

QUAESTIO FACTI

Ensaaios sobre prova,
causalidade e ação

DANIEL GONZÁLEZ LAGIER

Tradução:
LUIS FELIPE KIRCHER

Revisão:
VITOR DE PAULA RAMOS

2ª Edição
Revista
e atualizada

2024

2.

FATOS E ARGUMENTOS: A INFERÊNCIA PROBATÓRIA¹

Neste trabalho, gostaria de apresentar uma reconstrução do tipo de raciocínio por meio do qual os fatos de um caso são comprovados. Para tanto, chamarei esse tipo de raciocínio de "inferência probatória". Uma vez analisados esse raciocínio e os critérios para a valoração da sua correção, buscarei tirar algumas conclusões relevantes sobre a prova dos fatos.

1. O RACIOCÍNIO JUDICIAL COMO UMA CADEIA DE ARGUMENTOS

Para fins analíticos, podem ser distinguidas duas fases no processo de prova judicial (ambas englobadas genericamente

1. Uma versão deste artigo foi publicada como *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)*, en *Jueces para la democracia*, núm. 47, 2003.

no âmbito da ambígua palavra "prova"). Uma primeira fase consistiria na produção das provas e, portanto, na obtenção de informações a partir dessas – isto é, a partir daquilo que dizem as testemunhas, os documentos, os peritos etc. Uma segunda fase consiste em tirar uma conclusão a partir das informações obtidas na primeira fase. A primeira fase também pode ser vista como o estabelecimento das premissas do argumento que busca provar determinada hipótese (o que realmente aconteceu). A segunda fase pode ser vista como a realização da inferência que permite ir das premissas à conclusão.

O raciocínio em que consiste essa segunda fase pode ser muito complexo e, na verdade, consistir em uma cadeia de argumentos ou inferências parciais. Na ponta inicial da cadeia encontramos as informações obtidas diretamente das provas produzidas. Por exemplo: um policial declara que uma arma do mesmo calibre que causou a morte de Caio foi encontrada na casa de Tício, e uma testemunha declara tê-los visto discutir pouco antes da morte desse último (note-se que a informação que obtemos diretamente é que o policial declara que a arma foi encontrada na casa de Tício, e não que a arma realmente foi encontrada na casa de Tício. Esse último dado já é resultado da valoração da confiabilidade de tal declaração, ou seja, já é resultado de um raciocínio ou de uma inferência).

Em uma ponta encontramos uma hipótese, por exemplo: Tício matou Caio. Entre uma ponta e outra da cadeia encontramos premissas e conclusões intermediárias. Por exemplo, do depoimento da testemunha, se lhe damos credibilidade,

inferimos que Tício e Caio realmente discutiram, e dessa conclusão inferimos que a discussão pode ter sido o motivo do homicídio, o que – junto com o resto dos indícios e provas – pode nos levar à conclusão ou à hipótese final: Tício matou Caio.

Poderíamos distinguir, portanto, a "inferência probatória completa" de cada uma das inferências probatórias parciais. O que pretendo estudar é o esquema de cada uma dessas inferências parciais, ou seja, de cada elo da cadeia, embora dando atenção especial ao último elo (ou seja, aquele que estabelece os fatos que, posteriormente, devem ser qualificados).

2. A ESTRUTURA DA INFERÊNCIA PROBATÓRIA

Uma forma de mostrar as peculiaridades da inferência probatória é representá-la de acordo com a proposta de TOULMIN sobre o esquema de argumentos².

