

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PARA A COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DO CRIME DE FURTO, COMO ARGUMENTO FALACIOSO NA CLASSIFICAÇÃO DE MANUEL ATIENZA: PARALOGISMO

REVERSING THE BURDEN OF PROOF, TO PROVE THE AUTHORSHIP OF THE CRIME OF THEFT: FALLACIOUS ARGUMENT, CLASSIFIED AS PARALOGISM IN THE THEORY OF MANUEL ATIENZA

Bruno Makowiecky Salles¹

Denise Helena Schild de Oliveira²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Concepções formal e material da argumentação jurídica. 2. Argumentos falaciosos: sofismas e paralogismos. 3. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso: paralogismo. Considerações Finais. Referências das fontes consultadas.

RESUMO

A aplicação jurisprudencial do Direito consagra, em numerosos exemplos, a presunção de autoria do crime de furto quando o acusado é encontrado, momentos após o fato, na posse do objeto do delito, invertendo-se o ônus da prova. No presente estudo, investiga-se a legitimidade (ou não) de similar posicionamento dentro da teoria da argumentação jurídica, considerados, para tanto, os aspectos formal e material da atividade argumentativa. Ao final, conclui-se que se trata de um argumento falacioso classificado como paralogismo.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica; Inversão do Ônus da Prova; Furto;

¹ **Mestrando** do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Material e Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Email: brunomakosalles@terra.com.br

² **Mestranda** do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Juíza de Direito. E-mail: denise.schild@tjsc.jus.br

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Paralogismo.

ABSTRACT

Precedents admits, in numerous instances, the presumption of authorship of the crime of theft when the defendant is found, moments after the fact, in possession of the object of the offense, reversing, thenceforward, the burden of proof. This study examines de legitimacy (or not) of a similar position within the theory of legal reasoning, concluding this is a fallacious argument classified as paralogism.

Keywords: Legal Argument; Burden of Proof; Theft; Paralogism.

INTRODUÇÃO

A aplicação cotidiana do Direito parte, com frequência, de entendimentos jurisprudenciais construídos a partir de regras da experiência, ficções³, generalizações e presunções judiciais. Tal prática gera precedentes que se padronizam e se reproduzem em fundamentações adotadas pelos juízes, por vezes sem maiores reflexões, como base para o julgamento e para a motivação de decisões judiciais em casos análogos.

Segundo já se advertiu, o ser humano "(...) tem conforto na repetição, se abriga na segurança da repetição. No Direito, a força dos precedentes, a segurança da jurisprudência consolidada"⁴.

Exemplo eloquente dessa repetição pode ser identificado, no Direito Penal, em matéria de comprovação da autoria do crime de furto. Sistemáticamente, decisões judiciais encampam como motivação a lógica no sentido de que, encontrado o agente, momentos após a ocorrência do delito, na posse da *res* furtiva, presume-se a autoria da subtração e inverte-se o ônus da prova, passando a competir ao acusado o ônus de desconstituir a imputação, sob pena de ser condenado pelo

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Jurisdição do real X controle penal: direito e psicanálise via literatura*. Petrópolis: Delibera, 2011, p. 52.

⁴ BECKER, Laércio A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012, p. 190.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

cometimento da infração penal⁵.

O presente artigo, versando sobre tal temática, tem como objetivo revelar, desde a perspectiva da teoria da argumentação jurídica, o caráter falacioso do entendimento jurisprudencial acima resumido. Para tanto, serão utilizados como parâmetros de avaliação os critérios lógico-formal e material de concepção da atividade argumentativa, tendo como marco teórico o pensamento de Manuel Atienza.

A problemática é pertinente no contexto da disciplina, visto que:

Una de las insuficiencias más notables de las teorías de la argumentación jurídica que se han elaborado en las últimas décadas es la escasa o nula atención que prestan a la argumentación en materia de hechos. Esa carencia es particularmente grave en relación con el Derecho Penal, cuya aplicación plantea más a menudo cuestiones relativas a la prueba de los hechos que problemas de interpretación normativa. Argumentar em Derecho Penal es, más que otra cosa, una argumentación sobre los hechos, aunque ciertamente se trate de hechos cualificados por (o vistos a través de) normas⁶.

