

As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos¹

Janaina Matida*

Rachel Herdy**

*"The law is up to its neck in epistemology"*²

Sumário

1. Questões preliminares: sobre a epistemologia aplicada aos tribunais. 2. Inferências probatórias e silogismo jurídico. 3. Tipologia das inferências probatórias. 4. Inferências probatórias epistêmicas. 5. Inferências probatórias normativas. 5.1. As regras de presunção. 5.2. As regras de ônus da prova. 6. Inferências probatórias interpretativas. 7. Conclusão. Referências.

1. Questões preliminares: sobre a epistemologia aplicada aos tribunais

Os teóricos do Direito em geral, sobretudo da tradição continental, têm frequentemente encarado a disciplina "Epistemologia Jurídica" como o estudo de questões relativas à produção do conhecimento na área do Direito. A Epistemologia Jurídica seria uma espécie de teorização metodológica cujo objeto de investigação é a própria teoria jurídica. É nesse sentido que o verbete é definido no *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito* (1999) e foi nessa linha que Warat (2004) popularizou entre nós a disciplina.

Contudo, estudos recentes têm atribuído outro sentido à expressão. "Epistemologia Jurídica" tem sido empregada para fazer referência ao desafio de se justificar proposições sobre questões de fato que são apresentadas em um processo judicial. Nessa segunda acepção, a Epistemologia Jurídica reflete preocupações com o conhecimento dos fatos e não do direito. Não se trata de problematizar a produção do conhecimento jurídico. A questão que interessa é a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige

¹ Este artigo é uma reprodução do texto original publicado como capítulo do livro *Epistemologias críticas do direito*, organizado por José Ricardo Cunha (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-237). Agradecemos ao Professor José Ricardo pela cessão dos direitos autorais.

* Doutora em Direito pela *Universitat de Girona* (UdG), com estágio doutoral na University of Virginia School of Law (UVA Law) e na Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile (UACH). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professora Convidada da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

** Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio doutoral na University of Miami School of Law (UM Law School). Professora do Programa de Pós-Graduação em Teorias Jurídicas Contemporâneas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ).

² Susan Haack.

uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual. Essa forma de entender a Epistemologia Jurídica requer um retorno à Epistemologia Tradicional enquanto disciplina filosófica. Enquanto os epistemólogos em geral ocupam-se da justificação de uma proposição fática p , os epistemólogos jurídicos ocupam-se da justificação de uma proposição p quando esta é uma informação relevante para a decisão judicial. Concretamente, a Epistemologia Jurídica é um tipo de Epistemologia Aplicada – um estudo sobre o sistema jurídico como uma prática institucional que tem como um de seus objetivos a busca pela verdade³.

As especificidades do contexto jurídico não são suficientes para afastar a utilidade das reflexões oriundas da Epistemologia, mas evidentemente tornam certos ajustes necessários. O propósito do processo judicial não é formular crenças verdadeiras, mas colocar um ponto final num conflito de interesses (Haack, 2014)⁴. Diferentemente do que acontece em um laboratório, alcançar a verdade no tribunal é um meio e não um fim. No processo judicial, não há espaço para o protagonismo do “conhecimento em estado puro” (Taruffo, 1992). O julgador precisa determinar os fatos de um caso em conformidade com certas preferências institucionais. Não se trata de um exercício cognitivo livre, tampouco de uma curiosidade teórica acerca de como se apresenta a realidade do mundo. Trata-se de uma tomada de decisão exigida quando todos os ritos processuais foram cumpridos. Um relatório produzido no contexto científico pode concluir que as evidências não são suficientes para dizer seja que p , seja que não p e que, portanto, será necessário despender mais tempo e investimento na pesquisa. No contexto judicial, a suspensão do juízo não é permitida. Há um momento em que o julgador tem de colocar um ponto final sobre se p ou se não p , de modo a assumir o risco de que esteja considerando verdadeira uma proposição fática que pode ser objetivamente falsa. Há casos, inclusive, em que o julgador considera verdadeira uma proposição fática que acredita ser falsa: quando presume que o acusado é inocente, por insuficiência probatória, embora esteja convencido de que ele cometeu o crime⁵. Certamente importa saber se o acusado de

³ A Epistemologia Tradicional, um ramo da Filosofia, está preocupada com o conhecimento proposicional (*know-that*). Podemos citar como exemplos as seguintes proposições: “Existe um Deus”; “o Brasil é um país com alta taxa de encarceramento”; e “o mordomo José é responsável pela morte de Luís”. Costuma-se contrapor o conhecimento proposicional a outro tipo de conhecimento que em inglês recebe o nome de *know-how* (v. Ryle, 1949). Seria um conhecimento por aptidão, como saber andar de bicicleta ou fritar um ovo. A distinção é às vezes colocada em termos da divisão clássica na Filosofia Antiga entre *epistêmê* e *technê* (arte). Essa é uma nota introdutória importante. O conceito de “proposição” é caracterizado por possuir valor de verdade; e a veracidade, ou não, de uma proposição fática dependerá das evidências e dos modos de justificação – o que no Direito chamamos de “provas” e “motivação”, respectivamente.

⁴ A ideia de verdade jurídica pode ser relacionada às proposições normativas particulares sobre sistemas jurídicos. Nesse sentido, as verdades jurídicas diferem das verdades naturais, por exemplo, em virtude do seu caráter ontológico e de seu alcance relativo – as verdades jurídicas só existem enquanto tais em razão do que os homens (ou os arquitetos do sistema) querem e fazem (Tese Positivista da Fonte Social), e a sua veracidade refere-se a determinado local e tempo (Haack, 2014, p. 312).

⁵ A existência de um *standard* de prova que seja exigente (como o além de toda dúvida razoável) faz com que por vezes o juiz que racionalmente ampare seu convencimento no conjunto probatório veja-se obrigado a absolver o acusado. Poderia haver provas suficientes para satisfazer um *standard* de prova prevalecente (condenando-o), mas pode ser que não haja provas para satisfazer um *standard* mais elevado; nessa situação, a inocência é a única proposição fática justificada para seu raciocínio decisório.

um crime foi realmente quem o cometeu, contudo, o objetivo de um processo não é *descobrir* a verdade, mas *determinar* se a proposição fática oferecida foi provada de acordo com algum critério de suficiência (*standard* probatório) e em conformidade com eventuais regras probatórias⁶.

O reconhecimento de que o processo judicial pode fundar-se em determinações fáticas que finalmente não correspondam à realidade objetiva não significa abraçar uma postura cética ou desiludida quanto à relação entre direito e verdade⁷. É precisamente esse o labor do epistemólogo jurídico: ora se ocupa de *descrever* as regras e práticas jurídicas que promovem e/ou frustram a busca pela verdade, ora, de *prescrever* a sua modificação de forma a diminuir a distância entre o direito e a realidade externa. Refletir sobre a diminuição dos erros judiciais na determinação fática não é outra coisa senão assumir uma postura séria em relação à verdade (Laudan, 2006). É o que se tem em mente ao se afirmar que a verdade desempenha o papel de um ideal regulativo no direito: nem sempre possível, mas sempre desejado.

No presente capítulo, ocupar-nos-emos deste segundo sentido de Epistemologia Jurídica. Este tipo de estudo epistemológico tem sido desenvolvido nas duas últimas décadas pela teoria jurídica contemporânea anglo-saxônica e ibero-americana⁸. As disciplinas de caráter processual, nessas duas tradições jurídicas, enfocavam o problema da determinação dos fatos no direito a partir de uma perspectiva formal e dogmática. O que os epistemólogos do direito oferecem é uma abordagem teórica crítica do problema probatório, na medida em que a determinação dos fatos no contexto jurídico passa a ser vista como uma questão maior referente à racionalidade das decisões judiciais. Não são apenas as questões de interpretação jurídica que merecem atenção por parte dos teóricos da argumentação.