Segundo esse autor, todos os argumentos partem de uma pretensão, que é aquilo que se sustenta ou aquilo que se quer fundamentar. Se essa pretensão for colocada em dúvida, deverá ser apoiada por meio de razões, isto é, por fatos que justifiquem a correção da pretensão. No entanto, por vezes é necessário explicar por que as razões apoiam a pretensão; isso, por sua vez, deve ser feito por meio de um enunciado que expresse

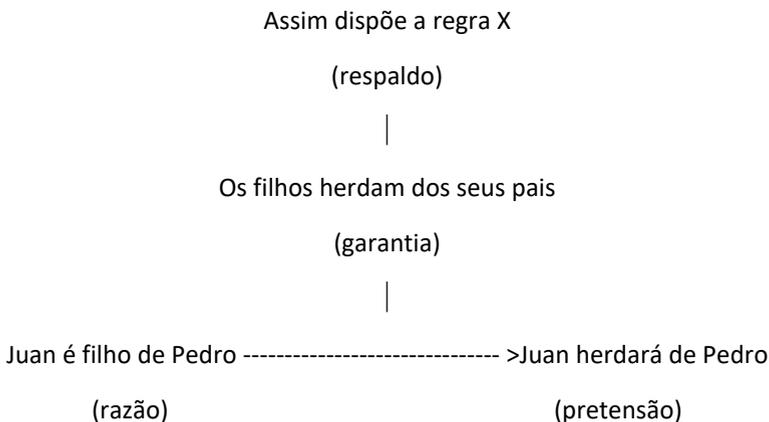
2. TOULMIN, Rieke e Janik, 1984. Sobre a teoria da argumentação de TOULMIN, ver ATIENZA, 1991, quarto capítulo, e ALEX, 1989.

uma regularidade que correlacione o tipo de fatos que constitui a razão e a pretensão.

Esse elemento fundamental da argumentação é a garantia, que consiste sempre em uma regra, norma ou enunciado geral. Por sua vez, a garantia pode ser apoiada por um respaldo, que busca mostrar a correção ou a vigência dessa regularidade. Segundo TOULMIN, pretensão, razões, garantia e respaldo são elementos que devem estar presentes em qualquer argumentação ou raciocínio, seja qual for o seu tipo: jurídico, científico, cotidiano etc.

Um exemplo:

Esquema 1:



Esse esquema pode ser facilmente trasladado para o raciocínio judicial em matéria fática³. Os elementos de prova constituiriam as razões do argumento; os fatos a provar, a pretensão ou hipótese do caso; a garantia seria constituída pelas máximas de experiência, pelas presunções e pelos outros tipos de enunciados gerais que correlacionam os tipos de fatos indicados nas razões e os tipos de fatos indicados na pretensão; e o respaldo seriam as informações necessárias para fundamentar-se a garantia.

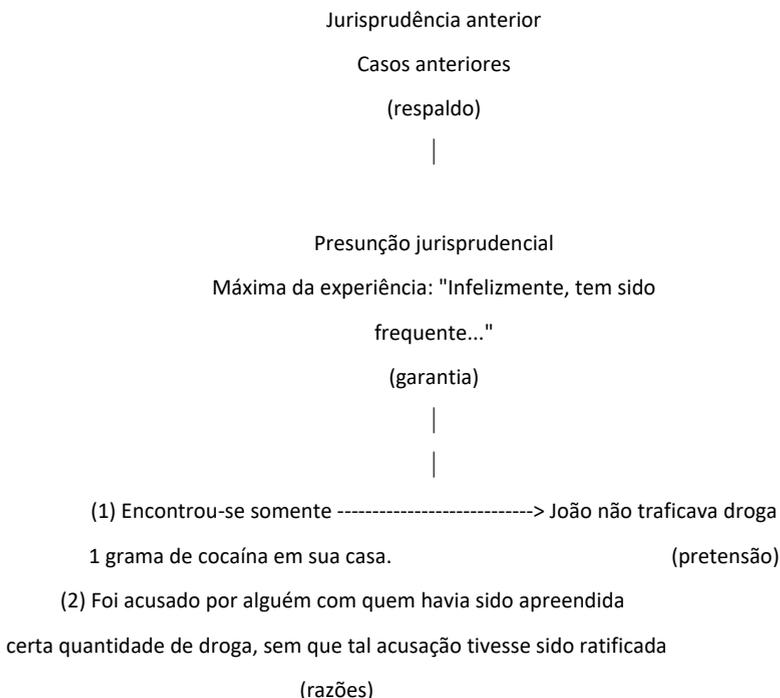
Vejamos um exemplo: um acórdão do Tribunal Provincial de Alicante de 2 de novembro de 1998 absolveu o réu de um crime de tráfico de drogas. A justificativa da decisão baseou-se em dois fundamentos: (1) apenas 1 grama, 810 miligramas de cocaína foram encontrados no seu local de trabalho e (2) sua identificação foi feita a partir das manifestações de outra pessoa, perante a Guarda Civil, que, por sua vez, havia sido encontrada na posse de determinada quantidade de drogas; ainda, tais declarações não foram posteriormente ratificadas, nem na fase investigativa nem no processo.

