX, encontrando-se hoje bem interpretada pelo jurista e romancista Gregorio Robles na Espanha. Ressaltando esse cenário filosófico, o Professor Emérito da USP e da PUC supracitado confirma:

A teoria comunicacional do Direito vem se irradiando, tanto na Europa, com a obra de Gregorio Robles Morchon, quanto em outros países, como no Brasil, ainda que debaixo de diversas designações, sendo o caso das “doutrinas pragmáticas” e do “constructivismo lógico-semântico”. Tratar o Direito como algo que necessariamente se manifesta em linguagem prescritiva, inserido numa realidade recortada em textos que cumprem as mais diversas funções, abriu horizontes largos para o trabalho científico, permitindo oportuna e fecunda conciliação entre as concepções hermenêuticas e as iniciativas de cunho analítico.¹

De fato, sem abandonar as concepções lógico-analíticas do Direito – nosso ponto firme ou formal – empreenderemos com a percepção hermenêutica do fenômeno jurídico um novo olhar, de modo a perceber nele, Direito, a presença de todos os elementos linguísticos que envolvem a comunicação normativa. Assim, a norma não mais será observada como *apenas uma estrutura lógica*, mas, sem abandonar esse pensamento, iremos localizar esse esqueleto normativo dentro do contexto comunicacional em que se insere, dando

1 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 127-128.

movimento à análise, *i.e.*, trazendo os aspectos dinâmicos e linguísticos que envolvem a matéria. A regra jurídica, nessa visão, passa a ser texto e, como texto, tem contexto e amplitude de ato de fala dentro da ordem positiva.

Nessa linha, Paulo de Barros Carvalho, no Brasil, e Gregorio Robles, na Espanha, alimentaram novos métodos interpretativos do Direito. O primeiro, recomendado por Alfredo Augusto Becker, em 11.05.1976, a empreender a leitura de três grandes autores na ciência da linguagem (Jakobson, Saussure e Ulmann)², como bom e sério cientista que é, fê-lo, e, a partir daí, desenvolveu brilhantes pensamentos sobre a comunicação jurídica. O segundo, munido de sua formação – e paixão – romancista, atreveu-se a aplicar conceitos literários aos diferentes acontecimentos de Direito, dando novos contornos à análise e, com isso, formas muito inovadoras de pensar o jurídico.

Foi com o histórico exemplar desses grandes autores que se viu fortalecer, no Brasil, na Europa e no mundo, as concepções comunicacionais do Direito, explicando os mais variados fenômenos jurídicos com instrumental ainda pouco aproveitado. A partir de então, tudo passa a ser novidade, afinal, o novo está justamente na forma de expor o tema. E é com o exemplo desses dois grandes teóricos da ordem jurídica que passaremos a examinar a figura da presunção no ordenamento, segundo seus aspectos linguístico-comunicacionais, mostrando de uma vez por todas esse poderoso instrumento da exegese comunicacional do Direito.

2 CONCEITO DE PRESUNÇÃO SOB UM PONTO DE VISTA COMUNICACIONAL: ATO, PROCEDIMENTO E NORMA NA FORMAÇÃO DO FATO PRESUNTIVO

A dicotomia processo/produto, existente em quase todos os conceitos, traz a noção de que não se alcança resultado nenhum sem a consecução de determinados atos, ainda que estes sejam considerados, individualmente, como únicos. Bem se vê que a ideia de atividade voltada para o alcance de determinados resultados transpassa ou revela outra que é a observância de tudo sob um ponto de vista estático e/ou dinâmico. Cabe ao exegeta produzir o corte, reduzindo o campo de abrangência de sua ciência. No entanto, o estudo do objeto sempre poderá ser feito por um viés que prioriza as qualidades sintáticas do ser ou as propriedades da dinâmica da coisa em um dado sistema de referência. Em linguagem de proporção: enquanto o processo está para o ponto de vista dinâmico, o produto encontra-se segundo o ângulo estático.

No domínio jurídico, surpreenderemos o objeto do Direito em sua forma de norma. A existência na ordem posta se dá unicamente no modo normativo. Esse é dado do positivismo lógico que não podemos escapar.

2 A carta se encontra na íntegra no livro: HARET, Florence; Carneiro, Jerson. *Vilém Flusser e jurista: comemoração dos 25 anos do grupo de estudos Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Noeses, 2009.