Recentemente, epistemólogos gerais e filósofos da ciência juntaram-se aos teóricos da argumentação jurídica⁹. Esses estudiosos perceberam que o tribunal é um ambiente profícuo para a aplicação de suas investigações. E não só: estudos científicos avançados, nos campos da psicologia forense e da estatística, contribuem hoje para uma compreensão multidisciplinar, mais bem informada, do processo de cognição no direito¹⁰. A Epistemologia Jurídica, portanto, no sentido que aqui apresentamos, é uma área multidisciplinar, cujas conclusões impactam a nossa compreensão sobre a relação entre as instituições jurídicas e o mundo externo.

⁶ “Determinar” tem um sentido menos rígido do que “descobrir” e por isso parece refletir melhor o caráter peculiar das alegações fáticas no direito (v. Haack, 2014, p. 306).

⁷ Para uma crítica às posturas radicais dos céticos, cínicos e relativistas em relação à verdade, ver Haack (2003; 2011) e Taruffo (2012).

⁸ A literatura que se construiu nas duas últimas décadas aproximadamente é vasta e dispersa em livros e artigos científicos. Mencionamos, apenas pontualmente, como representantes da tradição saxônica, os trabalhos de Damaska (1991), Twining (1990), Allen (1994), Schauer (2003) e Pardo (2005). Tais autores, em maior ou menor medida, foram inspirados pelos clássicos de Bentham (1827), Thayer (1898) e Wigmore (1907). Do lado continental, essa preocupação epistemológica foi introduzida por Taruffo (1992) e, nos anos que se seguiram, ampliada por ele e outros teóricos, como Mendonça (1998), Aguiló Regla (1999), Gascón Abellán (2004), Ferrer Beltrán (2005; 2007) e González Lagier (2013; 2014).

⁹ Goldman (1999), Haack (2003) e Laudan (2006).

¹⁰ V., por exemplo, Loftus e Ketcham (1994) e Cutler (2012).

No presente capítulo, apresentaremos uma análise específica sobre os distintos tipos de inferência probatória que podem ser identificadas no raciocínio judicial. As considerações que se seguem avançam os desenvolvimentos recentes de González Lagier (2013; 2014), os quais partem dos estudos de Toulmin (1958). Pretendemos argumentar que a decisão judicial envolve diferentes tipos de inferência probatória nem sempre compreendidas com a busca pela verdade. Identificar os momentos em que o direito opta por se descolar da realidade parece ser uma importante tarefa para os estudiosos da Epistemologia Jurídica.

2. Inferências probatórias e silogismo jurídico

A inferência probatória é o raciocínio utilizado pelo tomador de decisão judicial para justificar a determinação de uma questão de fato no tribunal. Uma inferência (probatória ou não) é formada por um conjunto de proposições, chamadas de premissas, que são oferecidas como razões para dar suporte a uma conclusão¹¹. No caso das inferências probatórias, as proposições que dão suporte à conclusão referem-se às informações probatórias disponíveis no processo; por outro lado, a conclusão constitui a hipótese fática a ser assumida como premissa na inferência judicial maior que justificará a decisão final¹².

Antes de ingressarmos na análise do conceito de inferência probatória, convém tecer algumas considerações técnicas sobre o modo como a inferência probatória relaciona-se com a estrutura silogística do raciocínio judicial. A premissa sobre os fatos da inferência judicial maior será formada pela conclusão de uma cadeia de inferências probatórias. Isso quer dizer que a inferência probatória é um tipo de subargumento, pois a sua conclusão será um componente da inferência judicial maior que colocará fim a um processo judicial.

Ao contrário do que é repetidamente dito nas faculdades de Direito, o silogismo – isto é, a inferência dedutiva¹³ – possui um papel estruturante no raciocínio do tomador de decisão. É claro que dizer isso não implica reduzir o raciocínio do juiz a um simples esquema dedutivo. Tal afirmação seria falsa do ponto de vista descritivo, pois os juízes não argumentam explicitamente desse modo, bem como do ponto de vista lógico, pois sabemos que grande parte das informações obtidas no processo judicial é alcançada por meio de inferências cujas conclusões não são necessárias. Basta pensarmos no papel dos raciocínios analógicos¹⁴. O ponto aqui é que a decisão

¹¹ Utilizaremos os termos “inferência”, “raciocínio” e “argumento” como sinônimos.

¹² A “inferência judicial maior” nada mais é do que o silogismo jurídico, isto é, o encaixe da premissa fática à premissa normativa de certo sistema jurídico.

¹³ Por dedução, queremos dizer um tipo de inferência cuja ligação entre as premissas e a conclusão se dá de forma necessária. As inferências dedutivas são *válidas*; e, nesse ponto, diferem das inferências não dedutivas (e.g., indução, abdução, analogia), que podem ser fortes/cogentes, ou não. Sobre o papel do silogismo na justificação da decisão judicial, ver MacCormick (1978) e Wróblewski (1992).

¹⁴ A analogia representa o desafio de determinar quais aspectos – quais similaridades – devem ser levados em conta para aproximar o caso da área de incidência de uma regra *r1* em detrimento de aproximá-lo à área de incidência de uma regra *r2*.

judicial pode ser teoricamente reconstruída como um esquema dedutivo porque uma característica importante do Estado de Direito é a existência de normas nas quais os indivíduos podem fundamentar suas alegações ou demandas judiciais (MacCormick, 2005). O princípio da legalidade requer a existência de normas prévias e a aplicação de tais normas, por sua vez, requer a interpretação de textos ou outras fontes do direito e a verificação de alegações sobre fatos específicos que instanciam as categorias de fato genericamente enunciadas¹⁵.

Uma vez que as normas expressam o uso de termos universais – “sempre que *FO* [Fato Operativo], então *CN* [Consequência Normativa]” –, a sua aplicação terá de encontrar fatos particulares *f* que possam ser categorizados como instâncias de “*FO*”¹⁶. A condição fática representa uma categoria geral cuja aplicação exigirá a indicação de uma instância particular. Pode ser que a premissa fática a ser provada seja concernente ao mundo normativo, mas isso não é razão para descaracterizar sua natureza fática. O fato de que a pena de morte é permitida no direito estrangeiro pode ser objeto de prova e a sua veracidade não dependerá do que possamos desejar a respeito da pena de morte. Embora as decisões judiciais não sigam explicitamente esse modelo canônico, elas podem ser assim reconstruídas:

Se *FO*, então *CN*

f foi determinado

f é uma instância de *FO*

Logo, *CN*

No esquema acima, temos uma premissa maior, constituída pela norma; uma premissa menor, constituída por uma alegação fática; e uma terceira premissa, que parece situar-se na fronteira das duas premissas anteriores. Uma coisa é formular a norma do sistema jurídico – uma operação interpretativa por excelência. Outra coisa é determinar que um fato particular *f* ocorreu (com base em provas produzidas). Para além dessas duas operações, será preciso dizer também que o fato particular *f* pode ser subsumido ou qualificado sob a categoria *FO* (com base em interpretações tanto a respeito do particular *f* como da categoria *FO*). São exemplos, respectivamente: “Se

¹⁵ Não descuidamos da análise realista que distingue a *interpretação* do texto normativo da *aplicação* da norma jurídica. Essa distinção, formulada por Tarello (1974) e trabalhada por Guastini (2005), resulta do reconhecimento de que a norma é fruto de um processo criativo de interpretação, que consiste em atribuir significado a um texto normativo. Este último, por sua vez, pertence ao discurso das fontes.

¹⁶ Pode parecer que estamos cogitando apenas a aplicação de regras, que possuem linguagem precisa. Não temos aqui qualquer pretensão de distinguir regras e princípios, tampouco de sugerir que somente uma decisão baseada em regras assumiria a estrutura silogística. Os princípios poderiam perfeitamente figurar como premissa normativa, assumindo a forma condicional. A diferença residiria apenas no grau de precisão da linguagem e, portanto, no nível de discricionariedade do julgador. Ao invés de uma premissa normativa do tipo: “Se um indivíduo subtrair bem móvel alheio mediante o uso da força, então ele será condenado a dez anos de prisão em regime fechado”, a premissa seria algo do tipo: “Se a dignidade da pessoa humana for violada, então a medida é inconstitucional”.

alguém matar um ser humano, então deverá ser condenado a uma pena privativa de liberdade”; “*a* intencionalmente matou *b*”; e “*b* (feto) pode ser categorizado como uma instância de *B* (ser humano)”. Essa última premissa, que constitui a categorização do fato, implica um compromisso com certa interpretação do mundo. Voltaremos a esse ponto.