A força dessas razões decorre de duas afirmações gerais: uma presunção estabelecida pela jurisprudência, segundo a qual presume-se a posse de droga para tráfico quando a quantidade é superior a 3 gramas, bem como uma máxima de experiência dos magistrados, segundo a qual "infelizmente, tem se tornado frequente que a pessoa de quem é apreendida uma quantidade de drogas, temendo que possa ser considerada vendedora, facilite a identificação de outra, dizendo que dela

3. ATIENZA, 1991: 119.

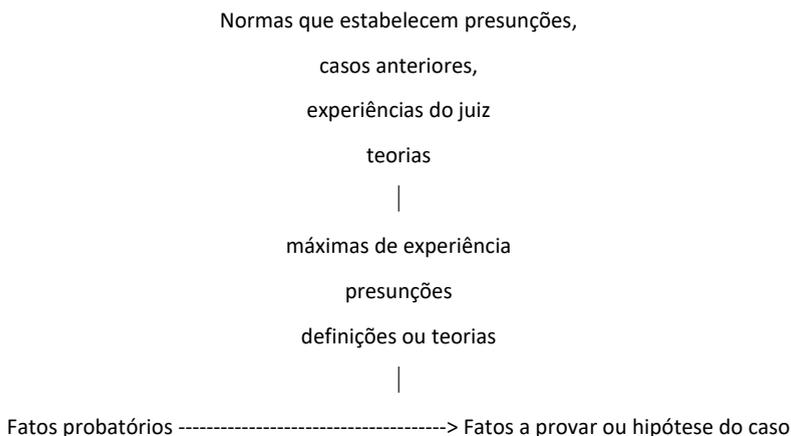
comprou, a fim de desviar a investigação, posteriormente se colocando em paradeiro desconhecido, para impedir a ratificação do que foi dito no boletim de ocorrência". Por sua vez, seria possível tornar explícito – embora o acórdão não o faça – o fundamento da presunção e da dita máxima da experiência (que, em última análise, deve assentar-se na observação de casos anteriores).

Esquema 2:



Em geral, a "inferência probatória" pode ser reconstruída de acordo com o seguinte esquema:

Esquema 3:



Na "inferência probatória" devem ser levadas em conta as seguintes questões:

- (1) Nos fatos probatórios, dada a conexão que existe entre a prova e as normas jurídicas para alguns tipos de fatos⁴, podemos encontrar não apenas enunciados sobre a realidade natural ou sobre a existência de convenções sociais, mas, também, afirmações sobre a existência de determinadas normas ou deveres jurídicos.

4. GONZÁLEZ LAGIER, 2000.

Além disso, esses fatos probatórios podem ter maior ou menor grau de "interpretação". As descrições dos fatos podem ser mais ou menos interpretadas, dependendo se estão mais próximas do que é meramente percebido (por exemplo, quando descrevemos um movimento corporal), ou se incluímos na descrição o significado ou sentido que atribuímos a esse fato (por exemplo, quando interpretamos o movimento de um braço como um ato de saudação). Normalmente, quanto mais avançamos na cadeia de raciocínios, mais interpretados são os fatos probatórios.

