

AS INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS NOS JULGAMENTOS CRIMINAIS SEGUNDO OS MODELOS DE SILOGISMO JUDICIAL E DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

EVIDENTIAL INFERENCE IN CRIMINAL JUDGMENTS ACCORDING TO THE MODELS OF JUDICIAL SYLLOGISM AND THE THEORY OF ARGUMENTATION

Cristiane Mendonça Lage¹
Justiça Federal - PB

Resumo

Buscamos explicar como operam as inferências fático-probatórias nos julgamentos criminais. Apontamos as três etapas de silogismo que são desenvolvidas, numa sucessão lógica, no raciocínio do juiz para, então, isolarmos teoricamente o silogismo fático. Simulamos um caso criminal como modo de melhorar a compreensão sobre os elementos integrantes do silogismo fático. Detectamos que a etapa do silogismo fático, por sua vez, envolve uma cadeia de silogismos de menor abrangência, conforme os níveis de hipóteses a serem alcançados. Reavaliamos o mesmo caso criminal considerando a cadeia de silogismos fáticos. Explicamos como o senso comum influencia a formulação de inferências fáticas. Apresentamos o esforço existente na teoria da argumentação para, a partir do reposicionamento estrutural e adição de elementos na estrutura dos argumentos, melhorar o potencial de justificação externa. Demonstramos como essa estrutura alternativa dos argumentos, concebida em termos amplos de obtenção de conhecimento prático e científico, se aplica às inferências fático-probatórias relevantes para um julgamento criminal, assim como esboçamos um caso concreto para exemplificar a aplicação do modelo teórico. A título de diferenciação com as inferências probatórias, apresentamos breves explicações sobre as inferências normativas e interpretativas. A metodologia consistiu na análise da doutrina nacional e estrangeira.

Palavras-Chave

Inferências probatórias. Silogismo. Senso comum. Estrutura dos argumentos.

Abstract

¹ Juíza Federal da Seção Judiciária da Paraíba. Mestre em Direito.

We seek to explain how factual-evidential inferences operate in criminal trials. We point out the three stages of syllogism that are developed, in a logical succession, in the judge's reasoning, so that we can theoretically isolate the factual syllogism. We simulate a criminal case as a way to improve the understanding of the elements of the factual syllogism. We detected that the phatic syllogism stage, in turn, involves a chain of syllogisms of smaller scope, according to the levels of hypotheses to be reached. We reassessed the same criminal case considering the chain of factual syllogisms. We explain how common sense influences the formulation of factual inferences. We present the existing effort in argumentation theory to, from the structural repositioning and addition of elements in the structure of arguments, improve the potential of external justification. We demonstrate how this alternative structure of arguments, conceived in broad terms of obtaining practical and scientific knowledge, applies to factual-evidential inferences relevant to a criminal trial, as well as we outline a concrete case to exemplify the application of the theoretical model. By way of differentiation with evidentiary inferences, we present brief explanations of normative and interpretive inferences. The methodology consisted in the analysis of national and foreign doctrine.

Keywords

Evidential inferences. Syllogism. Common sense. Structure of arguments.

INTRODUÇÃO

O raciocínio inferencial é uma habilidade que nos permite traçar planos de ação a partir das correlações que fazemos entre nosso prévio conhecimento do mundo e fragmentos de informações novas. Se, logo após lavar a varanda de minha casa, ouço um estrondo e um grito vindos daquela direção, posso inferir que alguém escorregou no piso úmido e provavelmente se machucou. Se, ao procurar por um carro usado para comprar, verifico que o odômetro marca uma quilometragem baixa, ao mesmo tempo em que percebo que o revestimento dos bancos apresentam sinais de desgastes, infiro que posso estar sendo enganado sobre o quanto aquele carro já rodou.

Inferências são correlações entre eventos que viabilizam que, a partir de fatos previamente conhecidos, cheguemos a conclusões sobre fatos desconhecidos ou inacessíveis à nossa percepção direta. Inferir significa raciocinar a partir de fatos probatórios (fatos conhecidos que contenham informações) em direção aos fatos a provar (hipóteses).

Os termos raciocínio, inferências e argumentos são aproximados. Podem se referir tanto às operações de derivação de uma informação nova a partir de outras informações, quanto os processos cerebrais que regem tais operações. Quando se alude aos modelos de inferência lógica e/ou aos

processos de raciocínio, a ênfase é posta na transposição do formato mental para o formato linguístico, e não nos impactos da subjetividade na formulação dos raciocínios. Importa a exteriorização da elaboração cognitiva em argumentos, que nada mais são do que cadeias concatenadas de proposições, integradas por premissas e conclusão. (CARVALHO, 2013; WROBLEWSKI, 1971).

Tendo-se como meta compreender como operam as inferências probatórias que um juiz formula ao julgar um caso criminal, buscamos desnudar, primeiramente, a forma lógica de se estruturar um raciocínio, qual seja, a forma silogística. Em seguida, avaliaremos uma proposta teórica de se conceber a estrutura de argumento fora do molde do silogismo, assim como a adaptação desta teoria para o contexto jurídico-probatório.

1. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE SILOGISMO

Silogismo consiste num padrão de raciocínio estruturado em premissas argumentativas, uma de maior alcance e abstração (premissa maior), que expressa uma regra, e outra concreta (premissa menor), consistente no caso que se submete à regra. Mediante correlação das premissas, alcança-se a hipótese ou conclusão² do raciocínio.

Quando pronto, o raciocínio se escora logicamente no tripé premissa maior, premissa menor e resultado, mas, quando em formulação, falta-lhe um destes apoios, que deverá ser inferido a partir dos outros dois. Portanto, as inferências são associações cognitivas, produto da conexão de um par dos elementos do silogismo, com vistas a encontrar o terceiro elemento faltante.

² O rigor terminológico reclama que o termo hipótese seja reservado para o resultado de um raciocínio indutivo, ajustando este sentido lógico aos sentidos metodológico (hipótese como enunciado que provê explicação sobre fatos não observados) e epistemológico (hipótese como conjectura); ao passo que o termo conclusão, por ter certa conotação de certeza, expressa melhor o resultado de um raciocínio do tipo dedutivo (ABELLÁN, 2010, pp. 86-87).

No recorte estritamente lógico as justificativas são internas aos argumentos. Avalia-se a validade formal das proposições, ou seja, se, a partir de certas premissas, o raciocínio formulado seguiu as diretivas de inferência para alcançar suas conclusões. (WRÓBLEWSKI, 1971). Portanto, nos modelos de silogismos não há compromisso com a verificação de fundo, quanto à verdade dos argumentos avaliados, mas sim com a harmonia entre o que é dito e as conclusões extraídas. De modo que uma conclusão rigorosamente lógica não é garantia de que seja verdadeira

Abellán (2010) defende a ressalva epistêmica com afínco, para deixar claro que há argumentos válidos construídos a partir de premissas falsas e, reversamente, argumentos inválidos advindos de premissas verdadeiras. Uma boa inferência (validade) não se confunde com boa premissa (verdade). Já Wroblewski (1971) concede com a existência de uma lógica em sentido amplo, a qual, além cobrir a justificação interna (validade da inferência) abarque critérios de solidez das premissas.

2. SILOGISMOS FÁTICO E JURÍDICO EM ETAPAS

O raciocínio judicial pode ser dividido em dois grandes escopos, verificação fática (que nos interessa mais de perto), desenvolvida segundo raciocínios indutivos (no sentido lato, equivalente a não dedutivos), e verificação jurídica mediante inferências dedutivas. Ao longo do processo de tomada de decisão judicial, o juiz raciocina silogisticamente em três fases subsequentes, sendo o primeiro silogismo ferramenta de verificação fática, e segundo e terceiro silogismos instrumentos de verificação jurídica. Na primeira fase o juiz faz inferências indutivas a partir das provas existentes no processo para formular quais fatos foram praticados, e o silogismo é assim representado: as premissas menores são o conjunto das provas coletadas e a descrição dos fatos; as premissas maiores são as regras de experiência; a ilação do juiz sobre se o réu agiu ou não agiu de determinada maneira corresponde à hipótese (conclusão de fato, CF). A segunda fase de silogismo extrapola o campo exclusivamente fático: a conclusão da primeira inferência fática (CF) é aproveitada como premissa menor; a premissa maior passa a consistir na definição jurídica “parcial”

(qual seja, a previsão, como conduta criminosa, de uma determinada ação ou omissão); a conclusão de direito (CD) se dá por mero raciocínio dedutivo, ou seja, conferência se acusado praticou o crime. Por fim, evolui-se para a terceira fase de silogismo, de ordem prática, assumindo-se como premissa menor a conclusão de direito (CD) do silogismo anterior; a premissa maior será a regra que estipula os parâmetros de pena; a conclusão, também operada via dedução, é a de que os acusados deverão ser apenados dentro destes parâmetros (FERRAJOLI, 2002).

Em suma, Ferrajoli (2002) constrói o silogismo judicial em três fases em cascata, sendo a conclusão do silogismo anterior assumida como premissa menor do silogismo subsequente. Avaliação fática e raciocínio indutivo estão circunscritos ao primeiro silogismo. Daí pra frente, o raciocínio judicial se desenvolve por deduções. Ademais, o autor fatiou a espessura da dedução que ocorre na subsunção jurídica: numa fatia (silogismo nº. 2), há raciocínio dedutivo para subsumir os fatos comprovados ao comportamento descrito no tipo penal³; noutra fatia