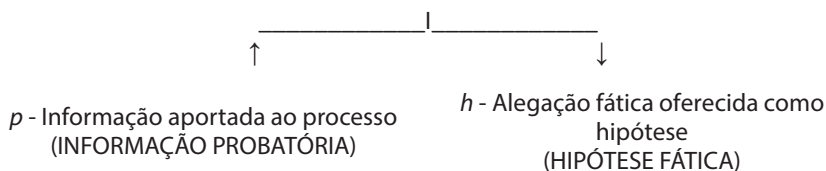
O que importa sublinhar neste momento é a ideia de que a inferência probatória está relacionada ao raciocínio específico voltado para a determinação da premissa fática particular, qual seja, “*a* intencionalmente matou *b*”. As inferências probatórias, portanto, ainda que possam envolver aspectos normativos e interpretativos, como veremos, não se confundem com as inferências normativas *per se*¹⁷, isto é, aquelas cuja conclusão consistirá na premissa maior do esquema silogístico que fundamentará a decisão judicial final¹⁸.

3. Tipologia das inferências probatórias

As inferências probatórias compõem-se de três elementos (González Lagier, 2007): a hipótese fática sugerida para dar conta de certos fatos ou eventos (*h*); as informações ou os meios de prova que dão suporte a tal hipótese (*p*); e a ligação que existe entre esses dois elementos (*g*). A ligação funciona como uma *garantia* (*warrant*) que nos permite percorrer o caminho lógico das informações probatórias à hipótese fática. A garantia assume a forma de uma proposição, frequentemente implícita e de caráter geral, que enuncia um princípio, uma regra ou uma cadeia de raciocínio (Toulmin, 1958, p. 91). A garantia distingue-se das informações probatórias e da hipótese, atuando como uma ponte que autoriza o julgador a dar o passo inferencial das primeiras à segunda. No esquema diagramado abaixo, a garantia *g* é formada pela proposição geral que permite inferir a hipótese fática *h* da informação probatória *p*¹⁹:

Quadro 1: As inferências probatórias

Proposição que justifica inferir *H* a partir de *P*
(GARANTIA)



¹⁷ Não confundir as inferências normativas *per se* com as inferências probatórias normativas (ver adiante).

¹⁸ Não vamos discutir o caráter indutivo ou abduutivo das inferências probatórias. Para essa discussão, remetemos o leitor aos textos de Giovanni Tuzet (2014); e Fábio Shecaira e Noel Struchiner (2016).

¹⁹ Nosso esquema é uma adaptação daquele oferecido por González Lagier (2013, p. 40), o qual é formulado a partir das propostas de Toulmin (1958).

As inferências probatórias podem ser classificadas de acordo com o tipo de fundamento (*backing*) da garantia. Por detrás da proposição geral que oferecemos como garantia da inferência (probatória ou não), encontram-se outras proposições sem as quais não seria logicamente possível percorrer o caminho de *p* a *h*. A pergunta é: Por que, em geral, devemos aceitar essa proposição que aparece como a garantia da inferência?

O fundamento pode consistir em uma regra da experiência, uma regra jurídica ou uma regra conceitual²⁰. Quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra da experiência, temos um tipo de inferência probatória *epistêmica*. Esse tipo de inferência encontra seu fundamento numa regra que afirma uma associação mais ou menos regular entre fatos: “Frequentemente, quando P ocorre, H ocorre também” ou “Na maior parte das vezes em que P ocorre, H também ocorre”. Um segundo tipo de inferência probatória ocorre quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra jurídica. São as inferências probatórias *normativas*. Sobre elas, é preciso atentar para o fato de que o seu fundamento tanto pode ser uma associação entre fatos mais ou menos regular quanto uma preferência que tenha sido institucionalizada. Em ambos os casos, estamos diante de uma preferência do arquiteto institucional e, por isso, está justificado classificar tais inferências como normativas. Finalmente, um terceiro tipo de inferência probatória ocorre quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra de natureza conceitual. São as inferências probatórias *interpretativas*. O seu fundamento remete às definições e aos conceitos que empregamos para nos relacionarmos com o mundo. Importa saber quais são as condições de correção dos conceitos que se mostram relevantes para o direito.

Quadro 2: Os fundamentos da garantia

| | | |
|--|---|--|
| Regra da experiência (FUNDAMENTO EPISTÊMICO) | Regra jurídica (FUNDAMENTO NORMATIVO) | Regra conceitual (FUNDAMENTO CONCEITUAL) |
| | | |
| Proposição que justifica inferir <i>H</i> a partir de <i>P</i> (GARANTIA) | | |

A partir dos distintos fundamentos acima, podemos compreender também as diversas finalidades das inferências probatórias no direito. A finalidade das inferências probatórias epistêmicas é fazer com que a determinação dos fatos no

²⁰ Como aponta Toulmin (1958, p. 96), o fundamento é por si só variável, pois depende da área na qual o argumento é utilizado (*field-dependent*). A maneira como estabelecemos nossas proposições de garantia variam se estamos no campo da matemática, da física, da moral ou do direito. O ponto é que, no direito, em especial, para além da variação que Toulmin aponta, parece haver uma variação interna à sua área, pois nem todos os fundamentos da inferência probatória são estabelecidos com base nas mesmas razões.

tribunal corresponda à realidade externa, aproximando-se da verdade. Já as inferências probatórias normativas possuem duas finalidades alternativas: aproximar os fatos determinados judicialmente da realidade externa, cristalizando regras da experiência, ou tolerar certo distanciamento da realidade externa em defesa de algum valor – moral, político ou de outro tipo – preferido pelo legislador. Por fim, a discussão sobre a finalidade das inferências probatórias interpretativas dependerá da função que atribuímos aos distintos conceitos que empregamos. Podemos querer descrever e ordenar os fatos e eventos do mundo, mas pode ser que nossos fins sejam outros. O direito pode – e de fato frequentemente quer – inaugurar uma nova realidade conceitual.

Até agora, distinguimos três tipos de inferência probatória tendo como critérios seus respectivos fundamentos e finalidades. Há, contudo, outro aspecto relevante que merece ser considerado. A força, ao lado do fundamento e da finalidade, é um elemento que contribui para manter dissociados os tipos de inferência probatória utilizados no raciocínio judicial. Por “força”, entendemos a capacidade de resistência que cada tipo de inferência apresenta, de modo a evitar a sua substituição, refutação ou derrota. A força de uma inferência probatória epistêmica reside na cogência do argumento indutivo sobre o qual repousa a regra da experiência²¹. Uma lei natural, objeto do conhecimento científico, empresta força maior ao argumento indutivo quando comparada com uma regra da experiência baseada em generalizações espúrias, apressadas. Exemplo: “As mulheres são intelectualmente menos capazes do que os homens”²². Por sua vez, a força de uma inferência probatória normativa está na autoridade da regra jurídica que conecta as informações probatórias à hipótese fática. O direito predetermina o significado de certas informações probatórias. A atividade probatória é restringida por critérios jurídicos, de modo que não está ao alcance do julgador revisar a associação fática estabelecida pelo legislador. Pouco importa se a regra jurídica possui base empírica ou institucional. Aliás, é precisamente o aspecto da força que serve para demarcar a diferença entre uma inferência probatória epistêmica e uma inferência probatória normativa cujo fundamento seja empírico. Embora os fundamentos e as finalidades desses dois tipos de inferência probatória possam coincidir, elas diferem quanto ao aspecto da força, pois a inferência probatória epistêmica não tem a sua força dada pela autoridade. Por fim, quanto às inferências probatórias interpretativas, sua força dependerá do exame de questões relacionadas à sua finalidade e origem. Voltaremos a cada um desses pontos nos próximos tópicos.