- (2) Os fatos probatórios (se formos além do que, a rigor, seria a inferência final no processo de prova) podem, por sua vez, ser o resultado de outra inferência do mesmo tipo, de modo que, como dissemos, em realidade, a prova pode consistir no encadeamento de várias inferências substancialmente análogas. Assim, do fato de que Tício afirma ter visto Caio bater em Semprônio em uma briga (fato probatório) inferimos (se dermos credibilidade a Tício) que Tício viu (ou acredita ter visto) Caio bater em Semprônio (fato provado); e do fato de que Tício viu Caio bater em Semprônio (fato probatório) inferimos (uma vez eliminados possíveis problemas de percepção e de interpretação) que Caio realmente bateu em Semprônio, e desse fato podemos inferir que Caio é o responsável pelos ferimentos de Semprônio.
- (3) A garantia é constituída (a) por máximas de experiência – que podem ser (a.1) de natureza científica ou especializada, como as fornecidas pelos peritos; (a.2) de natureza jurídica, como as derivadas do exercício

profissional do juiz; ou (a.3) de natureza privada (experiências cotidianas), ou seja, derivadas das experiências do juiz fora do exercício de sua profissão; (b) por presunções, que podem ser estabelecidas em lei ou pela jurisprudência; ou (c) por definições ou teorias, que geralmente são fornecidas pela doutrina, também podendo, todavia, ser fornecidas pela jurisprudência ou mesmo ter caráter legal (por exemplo, o que torna possível provar que determinada consequência foi intencional – e, portanto, que pode ser avaliada como pelo menos dolo eventual – depende de se uma definição de consequência intencional é aceita como uma consequência meramente prevista ou como uma consequência prevista e, além disso, desejada ou aceita).

Imediatamente deve-se especificar que, na realidade, quando o vínculo entre os fatos probatórios e o fato a ser provado é dado por uma teoria ou por uma definição (isto é, quando o vínculo é conceitual), não estamos, em sentido estrito, diante de um caso de prova, e sim de interpretação ou de qualificação dos fatos. No entanto, essa distinção entre prova e interpretação nem sempre é clara. A questão exigiria uma tese sobre a individualização dos fatos: quando o mesmo evento possui mais de uma interpretação possível, e ambas são corretas, estamos nos referindo a um mesmo fato ou a mais de um? Por exemplo, "balançar o braço" e "saudar balançando o braço" são duas ações diferentes ou duas descrições diferentes da mesma ação?

Em relação às ações, há, nesse ponto, uma discussão importante entre "multiplicadores" (que responderiam que há

duas ações diferentes) e "unificadores" (que responderiam que há apenas uma)⁵. Não posso entrar nisso agora; no entanto, minha impressão é de que se trata de uma discussão com conseqüências que afetam apenas a forma como as coisas são apresentadas, e não os problemas subjacentes. De qualquer forma, é importante perceber as implicações práticas das definições e teorias ao declarar um fato comprovado sob determinada interpretação.

As máximas de experiência, as presunções e as definições podem ser vistas como enunciados gerais cuja estrutura seria diversa. No caso de máximas de experiência, "Se X, então é provável Y"; no caso de presunções: "Se X, então está provado Y"; e no caso de definições, "X vale como Y". "X" pode ser um fato ou um conjunto de fatos (ou de propriedades dos fatos), entre os quais se pode incluir a ausência de prova em contrário. A diferença entre presunções e máximas da experiência é que as presunções são enunciados revestidos de autoridade.