³ Parece-nos que o segundo silogismo da cascata - subsunção dos enunciados provados ao tipo incriminador - também envolva lógica indutiva, ao contrário do que expôs Ferrajoli (2002). A qualificação jurídica funciona como uma espécie de certificação de que todas as notas relevantes dos fatos externos (ocorridos no mundo real) ocorreram no caso em particular. Mas a par de verificacionista, a qualificação jurídica tem feição decisória sobre elementos não empíricos. Toda e qualquer qualificação jurídica de crime perpassa pela definição de fatos internos ou psicológicos (dolo e culpa), os quais, embora mais difíceis de provar, por não serem diretamente observáveis, admitem provas indiretas e, nem por isso se transmudam de fatos para meros juízos de valor a cargo do juiz (ABELLÁN, 2010). Tratar a intencionalidade do agente como juízo de valor retira o referencial empírico do julgamento, tonando-o insusceptível de verificação e, portanto, de controle. Isso porque juízos de valor nada explicam sobre os fatos, mas apenas manifestam desaprovção moral. Devem ser idênticas as atividades cognoscitivas quanto às facetas externa e interna dos fatos, embora esta, indubitavelmente demande maior refinamento na avaliação das evidências (IBAÑEZ, 1992). Por exemplo, a intenção do enfermeiro A de matar o paciente B mediante overdose de medicamentos poderia ser indiretamente comprovada por um fato externo, tal como a modificação do protocolo clínico, que previa que o medicamento fosse ministrado via oral, ao passo que o medicamento foi ministrado por via venosa, possibilitando que maior carga de remédio fosse inserida no organismo de B. Ao passo que um mero juízo de valor da conduta de A ignoraria a modificação do protocolo clínico e ficaria adstrito à ponderação sobre se um bom enfermeiro cometeria semelhante erro na dosagem; veja-se que, se não houver

(silogismo nº. 3), uma vez preenchido o tipo penal com fatos reais, é feita dedução para subsumir a conduta à pena adequada ou à norma de extinção do acusado. Este fatiamento da subsunção é justificado pelo fato de somente o terceiro silogismo incluir normas⁴.

Podemos citar algumas versões mais simplificadas do desenho do silogismo jurídico.

Lagier (2019) se refere à lógica que se opera nas decisões judiciais em termos de fluxo concatenado, pois compreende que o juiz, para estabelecer como se deu um evento, deverá fazer inferências probatórias parciais e, assim, ir gradativamente construindo uma cadeia de elos formados por silogismos (fáticos) de menor abrangência. Uma vez estabelecidos os fatos, a dedução de arremate normativo representa o último elo da cadeia.

Para Beltrán (2010) a clássica concepção silogística da justificação judicial considera que a decisão judicial consiste na derivação lógica do conjunto de premissas fáticas e premissas normativas.

preocupação com rastros externos, fica mais difícil ascender à discussão para o dolo, permanecendo-se o juízo de valor no nível da culpa ou não culpa. Para análise de traços de comportamento do agente serão feitas inferências indutivas (IBAÑEZ, 1992). Assim, o momento do segundo silogismo, de qualificação jurídica, envolveria dois silogismos paralelos: “de posse” dos enunciados provados relativos aos fatos externos (conclusão do primeiro silogismo, tomado como premissa menor do segundo silogismo de que ora se cuida), o juiz irá inferir, mediante dedução (certeza lógica), se está preenchido o molde dos elementos objetivos do tipo penal; ao lado disso, “de posse” dos enunciados indiretamente provados concernentes aos fatos internos, o juiz irá inferir indutivamente (probabilidade lógica) se o acusado agiu com dolo ou culpa. Esta é apenas uma aproximação inicial da questão, mas que não encontra espaço para aprofundamento, já que o interesse da pesquisa está centrado no primeiro silogismo, este indubitavelmente indutivo.

⁴ Ainda que implicitamente, Ferrajoli (2002) lança mão da distinção entre os conceitos de tipicidade e antinormatividade, embora, no rigor dogmático, esta distinção não corresponda, respectivamente, aos preceitos primário e secundário do tipo, mas sim numa relação de continente e conteúdo. De acordo com Brandão (2012), a norma é a imposição de um comportamento extraída, a contrario sensu, do tipo, de modo que a conduta típica é violadora da norma.

Alexy (2020) aborda a justificação interna de uma decisão judicial com base no silogismo judicial, e anota que, em casos mais difíceis, não dedutivos, por vezes há necessidade de silogismos sequenciais, embora com tal se refira à concreção progressiva da norma (silogismo para subsunção jurídica), e não à construção paulatina do cenário fático. Realça ainda que este processo de concreção não envolve aferir a verdade das premissas, mas somente checar se as premissas foram logicamente estabelecidas como pilares do desenvolvimento da norma ou, extrapolando-se, da descrição fática.

Outra versão de silogismo judicial com foco mais geral é mencionada por Matida e Herdy (2019), para as quais a premissa maior consiste na norma (a demandar do juiz uma operação estritamente interpretativa), a premissa menor consistiria na alegação fática (que exige do juiz diversas operações para determinar, com base nas provas, se o fato particular ocorreu), além de terceira premissa intermediária de ligação, que possibilita a subsunção do fato particular à norma.

Embora sem recorrer explicitamente à noção de silogismo, Wróblewski se vale desta estrutura lógica (1971), porquanto classifica as decisões judiciais em interpretativas (determinam o significado da norma), decisões de evidência (que determina a situação fática), e decisão final, a qual estabelece as consequências dos fatos provados de acordo com a norma.

A noção de Ferrajoli (2020) de que o silogismo judicial envolve três silogismos sequenciais nos é mais proveitosa porque evidencia que, na construção de uma decisão, o momento de fazer inferências fáticas é distinto e logicamente antecedente ao momento de formular inferências jurídicas. Isso nos permite estabelecer claramente o perímetro de nosso interesse: somente o primeiro silogismo, de verificação fática, de modo que o estudo não irá avançar para a seara sobre como os fatos são interpretados juridicamente pelo julgador, a dizer não iremos tratar de subsunções jurídicas.