O quadro abaixo compara resumidamente as ideias que acabamos de apresentar²³:

²¹ Um argumento “cogente” é um argumento “forte”, para o qual temos “boas razões” (Trudy Govier, 2010, p. 114). Optamos por substituir a expressão “argumento sólido”, proposta por González Lagier, por “cogente” para evitar confusão com o conceito técnico de argumento sólido (*sound argument*), o qual está associado a um tipo de inferência válida com premissas verdadeiras.

²² V. Haack (2011, p. 204).

²³ Este quadro é uma adaptação daquele oferecido por González Lagier (2014).

| Quadro 3: Quadro comparativo das inferências probatórias | | | | |
|--|--|----------------------|---|--|
| Tipo | Garantia | Fundamento | Finalidade | Força |
| Epistêmica | Proposição que estabelece uma associação entre fatos | Regra da experiência | Aproximação da verdade | Cogência do argumento indutivo que dá suporte à regra da experiência |
| Normativa | Proposição que prescreve uma associação entre fatos | Regra jurídica | Aproximação da verdade | Caráter autoritativo do direito |
| | Proposição que prescreve uma preferência institucional | | Proteção de um valor | |
| Interpretativa | Proposição que expressa condições formais e materiais de correção de um conceito | Regra conceitual | Remete à função dos conceitos: ordenar, classificar, compreender, predizer etc. | Depende de aspectos relacionados à sua finalidade e origem |

4. Inferências probatórias epistêmicas

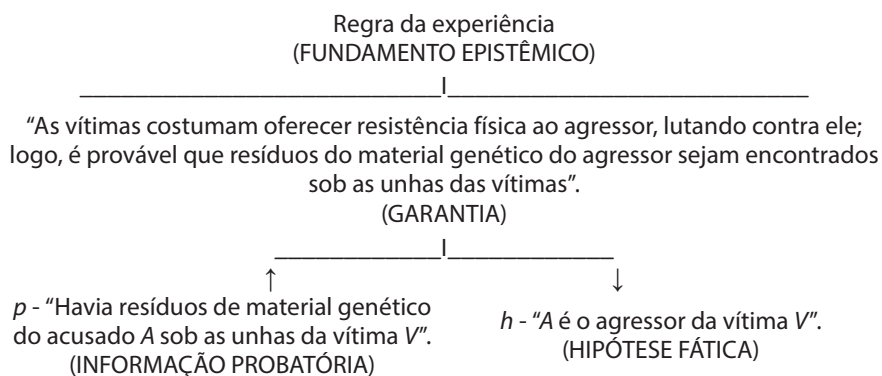
No mundo ideal, um processo judicial inicia-se com as alegações das partes, desenvolve-se na fase probatória e termina após a valoração racional com uma decisão que se justifica num robusto conjunto de informações que corrobora aquelas alegações. Terminada a produção das provas, o juiz teria respostas sobre os fatos alegados. Nesse passo, estaria apto a formular a sua decisão com base num exercício cognitivo pleno, isto é, sem o constrangimento de regras que predeterminam o rendimento probatório de determinados elementos de prova (como era o caso das “provas legais”). Esse seria o cenário das inferências probatórias epistêmicas.

Nas inferências probatórias epistêmicas, o fundamento da proposição que permite passar da informação probatória à hipótese alegada pela parte é realizado por uma regra da experiência. As regras da experiência, por sua vez, fundam-se em proposições fáticas que buscam descrever uma associação entre elementos que

existe na realidade externa ao processo. São generalizações científicas, técnicas, máximas derivadas de contextos profissionais etc. Assim, quando a prova praticada em juízo estabelece que “havia resíduos de material genético do acusado *A* sob as unhas da vítima *V*”, o juiz, de posse de seu *stock of knowledge*²⁴, infere que “o acusado *A* é o agressor da vítima *V*”. O juiz relaciona racionalmente a informação probatória e a hipótese fática em razão de uma regra da experiência segundo a qual “nos casos de lesão corporal, as vítimas costumam oferecer resistência física, lutando contra o agressor; logo, é provável que resíduos de material genético do agressor sejam encontrados sob as unhas da vítima”. Sua conclusão fática tem a pretensão de descrever a realidade externa tal qual os fatos efetivamente tenham ocorrido nas vidas de *A* e *V*.

Em outras palavras, esse tipo de raciocínio aproxima-se ao máximo da verdade. Essa é a sua finalidade. Quanto à força da inferência, é preciso sublinhar que ela se encontra na cogência da associação entre os fatos que fundamenta a regra da experiência em questão. Assim, nos casos mediados por uma relação causal entre classes de fatos – “a ocorrência de *H* é causada pela ocorrência de *P*” –, uma vez que se determine a ocorrência de *P*, a inferência que conclui pela ocorrência de *H* oferece um elevado grau de força. A força da inferência se traduz na resistência que ela apresenta a outras inferências probatórias que, a sua vez, tenham a pretensão de substituí-la. Uma inferência probatória epistêmica forte acaba por satisfazer a exigência de uma argumentação fática que seja plausível e a melhor alternativa para cumprir a finalidade de aproximação à verdade. Poderíamos representá-la da seguinte forma:

Quadro 4: Inferência probatória epistêmica



²⁴ Trata-se de uma expressão utilizada por Twining para referir-se às origens das generalizações das quais os julgadores partem para inferir uns fatos de outros no contexto da valoração das provas. “The stock of knowledge may vary in respect of perceived reliability from scientifically established laws through experience-based generalizations to sheer speculation or prejudice, from beliefs deeply rooted in religion to ideas or impressions casually acquired which, may also be casually discarded. Reliability can be roughly represented by a continuum of common sense, horse sense, specialist expertise, and scientific knowledge, all of which belong to a shared stock of beliefs”. (Twining, 2003, p. 99)

Esse tipo de raciocínio ocorre nas situações em que o julgador aplica as regras do raciocínio fático geral ao raciocínio fático jurídico, sem qualquer interferência de regras jurídicas que restrinjam previamente a sua atividade cognitiva. O julgador chegará à conclusão que qualquer outro sujeito epistemicamente comprometido chegaria. Mediante o uso das regras da experiência para examinar as provas produzidas no interior do processo, o juiz não fará outra coisa senão inferir a hipótese fática que mais provavelmente corresponda à realidade externa. Da mesma forma que no nosso dia a dia concluímos que choverá quando o céu está cinza, no contexto jurídico, o juiz conclui que aquele que possui pólvora nas mãos é o agente responsável pelo disparo sofrido pela vítima ou que, como no exemplo acima mencionado, o agressor é aquele que possui o material genético da vítima sob as unhas, uma vez que é sabido que, nos casos de lesão corporal, a vítima costuma resistir e lutar fisicamente.

Interessante notar que, à primeira luz, as inferências probatórias epistêmicas e as regras que excluem provas parecem ser elementos inversamente proporcionais. Porque, quanto mais regras que excluam provas do processo, mais limitadas serão as inferências probatórias epistêmicas a serem realizadas pelo juiz. As regras que limitam a admissibilidade de provas e as regras que ordenam que certas provas – já praticadas – sejam desconsideradas em razão de serem consideradas “ilícitas”, por exemplo, restringem as informações de que os juízes poderão partir para realizar as inferências probatórias epistêmicas rumo à decisão. De forma apressada, seria possível pensar inclusive que as regras excludentes são absolutamente prejudiciais à satisfação de compromissos epistêmicos. Entendemos, contudo, que as regras que excluem provas não devem ser confundidas com uma necessária rejeição ao propósito da busca pela verdade no contexto judicial. É preciso notar que há regras que excluem provas com o propósito de justamente assegurar certo compromisso epistêmico. Imaginemos a regra que ordena excluir do conjunto probatório a confissão mediante tortura. A razão é: não é confiável a confissão assim praticada, pois quem tem dor é capaz de dizer qualquer coisa para colocar fim ao sofrimento. A regra que manda excluir essa informação probatória, para além de promover o respeito à integridade psicofísica das pessoas (valor moral), aproxima a decisão judicial de proposições fáticas verdadeiras, na medida em que proíbe que informações provavelmente falsas sejam utilizadas como premissas de inferências probatórias epistêmicas. Logo, limitar o ponto de partida das inferências probatórias pode ser compatível com a satisfação de um compromisso epistêmico.