Reforcemos que é na forma que encontramos nosso porto seguro de análise. Enquanto proposição de sentido jurídico, podemos ressaltar os predicados da unidade, como enunciado do deôntico, diferenciando-a das demais regras de Direito, ou destacar seu procedimento enunciativo no tempo, ou melhor, seu processo de positivação. Eis instaurada a dicotomia processo/produto, atividade/resultado ou, ainda, procedimento/ato de toda palavra. Nessa esteira, isso autoriza dizer que tudo no Direito pode ser conjecturado segundo três entendimentos: *norma*, *procedimento* e *ato*. É o que faremos, na sequência, com o instituto das presunções, mas o que também poderia ser feito com qualquer outra figura jurídica, tal como o fez Paulo de Barros Carvalho com o lançamento tributário e a decadência³.

Certo é que todo ato de presumir, em sentido amplo, exige procedimento enunciativo, pois presunção, em sua forma mais reduzida, é texto, é ato de fala, é enunciado proposicional comunicado. Por sua vez, esse procedimento se traduz por uma sequência de atos, passos necessários ao alcance de determinado fim, que tem por resultado um último ato, qualificado como *factual*, quando integrante do sistema comunicacional de fato, ou como *normativo*, momento em que pertence a universo prescritivo. É neste ato-fim que iremos identificar a figura do procedimento em sua conjuntura, isto é, processo pronto e acabado. Tal assertiva tem como pressuposto raciocínio indutivo, porque, atingindo o último ato da sequência, a referida ordem foi seguida e cumprida por completo. O acontecimento final pressupõe, outrossim, todos os demais.

Como expressão linguística desses movimentos enunciativos, encontraremos a norma procedimental, aquela regra técnica que identifica os tópicos necessários à constituição do ato e, por consequência lógica, de seu procedimento produtor.

Por tais argumentos, chegamos a um tempo em que não há como definir presunção, sem interconectar esses três conceitos: ato, procedimento e norma. Inexiste ato presuntivo sem um procedimento específico que o estabeleça, assim como também não há ato nem procedimento de presunção no Direito sem norma que os prescreva. De tal modo que um conceito pede a ideia do outro para se autoconstituir como signo com significação.

Los tres conceptos (acción, procedimiento y norma procedimental) se asimilan hasta tal punto que casi son intercambiables.

No obstante, conviene señalar que cada una de esas nociones subraya o enfatiza algún aspecto determinado. La palabra "acción" nos sugiere la idea

3 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452-457 e 534.

*de un fenómeno ya acabado, contemplado en su totalidad como una realidad producida. "Procedimiento" es una palabra que sugiere el conjunto de pasos necesarios para que pueda producirse la acción. Por último, la norma procedimental es la expresión lingüística de dicho procedimiento, su manifestación explícita por medio de palabras.*⁴

Em consonância com o que foi introduzido, cumpre rememorar as sábias palavras do mestre Paulo de Barros Carvalho⁵, quando explicita sobre a constituição do fato jurídico tributário. Tomando as noções do Jurista espanhol Gregorio Robles, entendeu que os conceitos de "norma", "procedimento" e "ato" são indissociáveis no direito positivo na figura do lançamento tributário. Nesse sentido, traduzem *momentos significativos de uma e somente uma realidade*. Não pode haver o ato sem um procedimento, e não há procedimento sem norma que o estabeleça. Vejamos em suas palavras:

Neste ponto, estou bem afinado com Robles, para quem o procedimento não é outra coisa que a regra ou norma prescritora daquilo que o sujeito tem que fazer para realizar uma ação, ou praticar um acto (em seu sentido estático), o que implica reconhecer que todo procedimento se expressa verbalmente por meio de uma regra ou norma que institui os tópicos necessários à concretização do acto. Esse *ter que* exprime a presença da chamada regra técnica, tão utilizada na compostura do tecido linguístico do direito posto.⁶

Da mesma forma, como no lançamento, a aludida teoria veio a calhar diante do problema semântico em que se viu o exegeta do Direito com as presunções. Em verdade, poderemos, a partir desse olhar, verificar que toda *presunção*, em seu sentido amplo ou em cada um de seus tipos enunciativos, é procedimento de raciocínio (presuntivo), ato de presumir e norma (de estrutura) procedimental que institui o itinerário para se presumir. São acepções que retratam o contexto presuntivo, alternando-se apenas o momento do processo enunciativo que se quer destacar.