O esquema 2 mostrava um exemplo de inferência probatória em que a garantia ou regra de inferência consistia em uma presunção e em uma máxima de experiência. A seguir, vejamos um exemplo de inferência (interpretativa dos fatos), cuja garantia consistiria em uma definição. Pensemos em dois sujeitos que assaltam um terceiro no campo, roubando-o e deixando-o inconsciente dentro de uma caverna. Imediatamente depois, colocam vários pneus e galhos na entrada da caverna e os incendiam, para que a fumaça sufoque a vítima. O tribunal dá por provado que os assaltantes estavam cientes

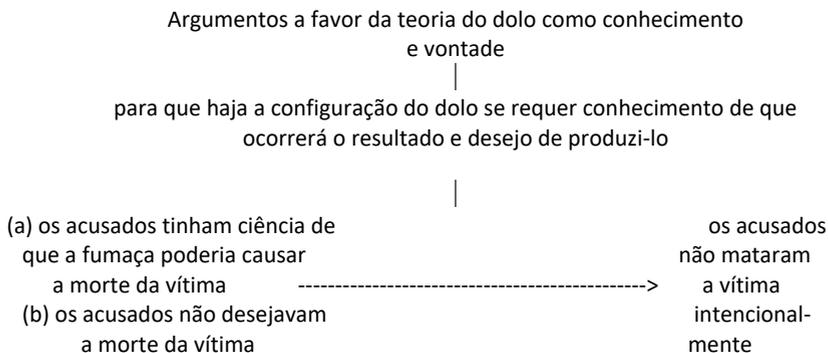
5. GONZÁLEZ LAGIER, 2001.

da possibilidade de a fumaça causar a morte da vítima, mas também que essa não era sua intenção direta; seu objetivo era impedir que a vítima os seguisse.

Considerar que a morte foi causada intencionalmente (dolosamente) ou não depende da definição adotada. O tribunal adotou a definição tradicional de dolo: há dolo quando o resultado é previsto e, também, desejado (em oposição à definição de dolo como mero conhecimento de que o resultado é provável) e excluiu a existência de dolo nesse caso.

Argumentos a favor da teoria do dolo como conhecimento.

Esquema 4:



(4) Por último, o respaldo é constituído por tudo aquilo que permite apoiar as máximas da experiência, as presunções ou as definições; tais como os casos anteriores, as próprias experiências das quais se infere a máxima da experiência, as normas que estabelecem as presunções (ou as experiências que as sustentam), teorias, outros argumentos etc.

3. A VALIDADE DA INFERÊNCIA PROBATÓRIA

Pode-se pensar que a validade que concedemos à inferência probatória depende de como a classificamos dentro dos tipos de argumentos que os lógicos distinguem. Eles geralmente propõem uma grande divisão entre argumentos dedutivos e argumentos indutivos. Uma forma (embora não a única⁶) de traçar a divisão consiste em definir a dedução como um tipo de raciocínio em que a verdade das premissas implica a verdade da conclusão, ao passo que a indução agrupa os raciocínios em que a verdade das premissas não implica a verdade da conclusão, sendo, isto sim, uma razão para aceitá-la⁷. Definindo-se a indução dessa forma, dentro dos argumentos indutivos podemos distinguir – dentre outros tipos – (a) a indução generalizante, ou indução em sentido estrito; (b) a indução probabilística; e (c) a abdução, ou retrodução. Vejamos um pouco mais sobre essas formas de raciocínio:

- a) Dedução: a dedução (vista como um silogismo substantivo, que parece ser uma de suas formas básicas) é a forma apropriada de raciocínio quando conhecemos uma regra (no sentido de um enunciado geral que correlaciona uma classe de indivíduos com uma classe de propriedades) e um caso passível de ser nessa subsumido, e queremos inferir um resultado. Os argumentos dedutivos caracterizam-se pelo fato de que, dada sua forma ou estrutura, não é possível, sem

6. GARCÍA SUÁREZ, 1984: 12 e ss.

7. GARCÍA SUÁREZ, 1984: 13.

incorrer em contradição, afirmar as premissas e negar a conclusão. Em outras palavras, a verdade das premissas garante a veracidade da conclusão (na realidade, porque a informação contida na conclusão não vai além daquilo que já tínhamos nas premissas).