Ademais, podemos dizer que a inferência probatória epistêmica ocupa “um lugar central” e “logicamente prioritário” (González Lagier, 2014, p. 88) em relação aos demais tipos de inferência probatória que analisaremos a seguir. Como veremos no próximo tópico, no caso das inferências probatórias normativas, especificamente quando a regra é de presunção, haverá, geralmente, um fato básico que precisa ser anteriormente determinado. Algo semelhante ocorrerá com as regras de ônus da prova. Nesse último caso, a ausência da prova do fato relevante desempenhará função equivalente à presença do fato básico nas regras de presunção. Tanto num caso como

noutro, a proposição fática que serve de premissa para as inferências probatórias normativas será determinada por meio de inferências probatórias epistêmicas.

5. Inferências probatórias normativas

Uma adequada compreensão do raciocínio fático requer que se dê atenção a outro tipo de inferência probatória, já que há situações nas quais a mera aplicação de regras da experiência não se mostra suficiente para dar sustento às hipóteses fáticas alegadas pelas partes. Trata-se de um cenário probatório subótimo, no qual os fatos relevantes para a resolução da controvérsia permanecem incertos mesmo depois de terminadas as fases de produção e valoração das provas²⁵. Em síntese: ocorre a produção dos meios de prova úteis para a corroboração das hipóteses; na fase de valoração, o juiz procede à atividade de inferir as hipóteses fáticas das informações probatórias, mas, não obstante isso, as provas não são suficientes para fundamentar as hipóteses fáticas alegadas²⁶.

Com isso em mente, os arquitetos dos sistemas jurídicos elaboram regras cuja função é precisamente dispor de um critério de decisão para os casos em que ainda paire incerteza sobre os fatos; isto é, formulam regras para um cenário subótimo no qual incertezas fáticas não tenham sido eliminadas depois das fases de realização e valoração das provas. Os legisladores tomam uma decisão sobre como as decisões devem ser tomadas futuramente. Na terminologia desenvolvida por Sunstein e Ullmann-Margalit (1999), estes desenvolvem *decisões de segunda ordem*, as quais expressam uma escolha antecipada a respeito da maior ou menor aceitabilidade de certas decisões equivocadas quando comparadas a outras²⁷. Exemplo: “É preferível ver dez homens culpados escaparem a um inocente ser condenado injustamente”²⁸. A partir de uma perspectiva institucional, os arquitetos pretendem evitar que as situações de incerteza fática sejam resolvidas pelos próprios julgadores, mediante decisões de primeira ordem, isto é, decisões que reflitam a posição dos próprios julgadores a respeito de qual erro deveria ser evitado quando comparado a outros. Assim, entre decisões equivocadas sobre os fatos resultantes da aplicação de uma regra jurídica e decisões equivocadas sobre os fatos decorrentes de uma decisão político-moral particular do julgador, os arquitetos optam pelas primeiras. Precisamente neste ponto, cabe analisar as regras de *presunção* e de *ônus da prova*. A seguir, veremos de

²⁵ Sobre *momentos probatórios*, ver Ferrer Beltrán (2007).

²⁶ O cenário das provas insuficientes consiste na produção de provas que finalmente não alcançam satisfazer o *standard* de prova determinado pelo sistema jurídico. Determinar se há, ou não, prova de um fato é questão que só pode ser respondida recorrendo ao *standard* de prova que tenha sido construído pelo arquiteto do sistema jurídico. Pode ocorrer, por exemplo, que, segundo o conjunto probatório disponível, a hipótese a provar seja “mais provável do que não” e, mesmo assim, seja um cenário de insuficiência probatória. Pense-se nos processos criminais que operem conforme um *standard* de prova exigente – como o do além de toda dúvida razoável.

²⁷ “By second order decisions we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into ordinary decision-making situation in the first instance”. (SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, 1999, p. 3.)

²⁸ Essa é a famosa *ratio* de Blackstone (1769). Sobre o assunto, ver Volokh (1997).

que modo essas regras se relacionam com a inferência probatória normativa. Antes, dediquemos mais atenção às características elementares dessas inferências.

A inferência probatória normativa é todo raciocínio probatório no qual o fundamento da proposição que garante o passo lógico que vai das informações probatórias à hipótese fática encontra-se estabelecido por uma regra jurídica. Ou seja, em contraste com as inferências probatórias epistêmicas – examinadas no ponto anterior –, não se trata apenas de concluir certa hipótese fática a partir de provas com base em regras da experiência, em generalizações que busquem descrever como o mundo é. Se, no caso das inferências probatórias epistêmicas, o fundamento do passo lógico consiste sempre numa associação entre fatos, no caso das inferências probatórias normativas, há dois tipos distintos de fundamento. A garantia pode amparar-se numa proposição que descreva uma associação de fatos presente na realidade externa ou numa proposição que, longe de pretender descrever uma associação de fatos existente na realidade externa, quer produzi-la artificialmente (González Lagier, 2014). A regra conhecida como “presunção de inocência” não se ampara numa regularidade observável empiricamente segundo a qual a maior parte dos acusados são, em realidade, inocentes; seu objetivo é o de expressar a preferência moral institucionalizada de tornar as condenações mais difíceis do que as absolvições, pois, entre os resultados equivocados “condenar inocentes” e “absolver culpados”, o segundo tipo representa uma injustiça menos pior do que o primeiro.

Para satisfazer essas distintas finalidades – perseguir a verdade e garantir certas preferências institucionais –, os arquitetos dos sistemas jurídicos formulam normas a partir de fundamentos diferentes. A consequência de seus estabelecimentos é que, em ambos os casos, não é o juiz quem, de acordo com o seu livre convencimento, chega à conclusão de que a informação probatória conduz à confirmação da hipótese fática. Esse passo está previamente guiado por regra jurídica à qual ele deve obediência. A conclusão desse tipo de inferência probatória é regida por regras jurídicas, enquanto a conclusão das inferências probatórias epistêmicas resulta da aplicação das regras da experiência selecionadas como relevantes para a resolução do caso pelo próprio julgador. Daí dizer-se que a força de uma inferência probatória normativa deve-se ao caráter autoritativo do seu fundamento. Uma vez satisfeita a condição de aplicação da regra jurídica, não pode o juiz evitar realizar uma inferência probatória normativa. Uma outra forma de colocar o ponto é dizer que inferências probatórias normativas são casos de restrição à livre valoração da prova (González Lagier, 2014). Uma análise acerca do funcionamento das regras de presunção e de ônus certamente contribuirá para uma melhor compreensão da inferência probatória normativa.

5.1. As regras de presunção

Configura um lugar comum para os juristas a ideia de que as regras de presunção desempenham duas funções no cenário judicial: de um lado, servem para organizar a atividade probatória das partes; de outro, determinam um critério de decisão para o juiz quando persistirem incertos os fatos relevantes para a resolução da

controvérsia (regra de julgamento). A função das regras de presunção desempenhada ante as partes encontra-se operativa desde o princípio do processo. Por outro lado, o papel que desempenha ante o julgador só tem espaço no final do processo, quando eventualmente a produção probatória tenha se mostrado insuficiente²⁹. Assim, uma regra de presunção de acordo com a qual “se *P* for provado, então *H* deve ser presumido” serve para, de uma só vez, desde o princípio do processo, aconselhar as partes sobre em quais fatos devem concentrar seus esforços probatórios e, tendo em vista um cenário de decisão sob incerteza fática, estabelecer uma prescrição ao juiz para tomar um fato não provado como verdadeiro. Essa antecipação do critério de decisão que o juiz tem a obrigação de aplicar na eventualidade de que o fato em discussão permaneça incerto funciona como um aviso. A parte que permanecer inerte corre o risco de perder bem como a parte que se tornar ativa, mas que não realizar a atividade probatória de modo suficiente. A função de regra de julgamento está para a parte a quem a presunção desfavorece como o céu acinzentado está para o executivo que em dia nublado não quer se molhar: tanto a decisão por presunção quanto terminar ensofado no meio de um dia importante de trabalho são riscos que convêm sejam evitados.