3. CASO CRIMINAL PARA EXEMPLIFICAR O SILOGISMO FÁTICO

Para dar maior concretude à dinâmica do silogismo fático que ocorre no processo penal vamos propor⁵ um caso criminal. Imagine-se que um juiz identifique os seguintes elementos a serem considerados para um julgamento:

i. Hipótese acusatória: João e Maria, empregados dos Correios de uma pequena cidade, em conluio com Pedro, simularam um assalto àquela agência, configurando-se crime de peculato, em razão de apropriação de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) da empresa pública.

ii. Descrição dos fatos pela acusação: a) João articulou para que Antônio, vigilante da agência dos Correios, se atrasasse para o trabalho e não estivesse a postos no momento do assalto; b) Maria, fora do horário de expediente, permitiu que Pedro entrasse na agência, mesmo sem ter sofrido qualquer ameaça por parte deste; c) João retirou o dinheiro do cofre sob pretexto de contá-lo, mas na verdade o objetivo foi deixar o numerário vulnerável ao suposto assaltante, Pedro; d) numa conversa telefônica entre Maria e João ocorrida após o crime, ela se refere ao fato de que Pedro “facilitou” ao ter o rosto filmado sem capacete durante a ação, o que abriu os caminhos da investigação.

iii. Hipótese defensiva: os réus, enquanto trabalhavam nos Correios, foram vítimas do assalto à mão armada, não tendo nenhum envolvimento com a pessoa que entrou na agência e subtraiu, mediante grave ameaça, o dinheiro que estava fora do cofre para contagem.

iv. Descrição dos fatos pela defesa: a) Maria e João estavam traumatizados com diversos assaltos anteriores ocorridos durante seu trabalho nos Correios, por isso, tiveram comportamento apático diante da presença do assaltante; b) a retirada do numerário do cofre antes do assaltante entrar se justifica pela iminente coleta pelo carro-forte; c) Maria disse ao telefone que o assaltante Pedro “facilitou” porque, em razão disto, foi compelida a fazer reconhecimento de pessoas durante a investigação, o

⁵ Caso criminal adaptado do processo nº. 0001283-32.2014.4.05.8200, julgado pela 16ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba.

que lhe causou desconforto emocional; d) João não se recorda da conversa telefônica com Maria.

v. Prova coletada (fatos probatórios): a) a testemunha Antônio, vigilante, recebeu de João, no dia anterior ao assalto, a inédita ordem para que, na manhã seguinte, antes do expediente, fosse até uma cidade vizinha buscar uma farda nova, o que causou atraso em sua chegada ao trabalho e, portanto, o vigilante não estava presente no momento do assalto; b) a perícia nas imagens das câmeras de segurança concluiu não se fazer visível arma em poder de Pedro; c) o mesmo laudo apresenta as imagens do momento em que Maria abriu as duas portas (vidro e grade) da área de atendimento, franqueando acesso de Pedro à agência dos Correios, antes do horário de expediente; d) outra funcionária testemunhou ser comum alguns clientes baterem na porta de vidro antes do horário de expediente, ao que os funcionários normalmente faziam sinais, por detrás da porta de vidro, para que o público aguardasse pelo início do horário de atendimento; e) imagens das câmeras de segurança mostram que João dispôs sobre sua mesa de trabalho muitos maços de dinheiro, além de se ver o cofre, ao fundo, vazio; f) as mesmas imagens retratam Pedro chegando àquela sala e colocando o dinheiro na mochila; g) aquela agência dos Correios sofreu vários assaltos nos anos anteriores, quando Maria e João já trabalhavam no local; h) numa conversa telefônica interceptada com ordem judicial, mantida entre João e Maria, esta disse que “... o negócio é que ele facilitou. Por que ele não foi de capacete? Se fosse com capacete nada disso tinha acontecido lá.”; i) testemunhas afirmaram que o carro-forte fazia coletas semanais do dinheiro recebido na agência dos Correios.

Pois bem, identificados os fatos probatórios (premissas menores), cabe ao juiz verificar se eles se enquadram nas descrições dos fatos apresentadas por ambas partes e, para tanto, se valerá das regras gerais de experiência (premissas maiores). Com base na experiência comum sobre o que normalmente acontece na vida, juiz avaliará, por exemplo: Era de se esperar que Maria, protegida por uma porta de vidro e respectiva grade de segurança, se sentisse ameaçada por uma pessoa que não portava ostensivamente uma arma de fogo? O fato de alguém já ter sido vítima de inúmeros assaltos a deixaria mais suscetível a acatar uma ordem de um

estranho para abrir a porta da agência? Ou, pelo contrário, tal pessoa se tornaria mais cautelosa e seguiria a praxe de, fora do horário de atendimento, se comunicar com público por sinais através da porta de vidro? Quando alguém, com histórico de ser vítima de assaltos, precisa conferir elevada quantia que estava depositada num cofre, é esperado que todo dinheiro seja retirado e colocado sobre uma mesa, ou é mais comum que o dinheiro seja retirado em partes, mantendo-se o restante protegido dentro do cofre? Já que João sabia que aquele dia era o da coleta semanal do dinheiro pelo carro-forte, é estranho que João tenha pedido ao vigilante Antônio que executasse outra tarefa trivial e que acarretaria em seu atraso? O fato do vigilante, atipicamente, não ter ainda chegado na agência recomendaria a João, por cautela, adiamento do momento de contagem do dinheiro? Diante das ultimas duas inferências, é possível concluir que a ordem de João, para que o vigilante Pedro fosse noutra cidade buscar um farda, na verdade foi subterfúgio para garantir que a agência estivesse desprotegida?