Isso não significa que as premissas não possam ser falsas (e a mesma coisa vale para a conclusão), do ponto de vista material (de acordo com sua correspondência com o mundo real, por exemplo). Significa, isto sim, que se as premissas forem verdadeiras, considerando-se a estrutura do argumento, a conclusão será necessariamente verdadeira. Assim, essa lógica dedutiva nos oferece esquemas de raciocínio que nos levam a conclusões confiáveis, desde que tenhamos certeza das premissas das quais partimos.

Como os argumentos dedutivos não contêm mais informações na conclusão do que já tínhamos nas premissas, esses não servem para aumentar nosso conhecimento, sendo úteis, isto sim, para apresentar de uma maneira clara a justificativa de uma decisão, ou para mostrar como se aplicam determinadas propriedades gerais a casos particulares.

Um exemplo de argumento dedutivo seria o seguinte:

Todos os corvos são pretos.

X, Y e Z são corvos

X, Y e Z são pretos

b) Indução generalizante (ou em sentido estrito): os argumentos indutivos em sentido estrito são adequados quando conhecemos uma série de casos e de

resultados (de acordo com a posição que esses ocupariam no silogismo substancial) e queremos extrair a regra que correlaciona uns com os outros. Nos argumentos indutivos, extraímos uma premissa de caráter geral a partir do exame de uma série limitada de casos particulares, de modo que a conclusão sempre vai além das premissas. Em uma indução há sempre um "salto" das premissas para a conclusão, razão pela qual a verdade daquelas não garante a verdade dessa. A conclusão de uma indução bem construída pode ser mais ou menos provável, mas nunca será infalivelmente verdadeira.

A indução tem relação com dois sentidos diferentes de "probabilidade"⁸:

- a) Por um lado, a conclusão de uma indução não é inferida com total certeza das premissas, e sim com alguma probabilidade; ou seja, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão provavelmente será verdadeira. Aqui, a expressão "provavelmente" pode ser substituída por "razoavelmente". Podemos chamar esse sentido de probabilidade de "probabilidade inferencial", que se refere ao grau de apoio que as premissas dão à conclusão, isto é, ao grau de credibilidade racional da conclusão.
- b) Por outro lado, a conclusão de uma indução pode expressar uma lei ou uma regularidade estritamente

8. Esses dois sentidos, embora com uma terminologia diferente, podem ser encontrados em HEMPEL, 1973: 93-106.

universal, sem exceções, que correlacione todos os elementos de um caso com determinadas propriedades (como, por exemplo, "todos os corvos são pretos" ou "todos os metais se dilatam com o calor"), ou uma lei probabilística ("quem convive com um paciente com sarampo provavelmente vai adoecer"). Esse segundo sentido pode ser chamado de "probabilidade causal", pois refere-se a uma correlação causal (que admite exceções) entre dois eventos (exposição ao contágio e doença).

As leis estritamente universais obtidas por indução são prováveis no sentido inferencial; as leis probabilísticas obtidas por indução são prováveis no sentido inferencial e no sentido causal. A afirmação "quem convive com um doente de sarampo provavelmente vai adoecer" é probabilística no sentido inferencial (é o resultado de uma indução) e no sentido causal (se queremos falar com total precisão, devemos dizer "provavelmente é verdade que quem convive com um paciente com sarampo provavelmente adoecerá").

No entanto, os dois significados de "probabilidade" entrecruzam-se, podendo ser difícil distingui-los. Em geral, se se trata de uma relação entre enunciados (premissas e conclusão), podemos falar em "probabilidade inferencial" ou em "grau de credibilidade", ao passo que, se se trata de uma relação entre eventos (ou classes de eventos), podemos falar em "probabilidade causal". Observe-se, todavia, que, por um lado, a probabilidade causal, expressa em leis probabilísticas, é conhecida por meio de um argumento indutivo (estando, portanto, também sujeita a um maior ou menor grau de credibilidade racional);

e, por outro lado, se usamos uma lei probabilística como premissa de um argumento, só podemos inferir a conclusão com determinada probabilidade inferencial.