O *ato* é um conceito estático. Quer significar uma ação de um sujeito como pronta e acabada. Nas palavras de Gregorio Robles, "*no es un mero fenómeno físico-psíquico. Es un significado*"⁷. De certa forma, todo ato representa, no fundo, uma ação (quando o ato pressupor tão só uma atuação do sujeito para se realizar) ou a última atividade daquele conjunto de atua-

4 MORCHON, Gregorio Robles. *Teoría del derecho* (fundamentos de teoría comunicacional del derecho). Madrid: Civitas, 1998. p. 242.

5 CARVALHO, Paulo de Barros. Constituição do fato jurídico tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 92, 2005.

6 CARVALHO, Paulo de Barros. *A prova no direito tributário*. Prefácio de Fabiana Del Padre Tomé. São Paulo: Noeses, 2005. p. XII.

7 MORCHON, Gregorio Robles. Op. cit., p. 228.

ções que têm o mesmo fim. Neste segundo caso⁸, a figura estática do ato pressupõe, para completar seu sentido, a concepção dinâmica do processo composto por elementos dispostos em caráter sucessivo. Nesses termos, o ato, como unidade de significação, requer o procedimento para se autoexplicar como fenômeno comunicacional. Em outras palavras, é o substantivo chamando o verbo, ou melhor, o conceito estático requerendo seu sentido dinâmico para se colocar como estrutura completa de significação⁹.

Nessa toada, o *procedimento* será este sentido dinâmico dos atos, no qual eles são observados em sua ordem cronológica, enquanto atividade preordenada por uma sequência que tem por objetivo alcançar um resultado. Constitui-se por ser uma pluralidade de ações direcionadas a um determinado fim comum¹⁰. O ato (ou ação) é unidade de sentido que, por si só, produz significação; por outro lado, o procedimento, contextualizando o signo em um dado movimento semântico, constitui estrutura mais complexa de sentido, denotando a fase de formação do enunciado resultante e individualmente considerado.

Por fim, a *norma* é a expressão jurídico-comunicacional do procedimento, na forma de texto que estabelece ou exterioriza os requisitos necessários a serem seguidos pelo sujeito na produção de determinada atividade. Se se quer produzir um ato, há de operá-lo mediante procedimento especificamente disposto em regra juridicizada. A norma, portanto, é condição fundamental de toda ação juridicamente relevante, o que significa indicar o procedimento próprio para atingir determinado fim ou efeito jurídico. Como ato comunicacional, ela é dirigida ao sujeito (um ou mais) que quer produzir o ato. Nesses termos, é expressão de uma regra técnica, pois todos que desejam atingir tal fim *têm que* constituir ato por ato, segundo os modelos do procedimento instituído pela norma¹¹.

Por esse modo, é preciso dizer enfaticamente que *ato, procedimento e norma* são expressões de uma só realidade comunicacional, no caso

8 Isso também ocorre na primeira hipótese, mas, na segunda, a explicação parece ser alcançada com mais clareza.

9 Ouçamos o professor espanhol: “[...] *el sustantivo presupone el verbo; el concepto estático presupone el dinámico; lo actuado presupone la acción. La acepción estática de acción (como algo acabado y consumado, como lo que ya ha sido actuado) da por supuesta la acepción dinámica (el proceso de actuación, la acción como proceso de elementos de carácter sucesivo)*” (MORCHON, Gregorio Robles. Op. cit., p. 234).

10 É Gregorio Robles que explica, com a comparação entre ato e procedimento: “*Puede decirse, por tanto, que la diferencia entre acción (o acto) y actividad es que ésta constituye una pluralidad de acciones que tienen en común una ‘dirección unitaria’, mientras que la acción es en sí misma una ‘unidad’*” (MORCHON, Gregorio Robles. Op. cit., p. 227).