Tendo-se em mente essa ilustração das hipóteses, dos fatos diretamente contidos nas provas coletadas (fatos probatórios), e de fatos que precisam ser comprovados indutivamente para comporem a hipótese, fica um pouco mais fácil visualizar a afirmação teórica de Ferrajoli (2002, p. 44, 104) no sentido de que a ilação fática feita pelo juiz cabe no formato silogístico: as premissas (premissas menores) são compostas pela descrição dos fatos a serem provados e das provas praticadas; as premissas maiores são generalidades habitualmente subentendidas e decorrentes de experiências análogas; a conclusão, equivalente à hipótese de explicação, significa a enunciação do fato que se aceita provado pelas premissas.

4. APRIMORAMENTO DA ETAPA DO SILOGISMO FÁTICO MEDIANTE INCORPORAÇÃO DE CADEIAS DE *PROBANDA* (HIPÓTESES)

Mas essa fórmula silogística da inferência fática ainda está um pouco confusa, porque segundo ela a descrição/explicação dos fatos pelas partes integraria as premissas do raciocínio do juiz quando, a rigor,

constituem a hipótese das partes a ser avaliada pelo juiz. Quando a acusação descreve que Maria integrou a simulação do assalto e abriu a porta voluntariamente para Pedro, isto não significa estabelecimento de premissas fáticas a serem consideradas pelo juiz (se assim fosse, o princípio da presunção de inocência seria severamente afetado). O que a acusação faz é lançar uma hipótese inferida indutivamente dos fatos (premissas fáticas reveladas nas evidências) de que Pedro não portava ostensivamente arma de fogo e de que Maria estava suficientemente protegida de qualquer eventual ação violenta deste por duas portas (grade e vidro).

Portanto, a proposta de Ferrajoli pode ter pecado ao tentar acomodar na categoria das premissas do silogismo fático conceitos natureza distinta, tais como descrições fáticas sugeridas pelas partes e fatos extraídos das provas coletadas:

Esta ilação – realizada por um historiador, um juiz ou um detetive – pode ser representada como uma inferência *indutiva* que contém nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas, além de generalidades habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências análogas, e que contém na conclusão a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação. (FERRAJOLI, 2002, p. 44, destaque do autor).

Assim, embora esse esmiuçamento dos silogismos possa ser útil para fotografar o instante lógico em que ocorrem as inferências fático-probatórias numa decisão judicial, assim como descrever com base em quê as inferências são autorizadas, ele ainda não dá conta de acomodar todo o fenômeno.

A representação gráfica feita por Anderson, Schum e Twining (2005), ora adaptada, completa essas as lacunas, ao demonstrar que existem vários níveis de hipóteses envolvidos nas proposições fáticas. Como informação inicial de relevo, tome-se em conta que o gráfico abaixo

corresponde unicamente ao primeiro do trio de silogismos em cascata formulados pelo juiz. Como veremos, o silogismo fático, por sua vez, não é um raciocínio único, mas pode ser decomposto em outros silogismos.

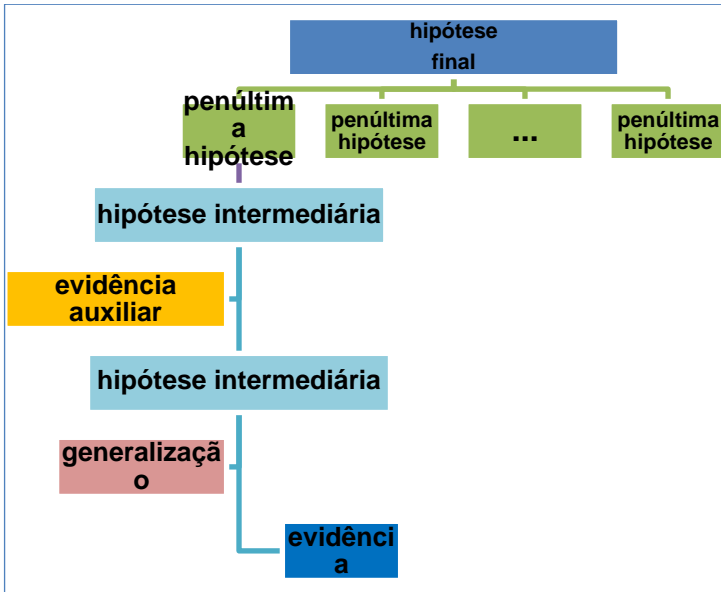


Figura 1- Níveis de hipóteses num argumento

O gráfico demonstra que o raciocínio probatório envolve várias camadas de silogismos ou plurissilogismos (TARUFFO, 2014). Tomando com ponto de partida a parte inferior do gráfico, tem-se que, diante de uma informação incompleta (evidência; premissa menor) o julgador se valerá de uma generalização (premissa maior) para concluir sobre a ocorrência de um fato que, não obstante importante, ainda é insuficiente para configuração do crime (hipótese intermediária). Este fato intermediário pode se conectar com outra informação e, mediante subsequente generalização, garimpa-se mais um fato intermediário relevante, e assim sucessivamente. Cada trecho entre evidência e hipóteses consiste em pontos abertos à possibilidade de erro, já que força a ampliação de conhecimento mediante generalizações. Quanto maior o número de inferências necessárias para que a hipótese derive dos fatos,