Como mencionado, qualquer ciência se baseia em induções a partir da observação da realidade⁹, e, como as conclusões de uma indução nunca são necessariamente verdadeiras, tem-se que nosso conhecimento nunca é necessariamente verdadeiro, sendo apenas verdadeiro por aproximação. É por isso que se chamou a indução de "a glória da ciência" e de "o escândalo da filosofia"¹⁰. Pois bem, enquanto nossas induções permitirem o desenvolvimento da ciência e da tecnologia (ou seja, permitirem-nos entender o mundo, prever suas mudanças e desenvolver instrumentos para controlá-lo) sem serem refutadas, continuaremos confiando nessas.

Um exemplo de indução generalizadora é o seguinte:

X, Y e Z são corvos

X, Y e Z são pretos

Todos os corvos são pretos

c) Indução probabilística: vimos que as regras gerais que podemos obter por indução ampliativa podem ser universais ou probabilísticas. Se são universais,

9. E isso pode ser dito tanto das ciências nomotéticas (como a física ou a química), que se preocupam com a formulação e a verificação de leis e de teorias sobre o mundo, quanto das ciências ideográficas, que se preocupam com a investigação de fenômenos individuais e irrepetíveis (como a história), porque essas últimas também demandam generalizações para aplicar ao seu objeto de estudo.

10. BROAD, 1926. A citação é de GARCÍA SUÁREZ, 1984: 11.

podemos com essas construir deduções, subsumindo o caso à regra universal. Desta forma obtemos um resultado que será necessariamente verdadeiro (se as premissas forem verdadeiras). Não obstante, se são probabilísticas, ao subsumir-se o caso a essas o resultado obtido não tem sua veracidade garantida pelas premissas; trata-se de mera probabilidade.

HEMPEL considera esse tipo de raciocínio uma indução, que ele chama de explicação probabilística¹¹. Imaginemos que descobrimos que alguns corvos, submetidos a determinados experimentos de laboratório, mudam de cor, tornando-se brancos, de modo que o que era considerado um enunciado estritamente universal ("todos os corvos são pretos") passa a ser enunciado como uma regra probabilística ("se x é um corvo, provavelmente é preto"). Assim, o seguinte argumento seria um exemplo de indução probabilística:

se x é um corvo, provavelmente é preto
x é um corvo

x é preto.

Pois bem, na opinião de HEMPEL, embora a primeira premissa dessa inferência expresse uma probabilidade causal, a conclusão que segue conta com uma probabilidade inferencial (já que estamos operando aqui com afirmações e não com eventos)¹².

11. HEMPEL, 1973: 91 e ss.

12. HEMPEL, 1973: 103.

- d) **Abdução:** quando conhecemos a regra e o resultado, podemos inferir o caso por meio de uma abdução. Na abdução raciocinamos buscando inferir um fato particular de outro fato que conhecemos e de uma regra (universal ou probabilística) que pressupomos ser correta. Tampouco dessa forma obtemos uma conclusão necessariamente verdadeira (mesmo quando a regra é universal), e sim apenas uma convicção, que pode ser mais ou menos razoável.

Um exemplo de um argumento abduutivo seria o seguinte:

X, Y e Z são pretos
todos os corvos são pretos

X, Y e Z são corvos

Do ponto de vista da lógica dedutiva, os argumentos abdutivos, como o do exemplo anterior, constituem falácias (especificamente, a falácia da afirmação do conseqüente). No entanto, esses possuem certa força, que deriva de sua potencialidade explicativa: no exemplo anterior, o que dá força ao raciocínio é que a verdade dessa conclusão explicaria por que X, Y e Z são pretos¹³.

A inferência probatória é qual tipo de argumento? Inicialmente, devemos levar em conta que sua conclusão deve ser um enunciado sobre um fato particular. Por isso, dos quatro tipos

13. Para uma análise aprofundada da abdução, ver BONORINO, 1993: 207-237. Um aspecto problemático dos raciocínios abdutivos consiste em determinar se esses possuem força de justificação ou se se limitam a explicar como o sujeito formulou determinada hipótese.