O estudo foi idealizado durante aulas ministradas na Universidade de Alicante, na Espanha, pelo Prof. Dr. Manuel Atienza e pela Prof. Dra. Cláudia Roesler, vinculadas ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

1. CONCEPÇÕES FORMAL E MATERIAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A teoria da argumentação jurídica ocupa-se de avaliar, como boas ou más, as

⁵ Dentre vários julgados, podem ser citados como exemplo, sem qualquer conotação de crítica negativa, os acórdãos referentes às Apelações Criminais n. 2011.022243-5 e n. 2012.059516-6, decididas, recentemente, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (disponível em <http://www.tjsc.jus.br/>, acesso em 02/10/2013).

⁶ ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 25.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

razões externadas em determinada manifestação jurídica⁷. Para efeito de tal teoria, os fundamentos contidos em determinado discurso ou texto escrito podem ser apreendidos e avaliados, dentre outras classificações, a partir de uma concepção formal (ou de estrutura) ou de uma perspectiva material (ou de conteúdo).

A concepção lógico-formal preocupa-se, em suma, com o arquétipo do argumento. Avaliam-se, em tal atividade, as premissas utilizadas, as conclusões a que tais premissas conduziram e a relação que se estabelece entre as premissas e as conclusões, chamada de inferência. A inferência, assim, representa a etapa de passagem das premissas às conclusões.

O ato de inferir pode ser orientado por critérios indutivos ou dedutivos. De acordo com uma classificação tradicional, o raciocínio ou método indutivo implica partir de premissas ou enunciados particulares para que, deles, induzam-se conclusões gerais. O raciocínio ou método dedutivo, por outro lado, supõe lógica inversa, partindo-se de partes dos fenômenos para delas deduzirem-se formulações gerais⁸.

Essa distinção tradicional, contudo, não encontra uniformidade na teoria da argumentação. Segundo Manuel Atienza, a diferença central entre as justificações dedutivas e indutivas não está na generalidade ou não das premissas e conclusões. Segundo o autor, o principal critério distintivo reside em que, nas deduções, é impossível, no plano lógico, que as premissas sejam verdadeiras e as conclusões não o sejam, porque existe uma relação de inferência necessária. Nas induções, ao contrário, tal impossibilidade não ocorre, admitindo-se premissas não conducentes a conclusões válidas⁹. Por sua vez, Neil MacCornick sustenta a preponderância, na

⁷ A teoria da argumentação jurídica consagra, em sua delimitação, a distinção entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação das decisões judiciais. O objeto de estudo da teoria da argumentação centra-se no universo da justificação dos atos decisórios, não versando sobre a esfera da descoberta. Nesta adentram aspectos interdisciplinares como a formação humanística do intérprete, a sociologia, a política, a psicologia, a subjetividade e outros. Na justificação analisam-se apenas as razões que permitem reputar uma decisão motivada como aceitável ou não.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86).

⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 178.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

argumentação jurídica, de raciocínios ou formulações de natureza dedutiva¹⁰, reduzindo a frequência, a aplicação ou o cabimento de silogismos indutivos. O estudo da lógica, de toda sorte, constitui aspecto destacado na avaliação da validade da inferência que interliga as premissas e as conclusões.

Sobre o assunto, discorre Manuel Atienza:

Ya hemos visto que la diferencia entre un argumento deductivo y otro inductivo es que sólo en relación con los primeros puede decirse que es imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún otro valor: como la corrección o validez normativa) y la conclusión no o sea (no se transmita ese valor). En el caso de las inducciones, lo que queremos decir es que es probable (en un grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos (o las normas válidas o correctas), entonces lo sea también la conclusión. Así entendida, una inducción no es necesariamente un argumento que va de lo particular a lo general (...).

También son inducciones los argumentos de probabilidad, en el sentido cuantitativo de la expresión: como frecuencia relativa de un fenómeno dadas ciertas circunstancias; en su sentido cualitativo, todas las inducciones son argumentos de probabilidad (el paso de las premissas a la conclusion es probable y no necesario)¹¹.

Por sua vez, a concepção material da atividade argumentativa oferece perspectiva própria. Não se trata, ao estudá-la, de avaliar se proposições estão (ou não) formalmente estruturadas a partir de uma inferência lógica. A análise da aptidão dos argumentos, nesse campo, desloca-se para um juízo de correção sobre o conteúdo das premissas fácticas, dos argumentos teóricos e das conclusões jurídicas, incluída a pertinência da solução para a aplicação do Direito perante os enunciados legais e os princípios do ordenamento jurídico.

Nesse sentido:

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 64.

¹¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 178.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Desde la perspectiva que hemos llamado material, argumentar no consiste ya em presentear uma serie de proposiciones estructuradas de uma determinada manera, sino que es, más bien, la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es el mundo (algún aspecto del mismo) o sobre cómo debe alguien actuar en él. El centro se sitúa, entonces, en las premisas (y em la conclusión), pero no entendidas em cuanto enunciados con uma cierta forma, pues lo que interesa aquí es, precisamente, su contenido de verdad y de corrección¹².