11 Confira entendimento sobre o assunto do catedrático de Madrid: “*El procedimiento, a mi modo de ver, no es otra cosa que una regla o norma que establece lo que un sujeto tiene que hacer para realizar una acción (en su sentido estático). Dicho de otra forma: todo procedimiento se expresa verbalmente (comunicativamente) por medio de una regla o norma que establece los requisitos necesarios del hacer en que consiste una determinada acción*” (MORCHON, Gregorio Robles. Op. cit., p. 234).

presuntiva, e que se expressa em três vertentes semânticas. Traduzem momentos significativos distintos da positivação dos enunciados presuntivos no Direito. As três acepções podem ser empregadas, sem incorrerem em nenhuma incoerência de sentido. Evidentemente que tais conceitos sofrerão variações de significação enormes, conforme o contexto comunicacional em que as presunções são expedidas. O sentido dessa feição poliédrica das presunções depende intrinsecamente do contexto comunicativo ao qual pertencem, devendo ser, em quaisquer hipóteses, expressas em linguagem competente para ter relevância jurídica.

Diante dessas colocações, cumpre reforçar que todo o anteriormente dito se aplica a quaisquer figuras do Direito, sendo *ato*, *procedimento* e *norma* feições semânticas distintas de realidades jurídicas diversas. Assim, ao se priorizar um sentido ou outro, o que se faz é apenas um corte significativo para fins de reforçar as qualidades estáticas ou dinâmicas das figuras normativas ou mesmo da própria condição estrutural das regras jurídicas. É certo que tudo no Direito, sendo norma, poderá ser objeto de exame segundo a formação do ato, as conjunturas de seu procedimento ou a sua forma bipartite de regra jurídica. Eis uma contribuição importantíssima da teoria comunicacional no entendimento.

3 PRESUNÇÃO E FICÇÃO SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO: NOVELAS E CONTOS NA ÓPTICA LITERÁRIA DE ROBLES

A teoria comunicacional do Direito reforça, a todo momento, a condição linguística do ordenamento jurídico: as normas são textos; logo, a ordem jurídica é texto. É com base nesse caráter textual que se organizam três vertentes epistemológicas: uma, a sintaxe, que prioriza as concepções sintáticas, verificando a forma em que os símbolos aparecem e sua relação com o sistema em que se inserem; outra, a semântica, que reforça a relação dos signos entre si, e com isso percorre os sentidos em que tais ou quais textos aparecem no sistema; por último, no plano pragmático, observam-se os usos que são dados a determinadas estruturas normativas, apontando, pois, as formas em que são efetivamente utilizadas por aqueles que dele participam. No item anterior e neste, estamos dando enfoque ao ponto de vista semântico. E não poderia ser diferente, já que a semântica deve ser o ponto de partida de toda análise: só conseguimos examinar alguma coisa quando sabemos as ideias, ou melhor, os conceitos, a que se remete. Conceituando e definindo, vamos demarcando aquilo que está fora e dentro da figura estudada. Isso não quer dizer que o domínio semântico tenha maior importância que os demais, mas significa que, antes de saber como o objeto se estrutura e se relaciona com o sistema, como é utilizado pelos seus utentes, é fundamental que se saiba os sentidos que lhe são dados e, com

eles, se possa delimitar o âmbito significativo em que estamos trabalhando. É o que fizemos no item anterior e o que faremos neste próximo passo ao diferenciar presunção de ficção, elucidando seus conceitos, comparando-as com novelas e contos na óptica literária de Robles. Vejamos o que se segue.

Ficção é um instituto com características próprias muito diferentes das presunções. Nada se presume na ficção e vice-versa. O que há de comum entre presunção e ficção é tão só uma e outra são técnicas prescritivas que têm por objetivo modificar a realidade diretamente conhecida¹². Agora, muitos são os critérios distintivos desses dois mecanismos jurídicos. E, para explicá-lo, servimo-nos de interessante analogia emprestada do linguista e romancista espanhol Gregorio Robles¹³.

Pensemos em dois tipos de história: uma novela e um conto. A novela busca reproduzir o real, construindo situações que lhe são verossimilhantes: verossímil quer dizer aquilo que pode ter se passado, que já ocorreu ou ainda pode vir a suceder-se. É também o que nunca acontecerá, mas que poderia ter se apresentado enquanto tal. Na novela, a narração conta uma história similar ou parecida ao verdadeiro, ao que se passa ou que pode se passar. Diferentemente, no conto, seres inanimados ou mesmo inexistentes ganham vida como fadas, unicórnio, gnomos. As árvores falam, os animais discutem, as montanhas andam. Certo é que o conto trabalha no campo do imaginário, do inverossímil, sem nenhuma relação com o que realmente acontece.