menor o grau de probabilidade da indução probatória (IBAÑEZ, 1992). Ao desenhar semelhante linha de raciocínio a partir de evidências desnudam-se os pontos de incerteza que existem entre a evidência a hipótese inferida (SCHUM, 2001). As penúltimas hipóteses - cada qual bem embasada numa cadeia de hipóteses intermediária hipóteses – em conjunto, formam a hipótese final.

Uma vez estabelecida a hipótese final, ocorre a transição para o segundo tipo de silogismo identificado por Ferrajoli, de subsunção jurídica: a hipótese final é assumida como premissa menor do raciocínio; a lei penal configura a premissa maior; para concluir se houve crime, neste momento basta o julgador se valer do raciocínio dedutivo, de mera subsunção.

Vamos interpretar nosso exemplo segundo o gráfico. As imagens das câmeras de segurança (evidência; premissa menor) mostraram que Maria abriu as portas para Pedro, o qual não portava ostensivamente arma de fogo. Geralmente (regra de experiência; premissa menor) as pessoas protegidas por uma porta de vidro e grade de segurança não se sentem ameaçadas por um estranho aparentemente desarmado que esteja do lado de fora. Isso leva a inferir indutivamente que Maria não estava com medo de Pedro quando abriu a porta pra ele (hipótese intermediária). Testemunhas (evidencia auxiliar; premissa menor) disseram que, quando um cliente batia na porta antes do horário de expediente, de praxe os funcionários se comunicavam gestualmente, através da porta de vidro. Esta nova premissa, ao apontar comportamento atípico de Maria ao abrir as portas, reforça a hipótese intermediária de que Maria não sentia medo de Pedro. A partir da hipótese intermediária – Maria não se sentiu ameaçada por Pedro no dia do suposto assalto - evolui-se silogisticamente, naquela mesma cascata, para a penúltima hipótese: Maria não tinha medo de Pedro (a hipótese anterior é assumida como premissa menor); somente se estivesse com medo Maria deixaria um estranho entrar no local privado (regra geral, premissa maior); então, infere-se que Maria aguardava por Pedro, ciente da simulação do assalto (penúltima hipótese).

Agora vamos abrir uma segunda coluna no gráfico e reconstruir algumas inferências probatórias relacionadas ao acusado João, apenas para

demonstrar como as penúltimas hipóteses se combinam para formar a última hipótese. As imagens da câmera de segurança (evidência; premissa menor) mostraram que João havia retirado todo o dinheiro do cofre e colocado sobre sua mesa de trabalho; outrossim, a quantidade de dinheiro era volumosa. O prejuízo comunicado pelos Correios (evidência; premissa menor) foi de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Por senso comum (premissa maior), sabe-se que uma pessoa minimamente preocupada com a segurança de elevada quantia guardada num cofre não irá retirar tudo de uma só vez para contagem. Diante destas premissas, formula-se a hipótese (primeira hipótese intermediária) de que João não estava preocupado com a segurança do dinheiro retirado do cofre. Evidência auxiliar (testemunha; premissa menor) apontou que João pediu que o vigilante Antônio cumprisse uma tarefa fora do local de trabalho na manhã do assalto; normalmente (premissa maior), a presença de um vigilante inibe a ação de assaltantes; daí infere-se (penúltima hipótese) que a ausência momentânea do vigilante foi intencionalmente provocada por João para facilitar a ação de Pedro, que subtraiu o numerário.

Por fim, combinadas a penúltimas hipóteses - quando Maria abriu a porta da agência dos Correios, ela esperava por Pedro; João adotou algumas medidas para que, justamente quando Pedro entrasse na agência, o dinheiro estivesse vulnerável (fora do cofre e sem presença de um profissional de vigilância) - formula-se a hipótese final de que Maria e João, juntamente com Pedro, simularam o assalto.

Portanto, sempre circunscrita a atenção ao primeiro tipo de silogismo, indutivo, não é esperado que esta primeira fase do raciocínio judicial se exauria numa única inferência. Na verdade, o juiz terá que concatenar diversos fatos probatórios com respectivos enunciados para, então, chegar à conclusão fática de que João e Maria participaram dolosamente da simulação do roubo. Tais concatenações podem ser organizar de forma sucessiva ou de forma simultânea. Numa organização sucessiva, uma inferência fática permite a formulação de outra e, em efeito dominó, se uma das inferências da série cair, todo o raciocínio será desmontado. Assim, tanto quanto maior for o elo de inferências necessárias para se chegar a uma conclusão sobre os fatos probatórios,

mais pontos passíveis de ataques terão os argumentos e, portanto, menor o grau de probabilidade da indução probatória. Já na organização simultânea, várias inferências coexistem de forma independente, uma reforçando a outra, o que aumenta a probabilidade da indução (FERRAJOLI, 2002).