Os critérios formal e material complementam-se na análise dos argumentos, pois:

Por um lado, como vimos, a partir de premissas falsas pode-se argumentar corretamente do ponto de vista lógico; e, por outro lado, é possível que um argumento seja incorreto do ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis. Em alguns casos a lógica aparece como um instrumento necessário, mas insuficiente, para o controle dos argumentos (um bom argumento deve sê-lo tanto do ponto de vista formal quanto do material). Em outros casos é possível que a lógica (lógica dedutiva) não permita nem sequer estabelecer requisitos necessários com relação ao que deve ser um bom argumento; como veremos, um argumento não lógico – no sentido de não dedutivo – pode ser, contudo, um bom argumento¹³.

Trata-se, assim, de categorias fundamentais no campo da teoria da argumentação.

2. ARGUMENTOS FALACIOSOS: SOFISMAS E PARALOGISMOS.

A teoria da argumentação, como referido acima, ocupa-se de avaliar as razões externadas em determinada manifestação jurídica. Em tal atividade, depara-se, em uma concepção lógico-formal, com argumentos válidos ou inválidos, ou, em uma concepção material, com argumentos sólidos ou inconsistentes. Tal análise permite

¹² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 275

¹³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

uma dissociação entre os bons e os maus argumentos.

Entre esses extremos, porém, identifica-se uma categoria intermediária de argumentos denominados como falácias. As falácias representam uma classe de argumentos que, em uma aparência inicial, apresentam-se como válidos e sólidos, sem, contudo, possuírem tais atributos, caracterizando-se por ostentarem capacidade de engano.

As falácias, em sua classificação, subdividem-se em sofismas e paralogismos. Enquanto o sofisma consiste no uso consciente de um argumento falacioso, com o fim de enganar, o paralogismo pode ser definido como a utilização culposa de tal argumento. O emprego de argumentos falaciosos pode ter espaço tanto na concepção formal quanto na material.

Segundo Manuel Atienza:

Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no há sido así; por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva) o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción). En las falacias materiales, la construcción de las premisas se há llevado a cabo utilizando un criterio solo aparentemente correcto¹⁴.

O mesmo autor, em obra diversa, anota que:

O estudo dos argumentos não estaria completo se nele não se incluíssem as falácias, isto é, as formas em que se argumenta incorretamente. Embora sem pretensões de sistematicidade, o modelo de análise de Toulmin oferece um critério para classificar as falácias, que permite distribuí-las em cinco categorias diferentes, conforme elas apareçam: 1) de uma falta de razões, 2) de razões irrelevantes, 3) de razões falhas, 4) de suposições não garantidas ou 5) de ambiguidades¹⁵.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 116.

¹⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 104/105.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O estudo das falácias tem significativo relevo no âmbito da argumentação jurídica.

3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PARA COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DO CRIME DE FURTO, COMO ARGUMENTO FALACIOSO: PARALOGISMO

Como visto, a jurisprudência adota, com freqüência, a compreensão de que o cidadão flagrado, instantes após determinado crime de furto, na posse do objeto do crime, presume-se autor da prática da subtração, invertendo-se o ônus da prova e competindo-lhe o encargo de desviar-se da imputação, sob pena de restar responsabilizado na esfera criminal.

Convém, a título exemplificativo, citar precedente judicial que adota tal compreensão:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE O ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO POR FURTO SIMPLES. ART. 155, "CAPUT", DO CP. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA SUA FORMA RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. LAPSO TEMPORAL DE QUATRO ANOS QUE NÃO ULTRAPASSOU ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. MÉRITO. PLEITO PELA SUA ABSOLVIÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE QUE HOVERAM DÚVIDAS ACERCA DE SUA AUTORIA. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DO RECORRENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL À POSSE DO BEM SUBTRAÍDO. ALEGAÇÃO DE QUE SUA EX-COMPANHEIRA ENTREGOU-LHES OS OBJETOS FURTADOS QUE NÃO SE COMPROVOU. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO QUE RESTOU ACOLHIDO. DE OFÍCIO, REALIZADA RETIFICAÇÃO DO QUANTUM DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FIXADA EM PRIMEIRO GRAU EM RAZÃO DE ERRO MATERIAL PARA 1 (UM) ANO DE RECLUSÃO, BEM COMO CONCEDIDA SUA SUBSTITUIÇÃO POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE, EIS QUE

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

INEXISTENTE ANTECEDENTES CRIMINAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO¹⁶.