“Presumir-se-á recebida a carta enviada”, “(...) morto o soldado capturado em guerra após o lapso temporal de dois anos”, “(...) pai o marido da mãe” são exemplos de regras tradicionalmente identificadas como regras de presunção; elas contêm um *fato básico*, um *fato a ser presumido* e, conectando-os, uma *associação entre fatos* que busca descrever a realidade externa³⁰. Se fixarmos nossa atenção na função de regra de julgamento a ser aplicada nos casos em que persiste incerto o fato relevante para a decisão, é possível enxergar em que sentido as regras de presunção relacionam-se

²⁹ ULLMANN-MARGALIT (1983) emprega a expressão “*ready-made answer*” para se referir à presunção de que é “*prescribed rather than ascertained, to the factual question involved*” (p. 146).

³⁰ Aqui fazemos a ressalva de que isso ocorre, na maior parte das vezes, porque não podemos nos esquecer das chamadas “presunções absolutas”. Muito embora essas presunções contenham em seu interior uma associação entre fatos, não é possível afirmar que a sua finalidade seja a perseguir a satisfação de um compromisso epistêmico. A presunção de estupro prevista pelo legislador brasileiro de 1940 – “Presume-se estupro a conjunção carnal havida com menor de catorze anos” – não resguardava qualquer possibilidade de prova quanto ao consentimento da vítima. Em razão da proteção à liberdade sexual, à integridade psicofísica, à honra etc., ordenava-se ao juiz que ignorasse o que em realidade houvesse ocorrido entre a vítima e o acusado. O que estava por trás do raciocínio do legislador era de que o consentimento da menor de catorze anos não importava. Tal como a presunção de estupro (eliminada em 2009), as demais regras que impedem a produção de prova contrária ao fato a ser presumido não podem ser consideradas comprometidas com a busca pela verdade. Elas existem em nome de compromissos morais institucionalizados pelo arquiteto do sistema jurídico. Sobre a presunção de estupro de menor de 14 anos imposta pelo legislador de 1940, ela foi substituída por outro dispositivo em 2009, com redação que suprimia a técnica das presunções. Para os interessados numa comparação, vejamos a redação de 1940:

“Art 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos.”

“Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é menor de 14 (catorze) anos.”

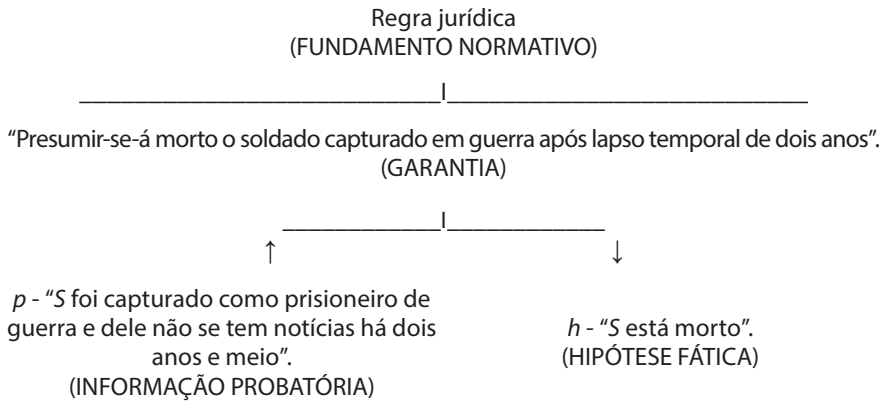
Redação atual (dada pela Lei nº 12.015 de 2009)

“Art 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão de seis a dez anos.”

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de oito a quinze anos.”

com as inferências probatórias normativas: elas representam uma resposta *default* sobre como o juiz deverá decidir nas situações em que houver a prova do fato básico *p* e inexistir prova contrária à hipótese fática *h* que seja suficiente. Em razão do caráter autoritativo da regra, o julgador deverá tomar por verdadeiro a fato não provado *h*.

Quadro 5: Inferência probatória normativa (presunção)



5.2. As regras de ônus da prova

Algo semelhante se dá através das regras conhecidas por ônus da prova³¹. Como as regras de presunção, elas também desempenham uma dupla função. Tomemos o exemplo de uma regra hipotética de acordo com a qual “os fatos que favorecem a hipótese do autor devem por ele ser provados”. Essa regra que atribui ao autor o ônus da prova transmite duas mensagens: uma para as partes envolvidas na controvérsia, outra para o julgador. A mensagem dirigida às partes representa um *conselho*, uma estratégia que deve ser seguida por aquele que pretende ganhar o processo³². Para o autor, seria: “sua chance de contribuir para um desfecho que lhe seja favorável é

³¹ Daí afirmar-se que o ônus da prova e as presunções, na verdade, são dois lados da mesma moeda. Dizer que alguém tem uma presunção que lhe favorece é o mesmo que dizer que não tem o ônus da prova. Por exemplo, Schauer (2012, p. 224): “When we say that the defendant in a criminal case is presumed innocent, for example, we are also saying that the prosecution has the burden of proof, with the failure to satisfy it resulting in the defendant’s acquittal. Similarly, when it is held that a will is presumed to have been properly executed, the effect is that a party claiming fraud duress, or lack of capacity must demonstrate that one of these defeating conditions has actually occurred, and in the absence of such a demonstration, the court will accept the validity of the will, even though the party claiming that the will was validly executed has proved nothing at all”.

³² Sobre “ônus processual”, esclarece Fernández López (2006, 46): “[S]e puede definir la carga procesal como un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso y que les facilita, mediante la realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la experiencia de obtener un efecto procesal favorable para sus intereses, y cuyo ejercicio, lejos de tener como reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal (en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable)”.

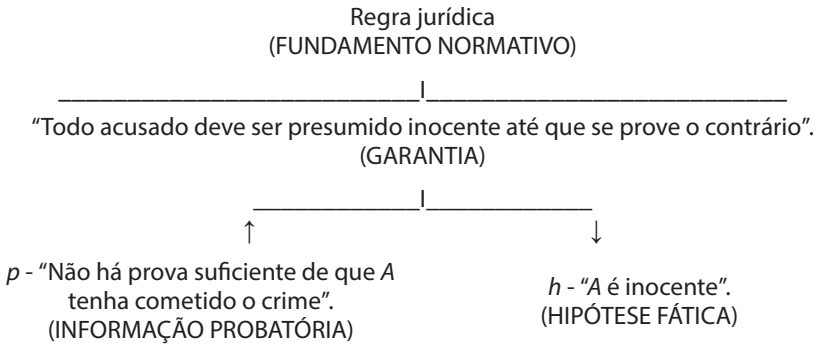
provar o fato *h*”; para o demandado, seria: “sua chance de contribuir para um desfecho que lhe seja favorável é enfraquecer o resultado da prova do fato *h* e/ou proceder à tentativa de provar não *h*”. Já a mensagem destinada ao juiz consiste numa prescrição, uma ordem sobre a quem ele deve atribuir a decisão desfavorável na hipótese de que algum fato relevante tenha sobrado incerto. Se o ônus da prova recai sobre o autor e, de acordo com a valoração das provas produzidas, o juiz chega à conclusão de que *h* não está provado com suficiência, será a ele – ao autor – que o juiz deverá atribuir a decisão de improcedência. Se, pelo contrário, o juiz considera que os fatos que favorecem o autor restaram confirmados por prova suficiente e os fatos que poderiam abonar a hipótese do demandado não atingem o grau necessário para fortalecer uma hipótese explicativa alternativa à hipótese do autor, então os efeitos jurídicos da perda da causa deverão ser atribuídos por ele ao demandado³³.