As inferências não se organizam necessariamente em cadeias lineares de inferências, umas levando às outras. Uma mesma premissa fática pode sustentar várias inferências, cada qual gerando uma linha de desdobramento, como ramificações partidas de uma mesma evidência. Outro fator que influencia no desenho da organização das inferências é a composição de inferências complexas, ou seja, aquelas que, quando concluídas e olhadas em retrospecto, envolvem vários passos inferenciais. À medida que o julgador vai refinando a avaliação da prova – conforme a profundidade no mergulho da prova - as inferências podem se multiplicar, aumentando-se a complexidade da teia de inferências. Cite-se, ainda, a existência de inferências subordinadas, assim entendidas aquelas que servem de reforço para cadeia de inferências principais, ajudando-as a dar o passo para frente, e também aquelas que se voltam para trás, como elemento de checagem da credibilidade da evidência de base; pode ser necessário, por exemplo, uma cadeia de inferências para se concluir que uma determinada evidência – uma perícia, um testemunho, etc. - é passível de ser aproveitada (TILLERS, 2007).

A doutrina utiliza, como recorrência, a metáfora do salto (ou passo) para se referir a uma inferência indutiva *lato sensu* (não dedutiva), salto este que permite que o raciocínio transponha de um fato provado para outro que se pretende provar, com a ressalva de que não há certeza lógica de que o fato alcançado seja verdadeiro (IBAÑEZ, 1992; LAGIER, 2019; LAUDAN, 2013; TILLERS, 2007; STEIN, 1999).

Esta metáfora destaca a necessidade de superar aquilo que é desconhecido, e também pode ser esmiuçada de acordo com paradigma silogístico. Num dos lados de um abismo, posição inicial do saltador, estão os fatos conhecidos (fatos probatórios; premissas menores); dentro da fenda, o desconhecido; do outro lado do abismo, estão os fatos que se deseja provar (hipótese). Quem dá o empurrão para o saltador são as

regras de experiências (premissas maiores). O salto, propriamente dito, é a inferência probatória.

5. JUSTIFICAÇÃO EXTERNA COMO PONTO FRACO DO SILOGISMO

A abordagem do raciocínio probatório a partir da perspectiva de silogismo auxilia a desprender os momentos de inferências probatórias dos momentos de inferências jurídicas, além de descrever sobre quais condições são realizadas as inferências. Contudo, praticamente nada acrescenta em termos de justificação, ou seja, os silogismos que envolvam raciocínios não-dedutivos (indutivos *lato sensu*) não conseguem explicar quando uma inferência é boa.

Para as inferências dedutivas, o silogismo consiste num condutor perfeito, que acarreta em certeza lógica. Mas quanto às inferências indutivas, o condutor silogístico não tem muito a oferecer para minorar a subdeterminação que é ínsita à indução: as mesmas premissas podem levar a inferências incompatíveis. Existe uma lacuna entre o fato que é observado e aquilo que ele pode significar, vazio que é passível de ser preenchido de muitas formas, não havendo meios de garantir que a forma escolhida foi a melhor. Tudo que o julgador pode fazer é pesar evidências e estimar probabilidades, valendo-se de sua vivência em situações similares, cotidianas ou técnicas (LIPTON, 2004).

Beltrán (2010) refere que a concepção silogística do raciocínio judicial amarga decadência na aceitação teórica, ao seu visor, não porque a fórmula seja inútil, mas sim por ser incompleta, já que se limita a justificar internamente um raciocínio, sem se comprometer com a correção e solidez das premissas.

Não é novidade que aferir a verdade das premissas está fora do escopo do silogismo lógico, o qual é expresso em fórmulas que apenas apontam as relações aceitáveis entre proposições. O silogismo é um guia

da justificação interna do argumento, ou seja, instrumento para aferir se a conclusão se atém às premissas (LAGIER, 2012).

Para superar essa deficiência, existem esforços dentro da teoria da argumentação para que o raciocínio probatório seja esboçado com extrapolação da fórmula silogística de premissas e conclusões, conforme veremos adiante. Onde esse novo modelo de raciocínio conseguiu avançar, com sua ambição de justificação externa, foi na contextualização das inferências frente às premissas maiores, embora não tenha muito a oferecer para incrementar a correção das premissas fáticas menores.

6. MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA COMO PREMISSAS MAIORES

Escrito no final do século XIX⁶, o livro de Stein, que aborda em qual medida o conhecimento privado do juiz é passível de ser utilizado processualmente, ainda é referência para o tema das máximas de experiências. Filtrando-se as colaborações doutrinárias de lá advindas para por de lado questões processuais (de modo geral, necessidade de aporte da regra pelas partes, carga probatória, limites da autorização de uso de informações previamente conhecidas pelo juiz), de modo a focar na elaboração em si do raciocínio probatório – máximas de experiência enquanto juízos lógicos –, o principal ponto de atenção das máximas de experiência é o seu desempenho como premissas maiores do silogismo fático.