Trata-se, porém, com a devida vênia e respeitadas as percepções contrárias, de argumento que não se sustenta nos aspectos lógico e material.

Considerada a estrutura formal do argumento, tem-se que a premissa firmada não autoriza a conclusão que dela se extrai, havendo elementos que impedem a realização segura da inferência, isto é, de passagem de um aspecto a outro.

Note-se que a circunstância de o agente ser encontrado na posse da coisa delituosa não permite que daí se infira, com precisão científica, por justificações dedutivas ou indutivas, a conclusão de autoria da subtração. Trata-se de uma suposta regra da experiência, não baseada, contudo, em estudos de probabilidade ou em dados estatísticos e sujeita, por exemplo, à desconstrução por simples hipóteses ou por técnicas como o falsificacionismo¹⁷, representando um enunciado ou uma crença¹⁸ cuja força é precária como hipótese científica¹⁹. É possível que o acusado, por exemplo, tenha encontrado a coisa abandonada, ou a tenha receptado de forma culposa, para fins de aquisição ou de transporte, dentre outras probabilidades que invalidam a lógica estabelecida. O argumento, enfim, representa uma suposição não garantida, que atua como redutor de complexidade, ou seja, como recurso a uma ficção ou generalização²⁰ esquemática, facilitando a aplicação do Direito por parte

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.059516-6, de Guaramirim. Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 27-08-2013. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br>, acesso em 03/10/2013.).

¹⁷ De acordo com o falsificacionismo como método científico, determinada hipótese, teoria ou conclusão resta desconstituída, revelando-se falha, sempre que puder ser falsificada, isto é, sempre que não resista a testes empíricos (CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993). A afirmação de que o sujeito encontrado na posse do objeto é autor do furto, nesse caso, não possui rigor científico dedutivo ou indutivo, pois pode ser falsificada se, em dada situação, perceber-se que o cidadão encontrou a coisa abandonada ou mesmo a receptou.

¹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução ao estudo do direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 265.

¹⁹ CARCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivistas**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p. 34.

²⁰ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

dos operadores sem possuir um real embasamento lógico.

Sobre a inadequação de similar raciocínio, lê-se que:

En el razonamiento probatorio se pasa de ciertos hechos probatorios a un hecho considerado probado. Pero para ello se necesita contar – digamos, como premisa mayor – con algún enunciado general. A esos enunciados generales, em una cierta tradición jurídica (no em la del common law), se los llama máximas de la experiencia.

(...)

El problema nasce, sin embargo, del hecho de que en el uso corriente la expresión máxima de la experiencia se emplea de manera muy genérica y com un significado no preciso pero mucho más amplio, capaz de incluir una cantidad de enunciados que se expresan em forma de reglas pero no tienen ningún fundamento general ni cuasigeneral. Muchas de las nociones que se presumen o se presentan como fundadas em la experiencia, corresponden em realidad a generalizaciones espurias, es decir, a enunciados que se formulan em términos generales, pero que em realida carecen de cualquier confirmación científica o empírica. A veces isto ocurre em situaciones em las que em realidad existe una confirmación empírica, pero es ciertamente inadecuada para sustentar incluso la aceptación práctica de una generalización²¹

A propósito, aliás, observa a doutrina que:

Uma maneira usual de argumentar falazmente consiste em dar por descontado que, a partir de certas tesis, se deriva necesariamente outra, omitiendo que, para ello, habría que aceptar también tesis intermedias, carentes de justificación²².

Assim, o argumento não resiste a uma análise estritamente lógica.

Dentro da perspectiva material, o argumento também não encontra consistência. A Constituição da República, como norma superior e fonte de validade²³ do

²¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 486-487.

²² ATIENZA, Manoel. **La guerra de las falacias**. Alicante: Librería Compras, 2004, p. 20.

²³ Dada a supremacia da Constituição e a circunstância de figurar como fundamento de validade da

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

ordenamento jurídico, prevê a garantia da presunção de inocência (art, 5º, LVII, da CF), dotada de autoaplicabilidade e força normativa imediata (art. 5º, §1º, da CF). Tal garantia deve ser compreendida não só como o retardamento formal dos efeitos da sentença condenatória até o trânsito em julgado, mas também de, materialmente, ver-se o acusado como inocente até que seja cabalmente comprovado o contrário, após apuração idônea, pelo Estado-acusação²⁴.