À semelhança dos efeitos conseguidos via técnica das presunções, as regras de ônus representam uma resposta *default* do sistema para os casos de incerteza fática. Como tal, as regras de ônus acabam por integrar inferências probatórias de tipo normativo, nas quais o julgador não tem discricionariedade para concluir de forma distinta ao que a regra prescreve. Supondo a regra “o ônus da prova de *H* é do autor”, uma vez que o julgador determine que, no caso individual, *h* não foi provado ou não foi provado com suficiência, necessariamente o julgador terá de decidir como se não *h* fosse o caso.

Qual regra poderia ser apontada como exemplo de regra de ônus da prova? A regra que estabelece que “todo acusado deve ser presumido inocente até que se prove o contrário” encaixa-se com perfeição no esquema oferecido pelas regras de ônus às inferências probatórias normativas do julgador. Isso porque, apesar de que o arquiteto do sistema jurídico tenha empregado a terminologia das presunções, a regra que determina que o fato “inocência” deve ser tomado como verdadeiro para fins de decisão carece de qualquer fato que possa ser apontado como fato básico. Inexiste, nessa situação, um fato que convém ser provado pela parte beneficiada pela regra, a partir do qual se possa reconstruir uma inferência rumo ao fato a ser presumido. A consequência da regra consiste em tornar equivalentes, para efeitos jurídicos, as proposições “não há prova ou há prova insuficiente de que *h*” e “não *h* é verdadeira”. Logo, nos casos individuais, por força de regra, o juiz deverá inferir a inocência (não *h*) da ausência ou insuficiência de prova do fato “culpabilidade” (*h*).

³³ A função desempenhada ante o julgador é prioritária em relação àquela desempenhada ante as partes. Autor e demandado sabem com anterioridade qual o critério de decisão que o juiz estará obrigado a aplicar na eventualidade de que algum fato relevante permaneça incerto; logo, caso queiram ganhar a causa, a regra de ônus aponta-lhes os fatos que merecem seus esforços probatórios.

Quadro 6: Inferência probatória normativa (ônus da prova)



De um ponto de vista comprometido com a busca pela verdade, precisamos reconhecer que a ausência ou insuficiência de prova de culpabilidade do acusado não significa que ele efetivamente seja inocente. A regra em questão serve para justificar o passo lógico em inferências probatórias normativas que não se fundam em associações entre fatos empiricamente observáveis. O fundamento aqui é uma diretiva moral institucionalizada de acordo com a qual é preferível evitar que inocentes sejam encarcerados a evitar que culpados fiquem em liberdade³⁴.

6. Inferências probatórias interpretativas

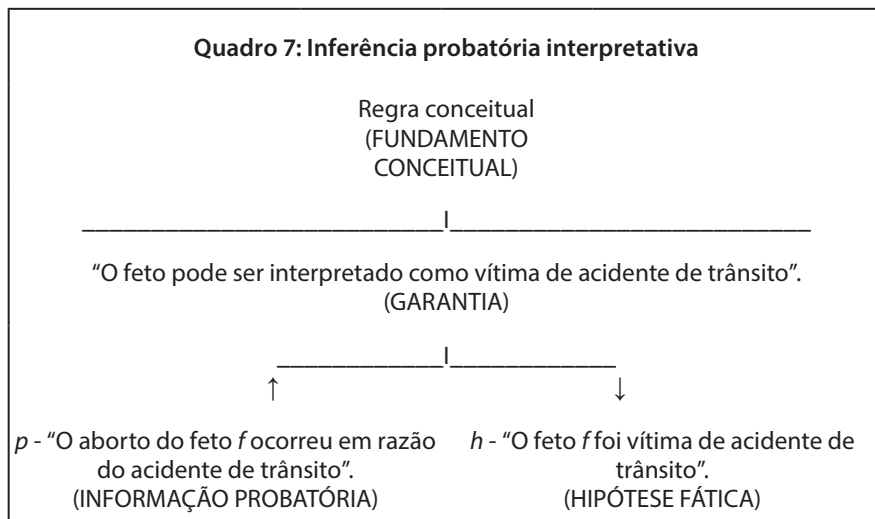
Um terceiro tipo de inferência probatória distingue-se pela natureza conceitual da regra que serve de fundamento à proposição de garantia da inferência. Esse tipo de inferência ocorre quando julgador precisa delimitar a abrangência de um conceito ou de uma categoria prevista pelo direito para poder decidir a respeito da aceitação, ou não, de uma hipótese fática. Essa é uma operação de definição conceitual, prévia à categorização dos fatos particulares. Nesses casos, a aceitação de uma hipótese fática a partir de certa informação probatória dependerá das condições de correção do significado que se atribui ao conceito empregado na proposição geral que garante a inferência probatória. O seu fundamento é uma escolha interpretativa.

Um exemplo que ilustra a importância das inferências probatórias interpretativas para o raciocínio fático no direito pode ser encontrado num caso julgado em 2013 pelo Superior Tribunal de Justiça³⁵. O pedido era de indenização por morte da vítima de acidente de trânsito tendo como fundamento o seguro obrigatório DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre). O pedido foi feito

³⁴ Ver nota 29.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1415727, Santa Catarina.

por uma mulher grávida que veio a sofrer um aborto em decorrência do acidente. Contudo, foi o feto, e não a gestante, quem “morreu”. No sistema jurídico brasileiro, a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida. O sujeito que nasce com vida possui “personalidade” e tem uma série de direitos resguardados. Entre esses direitos, figura o direito de pedir indenizações, nos casos em que venha a sofrer danos. Quando ocorre a morte da vítima, esse pedido é feito pelos seus herdeiros. Podemos diagramar a inferência da seguinte maneira:



No presente caso, várias escolhas interpretativas parecem estar em jogo. A afirmação de que o feto é vítima implica comprometer-se com certa interpretação de “personalidade jurídica” que se distancia da linguagem técnica do direito. Vimos acima que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas o feto não chegou a esse ponto, pois teve a sua gestação abortada. O mesmo parece ocorrer em relação ao conceito de “herdeiro”. O pedido de indenização por morte em acidente de trânsito cabe aos herdeiros da vítima, mas como pode uma ascendente ser herdeira de um descendente natimorto? No final das contas, o que está em jogo é a possibilidade de se categorizar o “feto” como “pessoa”. Responder a essa questão requer uma operação conceitual prévia do julgador, a qual pode, ou não, ser coextensiva com os usos da palavra em outras comunidades linguísticas.

A linguagem jurídica é uma linguagem técnica, relativamente autônoma. Em certas ocasiões, o conceito jurídico diverge do conceito ordinário. É o que acontece com o conceito de “embriaguez”. A definição de embriaguez como “qualquer concentração de álcool por litro de sangue”, prescrita no artigo 276 do Código de Trânsito Brasileiro, seguramente difere do entendimento ordinário que temos a respeito do que significa

estar embriagado. Pode ser também que tal divergência entre a linguagem jurídica e a linguagem ordinária seja tão gritante a ponto de se dizer que o conceito jurídico inaugura ou introduz um discurso fictício³⁶. Essa relativa maleabilidade dos conceitos jurídicos é cada vez mais impulsionada pelas descobertas científicas e tecnológicas (Haack, 2011). A evolução dos conceitos jurídicos não caminha em direção única – podem afastar-se ou aproximar-se de outros campos linguísticos, sejam eles ordinários ou técnicos. A mutação e a dependência contextual dos conceitos jurídicos sugerem um relativismo perturbador para a defesa de valores epistêmicos no direito.