Entre ato presuntivo e ato ficcional se dá a mesma relação existente entre novela e conto. Enquanto no primeiro a verossimilhança é o fundamento para que se admita a regra jurídica da presunção; no segundo, formula-se a norma associando algo *como se fosse* outro, sem nenhuma vinculação com o real, seja ele jurídico ou social. O fundamento passa a ser a própria finalidade. A presunção, assim como as novelas, tem a ver com aquilo que normalmente acontece. No plano abstrato, relaciona-se com a realidade de forma indireta, visto que, para ser regra válida, não prescinde de ocorrências reais, mas apenas de sua possibilidade, por mais improvável que seja. A regra jurídica presuntiva pode ser invalidada, por inconstitucionalidade, caso se comprove a impossibilidade da ocorrência prescrita. É essa condição de tanger o campo do possível que a converte em norma apta a criar direitos e obrigações no domínio dos tributos. No nível da facticidade jurídica, a presunção comparece como meio de prova, o que significa que a regra presuntiva introduzida pelo aplicador não deixa de fazer prova do

12 FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 157-158.

13 MORCHON, Gregorio Robles. *El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 2006. p. 61.

fato, ainda que este seja fato jurídico em sentido amplo relacionado com aqueloutro em sentido estrito, antecedente da norma, de modo implicacional. A prova da presunção se dá em ambiente que preserva o devido processo, o que inclui a segurança da ampla defesa e do contraditório.

Por seu turno, a ficção, da mesma forma como os contos, em nada tem a ver com o real, nem direta nem indiretamente. Independe da possibilidade da situação, pois é originário do próprio sistema de linguagem, e sua utilidade se volta unicamente aos propósitos de sua criação naquele dado conjunto. Por esse modo é que são inadmitidas no ordenamento para fins de criar obrigações tributárias. A simples comprovação no âmbito de controle de constitucionalidade de que a regra trazida pelo legislador institui como antecedente fato irreal, *i.e.*, incorríveis no plano da facticidade, já é causa para a expulsão desse diploma do sistema. A ausência do fato implica inexistência de relação jurídica. A ordem posta não pode utilizar-se de mecanismos como a ficção para desvirtuar o enunciado antecedente da norma tributária, atribuindo a este nova configuração factual e, com isso, consequências jurídicas deduzidas de uma situação da qual, a princípio, não seriam dedutíveis.

Eis que a presunção, privilegiando a probabilidade do sucesso do fato, e a ficção, negando a realidade fáctica, são mecanismos que se diferem não somente pela forma de construção do enunciado de fato¹⁴ – a primeira pela similitude essencial; a segunda, semelhanças secundárias –, mas também pelo regime jurídico conformado em cada qual. E no âmbito dessas diferenças, as presunções são admissíveis no campo dos tributos, as ficções, não.

4 PRESUNÇÃO E DIREITO PROCESSUAL: TEORIA DOS JOGOS DE ROBLES E A CONCEPÇÃO LÚDICA DO DIREITO PROCESSUAL

O direito processual é dito auxiliar do direito material. É por meio daquele que se faz realizar este. Atualmente, sua importância fundante e constitutiva vem crescendo cada dia mais, de modo que, hoje, o processo nada tem de acessório. Enquanto conjunto normativo que envolve determinação de agentes competentes para expedir normas no caso em concreto e de procedimentos também competentes que, por sua vez, identificam o íterim para constituir fatos, preservando-se o contraditório e a ampla defe-

14 No mesmo sentido está Alfredo Augusto Becker: "Existe uma diferença radical entre a presunção legal e a ficção legal: A presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato: de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade. Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente (ou com toda a certeza) falso. Na presunção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente verdadeiro. A verdade jurídica imposta pela lei, quando se baseia numa provável (ou certa) falsidade é ficção legal, quando se fundamenta numa provável veracidade é presunção legal" (*Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 539).

sa. O processo conforma uma realidade própria dentro do universo jurídico. Uma coisa é o ser do jogo que é o próprio processo; outra, bem diferente, é esse “mundo do jogo” que ele cria, que nada mais é que o processo no sistema jurídico. Essa é a contribuição ao tema do Jurista e romancista Gregorio Robles Morchon:

Mientras que el “ser” del juego hace abstracción de las relaciones del juego con el medio circundante, que constituye un prius o un posterius fáctico, el “mundo del juego” da por supuesto el establecimiento de lo que el juego es, y se centra en sus relaciones con el medio exterior.¹⁵

O processo, dessa forma, tal qual um jogo, cria previamente, ou melhor, constitui o jogo e suas ações, montando, em âmbito estático, seu repertório e sua estrutura. Em um momento subsequente, regulá-las para fins de dar-lhes dinamicidade prática, garantindo seu funcionamento em exercício. Eis a razão de o professor espanhol reforçar: “*La acción de juego no preexiste a la regla, sino que es la regla que crea la acción*”¹⁶. A frase quer expressar que tanto as ações processuais quanto aquelas outras materiais, em direito, são configuradas pelo sistema. No campo das provas isso é claramente perceptível, afinal, o ordenamento prescreve não somente como se dá o procedimento constitutivo de fato no processo, mas também o sentido da ação do sujeito, conteúdo da prova, que tem relevância jurídica, e dá ensejo a um vínculo normativo. Assim, ao dizer que o Direito cria sua realidade, deve-se entender que ele o faz tanto em planos processuais quanto materiais.

5 PRESUNÇÃO COMO NORMA TÉCNICA OU PROCEDIMENTAL

Na linha do direito processual, verificamos que determinadas regras tem função bem específica, compondo uma condição procedimental dentro do próprio processo. Pensemos, nessa toada, sob qual forma normativa e em que função a presunção se apresenta no ordenamento e, mais especificamente, no direito processual.

Já admitimos anteriormente que não há como definir presunção sem interconectar três conceitos: ato, procedimento e norma. Portanto, inexistente ato presuntivo sem um procedimento específico que o estabeleça; assim como também não há nem ato nem procedimento de presunção sem norma que os prescreva, de tal modo que o sentido procedimental da palavra é o que confere seu significado operativo ora em análise. Assim, a norma da presunção é fórmula comunicacional do procedimento presuntivo, na forma de texto que estabelece ou exterioriza os requisitos necessários a serem

15 MORCHON, Gregorio Robles. *El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*, p. 90-91.

16 *Idem*, p. 91.

seguidos pelo sujeito na produção de determinada atividade. É expressão de uma regra técnica, pois todos que desejam atingir tal fim – fato jurídico em sentido amplo ou fato presumido – *têm que* constituir ato por ato, segundo os modelos instituído pela norma, o procedimento de direito.

Reavivemos as lições de Norberto Bobbio, para quem a norma técnica estipula, na forma de relação de causa e efeito, um vínculo com sentido de meio e fim. As regras técnicas como normas instrumentais ou meio dirigidos para a eficácia de uma determinada prescrição. Segundo o jurista italiano:

[...] as normas técnicas derivam, muito freqüentemente, de uma proposição descritiva em que a relação entre uma causa e um efeito foi convertida numa relação de meio ou fim, sendo atribuído à causa o valor de meio e ao efeito o valor de fim.

[...]

A característica de um imperativo hipotético desse tipo é que a conseqüência ou o fim não é o efeito de uma causa em sentido naturalístico, mas uma conseqüência que é imputada a uma ação, considerada como meio, pelo ordenamento jurídico, ou seja, por uma norma. Nesse caso, a relação meio-fim não é a conversão em forma de regra de uma relação entre causa e efeito, mas de uma relação entre um fato qualificado pelo ordenamento como condição e um outro fato que o próprio ordenamento qualifica como conseqüência. Acontece que, nesse caso, uma vez escolhido o fim, que é livre – segundo o exemplo, realizar um ato público – não é a adequação a uma lei natural, mas a uma regra de conduta, ou seja, a uma verdadeira prescrição, e pode-se falar propriamente de ação obrigatória.¹⁷

A citação foi longa, porém muito elucidativa: as normas técnicas no Direito são verdadeiros imperativos que se dirigem à atividade na execução dos meios. No domínio das presunções, não é exagero asseverar que só é possível pensar nessas figuras normativas quando entendidas na dialética meio e fim. E esta relação teleológica pode ser observada, de um lado, em momento pré-jurídico; de outro, em termos jurídicos.