Sobre o assunto:

O princípio da presunção de inocência determina que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Trata-se de princípio consagrado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, previsto ainda no art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. A Constituição Brasileira de 1988 o previu no art. 5º, LVII. Explica Franco Cordero que o cânon da presunção da inocência se opera em dois sentidos: ' en primer lugar excluye que el acusado sea sometido a penas anticipadas o medidas análogas, y en segundo lugar, acha sobre la acusación la carga de la prueba sobre hechos penalmente calificables, y mientras que hay una duda, debe ser absuelto. De acordo com Luigi Ferrajoli, 'este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable.

É certo, ainda, que o princípio da presunção da inocência determina a tomada de uma atitude deontológica de todos os cidadãos (principalmente dos agentes estatais encarregados da persecução penal) em relação aos acusados em qualquer persecução penal: deve-se aceitar, tomar como verdadeira, a inocência do imputado enquanto não houver provas robusta, produzida em contraditório, a destruir tal condição mediante a

produção legislativa (tanto prévia quanto ulterior), é possível afirmar que as normas constitucionais têm potencial para provocar uma ruptura com a ordem jurídica anterior com ela incompatível (natureza abrogatória), admitindo a remanência em vigor apenas das leis materialmente compatíveis (natureza receptiva), bem como para vincular as atividades de criação legiferante e administrativa (natureza normogênica), e, em todo caso, para nortear a interpretação e a aplicação do Direito (natureza bussolar).

²⁴ SABATINI, Giuseppe. **Principii costituzionali del processo penale**. Napoli: Jovene, 1976, p. 49;

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

sentença penal condenatória transitada em julgado²⁵.

A inversão do ônus da prova a partir da simples posse do objeto subtraído, assim, ao exonerar a acusação de comprovar o fato típico (subtrair), atribuindo ao acusado o ônus de apresentar versão fidedigna da não-culpabilidade, subverte a garantia da presunção de inocência (art, 5º, LVII, da CF), violando a Constituição da República.

Trata-se, pois, de argumento materialmente inválido.

Dessas considerações resulta que o emprego inconsciente e irrefletido da presunção de autoria do portador da coisa furtada para a comprovação do ato penal de *subtrair coisa alheia*, não possuindo sustentação nas concepções lógico-formal e material da argumentação, significa a adoção de um argumento falacioso em forma de paralogismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição feita autoriza a formulação de algumas sínteses conclusivas.

A teoria da argumentação tem como objeto avaliar as razões externadas em determinada manifestação jurídica. Os fundamentos contidos em certo discurso ou texto escrito, assim, podem ser apreendidos a partir de uma concepção formal (ou de estrutura), revelando-se argumentos válidos ou inválidos, ou desde uma perspectiva material (ou de conteúdo), mostrando-se argumentos sólidos ou inconsistentes. Essa análise permite que se proceda a uma dissociação, de acordo com tais critérios, entre os bons e maus argumentos.

²⁵ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal - PLS n. 156/2009: uma leitura a partir do princípio da presunção da inocência**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org); CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (org). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 249/251).

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Para além dos argumentos vistos como bons ou maus, porém, existe uma classe intermediária. Trata-se das falácias. Os argumentos falaciosos são válidos ou sólidos apenas na aparência, notabilizando-se pela capacidade de engano. Dividem-se entre sofismas e paralogismos, entendendo-se os primeiros como uso consciente de um argumento falacioso, com o fim de enganar, e os segundos como o uso culposo ou despercebido de tal argumento

A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, isto é, do ato de subtrair coisa alheia, não se sustenta nos aspectos lógico e material. A premissa não autoriza que dela se infira, necessariamente ou de forma científica, a conclusão. E a atribuição ao réu do dever de afastar a imputação malfez a regra da presunção de inocência

O emprego jurisprudencial de tal fundamentação é um exemplo de paralogismo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Gumarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____. **Cuestiones judiciales**. México: Distribuciones Fontamara, 2001

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. **La guerra de las falacias**. Alicante: Librería Compras, 2004.

BECKER, Laércio A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.

CARCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivistas**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Fiker. São Paulo:

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Brasiliense, 1993.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Jurisdição do real X controle penal: direito e psicanálise via literatura.** Petrópolis: Delibera, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86).

SABATINI, Giuseppe. **Principii costituzionali del processo penali.** Napoli: Jovene, 1976.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal - PLS n. 156/2009: uma leitura a partir do princípio da presunção da inocência.** COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org); CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de (org). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução ao estudo do direito II: a epistemologia jurídica da modernidade.** Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.