É claro que o direito pode estar fundado em razões que não se referem ao mundo empírico. Além disso, a distinção entre fato e valor é difícil de se manter com facilidade em todos os casos. Há diferenças entre categorias que representam classes naturais e intencionais e o suporte racional para as categorias que dependem de nossa vontade não está fortemente ancorado na realidade. Por detrás de tudo isso, há discussões filosóficas profundas. A discussão sobre o critério de correção conceitual a ser aplicado no direito pode vir a se tornar tão complexa quanto os debates sobre significado na Filosofia da Linguagem. Entretanto, vamos tentar colocar a questão de um modo simples.

Se optamos por um critério de correção conceitual que reflita um comprometimento do direito com a realidade externa, então o julgador estará diante de um problema que pode ser resolvido com uma postura de deferência epistêmica. Nesse cenário, o significado que se atribui ao conceito empregado na proposição geral que garante a inferência probatória precisa ser estabelecido de acordo com o mundo externo das evidências empíricas. Importam as definições e os esquemas conceituais estabelecidos pela comunidade científica. Se, por outro lado, a opção é feita por um critério de correção conceitual que reflita um comprometimento com a autonomia do direito, então o julgador estará diante de uma dimensão probatória do raciocínio fático relativamente mais livre. Nesse caso, uma hipótese fática será verdadeira para o direito quando existir um esquema conceitual que lhe dá sentido. Mas daí não se segue que a proposição seja construída ou tornada verdadeira pelo esquema conceitual que a prevê. Dizer que o direito às vezes determina os fatos em desconformidade com a realidade externa não implica dizer que a verdade jurídica seja *ipso facto* uma mera construção social. Existirá, ainda assim, um critério de correção conceitual a ser aplicado e, embora o critério possa ser uma construção (legislativa, judicial ou doutrinária), a adequação do conceito a ser empregado ao critério não dependerá de uma livre escolha do julgador.

Parece que aqui estamos diante de uma instância da falácia que Haack chamou de “passa-se por” (*passes-for fallacy*). Partimos da premissa verdadeira de que as proposições fáticas que o julgador determina como sendo verdadeiras podem às vezes não ser para inferir a conclusão falsa de que noções epistêmicas (como verdade,

³⁶ Sobre o uso de ficções jurídicas e a tensão entre a linguagem técnica do direito e a linguagem ordinária, v. Fuller (1930) e Schauer (2015).

prova relevante e correspondência) devem ser descartadas da Epistemologia Jurídica (Haack, 2011, p. 193). Ora, a conclusão à qual devemos chegar é justamente outra. Na verdade, a conclusão é que precisamos saber identificar os momentos em que o direito opta por se descolar da realidade e avaliar quando tal preferência está, ou não, justificada. Essa é uma tarefa importante para a Epistemologia Jurídica.

7. Conclusão

Vimos que as inferências probatórias configuram o passo lógico que precisa ser realizado pelo julgador para a determinação da premissa menor da decisão que solucionará o caso. Contudo, seria apressado assumir que, porque se trata da construção da premissa fática, apenas haveria compromissos epistêmicos a serem assumidos pelo julgador como se a determinação dos fatos fosse realizável simplesmente a partir de uma atividade de “verificação”. Mesmo quando o que está em jogo é a construção da premissa fática do silogismo judicial, impõe-se ao julgador a combinação de compromissos que ultrapassam a preocupação de determinar a correspondência entre a proposição fática e a realidade externa ao processo judicial. Se é certo que a corroboração das alegações das partes, mediante provas, representa um desafio importante para o alcance de uma proposição fática justificada, também é certo que esse é somente um dos passos a serem dados pelo julgador comprometido com uma decisão amparada em boas razões.

O julgador deverá levar em conta que os compromissos normativo e conceitual encontram-se emparelhados com o compromisso epistêmico. O caso da indenização da “vítima” feto por acidente de trânsito serve precisamente para sublinhar que a determinação da proposição fática em questão depende da combinação de uma inferência probatória epistêmica a uma inferência probatória interpretativa. Já a determinação de que “o mordomo José é responsável pela morte de Luís” pode chegar a depender de uma inferência probatória normativa, uma vez que, nos processos criminais, é preciso saber se a acusação satisfaz, ou não, o ônus de provar suficientemente o fato “culpabilidade”. Ambos os casos servem para mostrar que a determinação da premissa fática envolve, no mais das vezes, uma combinação de inferências probatórias, o que, por sua vez, expressa a pluralidade de compromissos que o raciocínio sobre fatos deve abraçar para que as decisões judiciais estejam justificadas. Compromissos epistêmicos, normativos e conceituais formam parte da rotina intelectual do julgador ao ver-se diante da tarefa de formular a sua premissa fática. Um passo importante para a satisfação desses compromissos está em saber distinguir quando se está diante de cada um deles, sem confundir-los, sem reduzi-los. Nesse sentido, acreditamos que uma análise dos diferentes tipos de inferência probatória representa uma estratégia mais do que adequada.

Referências

- AGUILÓ REGLA, Josep. *Presunciones, verdad y normas procesales*. Isegoría, 35, 2006. p. 9-31.
- _____. *Nota sobre "Presunciones" de Daniel Mendonca*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 22, 1999. p. 649-660.
- ALLEN, Ronald. *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*. Northwestern University Law Review, 88, 1994.
- ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BENTHAM, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence: Specially Applied to English Practice*. London: Hunt and Clarke, 1827.
- BLACKSTONE, William. Commentaries *358.
- CUTLER, Brian (Ed.). *Conviction of the Innocent*. Washington, DC: American Psychological Association, 2012.
- DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven-London: Yale University Press, 2013.
- _____. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven-London: Yale University Press, 1991.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: La Ley, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FULLER, L.L. *Legal Fictions*. Illinois Law Review, XXV, 4, 1930. p. 363-399.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de las pruebas*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de Inocencia, verdad y objetividad. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl. *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014. p. 83-117.
- _____. Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos. In: *Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara, 2013. p. 75-85.
- GOVIER, Trudy. *A Practical Study of Argument*. Belmont: Wadsworth, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAACK, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

_____. O crescimento do significado e os limites do formalismo: perspectivas pragmatistas na ciência e no direito. Traduzido por Rachel Herdy. In: RODRIGUEZ, Jose Rodrigo (Ed.). *A justificação do formalismo: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117-140.

_____. *Defending Science – Within Reason: Between Scientism and Cynicism*. Amherst, NY: Prometheus Books, 2003.

_____. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Traduzido por Rachel Herdy. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Edições Loyola, 2011.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LOFTUS, Elizabeth; KETCHAM, Katherine. *The Myth of Repressed Memory: False Memories and Allegations of Sexual Abuse*. New York: St. Martin's Press, 1994.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MENDONÇA, Daniel. *Presunciones*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21, 1998. p. 83-98.

PARDO, Michael. *The Field of Evidence and the Field of Knowledge*. Law and Philosophy, 24, 2005.

RYLE, Gilbert. Knowing How and Knowing That. In: *Collected Papers* (Volume 2). New York: Barnes and Nobles, 1971. p. 212–25.

SCHAUER, Frederick. Legal Fictions Revisited. In: *Legal Fictions in Theory and Practice*. Dordrecht: Springer, 2015.

_____. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, s.d.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2016.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions, Public Law and Legal Theory Working Paper*, 1, 1999. p. 1-36.

TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi, studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *La prova del fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992.

THAYER, James Bradley. *A preliminary Treatise on Evidence at the Common-Law*. Boston: Little Brown & Co, 1898.

TOULMIN, Stephen. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Eds.). *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014. p. 121-147.

TWINING, William. *Evidence as a Multi-Disciplinary Subject*. Law, Probability, and Risk, 2003. p. 91-107. [1ª edição em 1990].

ULLMANN-MARGALIT, Edna. *On presumption*. The Journal of Philosophy, 30, 1983. p. 143-163.

VOLOKH, Alexander. *n Guilty Men*. 146, University of Pennsylvania Law Review, 173, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o Sonho Acabou*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004. Vol. 2. 496p.

WIGMORE, John. *A Treatise on the Anglo-American Systemm of Evidence and Trial at Common-Law*. Boston: Little Brown & Co.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992.