E, ao modo meio/fim, a norma presuntiva pode se apresentar sob três formas enunciativas: (i) como preceito que prescreve o meio; (ii) como regra que identifica o fim; ou ainda (iii) como lugar enunciativo em que se estabelece a associação jurídica entre meio e fim. Seu sentido técnico é tão somente aquele que prioriza o meio. E, nessa linha, as presunções comparecem como modelos do procedimento instituído para a constituição do fato presumido e fazer incidir a norma jurídica em sentido estrito. Eis o sentido didático das regras sobre presunções que, justamente por tais estipulações,

17 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 74.

comparecem como regra de regra ou norma de estrutura que se volta ao próprio código. Com isso, adquirem sentido operativo na ordem prescrita.

Enquanto meio juridicizado, são regras que estatuem o que se *tem de fazer* para alcançar determinado fim legal: construção do fato presumido. Reinterpretando Norberto Bobbio, Gregorio Robles elucida o sentido técnico da prescrição:

a) *Normas procedimentales, expresables mediante el verbo tener que (musen, avoir de, haveto, ter que), son aquellas que establecen los procedimientos en que consisten las acciones. Expresan una necesidad convencional, no una necesidad natural o lógica. Las normas procedimentales establecen ("crean") todo tipo de acciones relevantes en el sistema, tanto las lícitas como las ilícitas. La norma procedimental no prohíbe las acciones, ni las autoriza, simplemente dice en que consisten.*¹⁸

A descrição do modo de proceder é, de fato, aquilo que define o meio, isto é, a ação admitida dentro do âmbito ôntico-pragmático: daí o sentido operativo da linguagem.

A presunção como norma técnica é assumida na forma de regra procedimental. É enunciado jurídico que estabelece o meio que se *tem de fazer* para fins de, imediatamente, constituir o fato presumido e, mediamente, regular condutas, garantindo eficácia à arrecadação, evitando evasão fiscal, etc. Assim, são presunções meios para se atingir determinado fim: evitar a evasão fiscal. Di-lo nessa linha Cândido Rangel Dinamarco: "As normas processuais ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma substancial concreta emergente deles, com vista à efetivação prática das soluções ditadas pelo direito material"¹⁹.

José Artur Lima Gonçalves chega a explicitar esse conceito, dizendo que as presunções "[...] não passam elas – as referências – de proposições descritivas sobre um certo modo de proceder do legislador e sobre o respectivo conteúdo material de normas jurídicas assim postas"²⁰.

Diante do exposto, cremos oportuno afirmar o dever dado ao legislador em, ao relacionar meio e fim em face das presunções, optar por dois signos com sentido deôntico, isto é, deverem ambos pertencer ao sistema jurídico como meios admitidos pelo sistema normativo e fim que toca sobre direitos e deveres lícitos.

18 MORCHON, Gregorio Robles. *El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*, p. 44.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2004. p. 42.

20 GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda*. Pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 129.

CONCLUSÃO

O presente artigo, tomando a figura da presunção como seu objeto exegético, mostra de forma hialina que a teoria comunicacional e as contribuições do giro linguístico proporcionaram um avanço significativo na Ciência do Direito e na compreensão do fenômeno jurídico como um todo. Munidos desses novos instrumentos cognoscitivos, ou na linguagem flusseriana, de novos “óculos”, ficamos habilitados a ver tudo no ordenamento sob um ponto de vista que inaugura novidades semânticas que são sentidas na própria pragmática do objeto estudado. Assim, ao mesmo tempo em que evitamos miscigenar conceitos de segmentos diferentes do saber jurídico – Ciência do Direito e direito positivo –, cumprimos com a função de *enunciar sobre* as presunções, conhecendo-as de acordo com uma base teórica sólida e precisa.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Constituição do fato jurídico tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 92, 2005.
- _____. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- _____. *A prova no direito tributário*. Prefácio de Fabiana Del Padre Tomé. São Paulo: Noeses, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2004.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.
- GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda*. Pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MORCHON, Gregorio Robles. *Teoría del derecho* (fundamentos de teoría comunicacional del derecho). Madrid: Civitas, 1998.
- _____. *El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 2006.