Como critério identificador negativo, as máximas de experiência nunca podem ser declarações diretamente referentes aos fatos do caso concreto e, portanto, não podem advir de experiência sensorial do juiz, ainda que esta experiência tenha ocorrido numa pluralidade de casos (STEIN, 1999). Do contrário, as máximas de experiência ocupariam o lugar das premissas menores. Assim, se uma das partes alegar, por exemplo, que um carro derrapou em razão de aquaplanagem, o juiz que

⁶ Taruffo menciona que Stein escreveu esse livro em 1893. A edição usada neste trabalho é de 1999.

conhecer bem a mesma estrada, por trafegar ali frequentemente, não pode usar como critério de decisão seu conhecimento privado de que naquele trecho em específico ocorre acúmulo de água quando chove (premissa menor), mas somente que, de modo geral, se houver água acumulada nas pistas de asfalto, é comum que carros derrapem em decorrência de aquaplanagem (premissa maior). Portanto, a parte precisará comprovar que o trecho no qual houve o acidente acumula água quando chove e que no momento do acidente a pista estava molhada, embora não precise provar que o acúmulo de água no asfalto é evento causador de derrapagens.

As máximas de experiência são conhecimentos adquiridos a partir do caminho indutivo, o qual é regido pelas ideias de que, sob as mesmas condições, repetem-se as consequências dos fenômenos, e de que não haverá certeza lógica na resposta alcançada pela indução. Existe uma distinção sutil entre transmissão de conhecimentos e experiências pessoais. Os eventos abarcados pelas máximas de experiência não são aqueles pessoalmente vivenciados pelo julgador, até porque qualquer circunstância imaginável da natureza e da vida humana pode ser colocada sob crivo judicial. Daí porque é equivocada a indagação – de resto, não respondível – sobre quantos casos o juiz deveria observar até firmar uma máxima de experiência, como tampouco importa quando e como o juiz recebeu, em transmissão, tal conhecimento (STEIN, 1999). Assume-se que a cultura média da sociedade seja capaz de sintetizar, indutivamente, máximas de experiência que expressem leis gerais sobre os eventos da vida e o juiz, como qualquer outra pessoa inserida naquela cultura, assimila estas regras (TARUFFO, 2014).

Outro ponto relevante na inserção das máximas de experiência na teoria do silogismo fático consiste na sua diferenciação com os fatos notórios. Stein (1999) observou que, não obstante as máximas de experiência também possuam o atributo da notoriedade, em termos de abrangência elas são o oposto dos fatos notórios, estes sempre eventos individualizados. Stein (1999) avaliava que dificilmente fatos notórios seriam relevantes para compor as premissas menores do silogismo judicial, porque num universo infinito de fatos individualizados, achar um fato notório com relevância criminal seria o mesmo que encontrar uma agulha

num palheiro. Claro que esta observação é matizada no nosso tempo de hiperinformação.

Taruffo (2014) critica o desvirtuamento da noção de máximas de experiência – concebida originalmente como premissa maior do silogismo fático - já que não raro as máximas de experiência extrapolam estas leis gerais. Segundo ele, a praxe processual alemã, italiana e, em menor escala, espanhola, aplica o conceito de máximas de experiência de forma leviana, sem contextualização com a teoria do silogismo judicial. Concede ser inevitável que o senso comum seja utilizado no raciocínio judicial mas, justamente por isso, tal noção, difusa, não deveria ser um critério de chancela do valor da inferência, mas sim um marcador de alerta que obrigasse o juiz a contextualizar uma máxima de experiência diante de outras, de modo, ou a descartá-la, ou a ancorá-la numa base por todos compartilhada. O que parece ter sido justamente o ponto trabalhado pela teoria da argumentação (como se verá) ao propor uma regra de cobertura que confira respaldo às máximas de experiência.

Em trabalho anterior, ao classificar as máximas de experiência, embora silenciasse sobre a teoria do silogismo, Taruffo (2012) já destacava a necessidade de graduar a força impressa às inferências por estas máximas. Assim, quando a argumentação se desenvolver fora de contextos científicos, as regras gerais de senso comum comportam quatro acepções com valor epistêmico graduável. Primeira, senso comum como vulgarização de leis científicas universais, a exemplo da lei da gravidade, o que implica na certeza dedutiva de que se alguém for empurrado do alto de um prédio de trinta andares irá cair em queda livre e morrer. Segunda, senso comum como generalização de leis não universais, mas com alto grau de probabilidade estatística, o que autoriza valoração como certeza prática. Tal como a certeza de que estava trafegando em alta velocidade o motorista que capotar sem interferência de outro veículo na via e cujo carro restar muito avariado, já que, estatisticamente, acidentes graves decorrem de alta velocidade. Terceira, senso comum compreendido como generalizações que sinalizam aparência de normalidade mas que são facilmente refutáveis, por exemplo, senso comum de que na adolescência os filhos entram em conflito com os pais. Quarto, por fim, o senso comum como generalização espúria, sem fundamento com a realidade

empírica, mera expressão de preconceitos. Somente nesta última acepção o senso comum não seria elegível como garantia para os argumentos (TARUFFO, 2012).

Da doutrina espanhola trazemos a colaboração de Lagier (2019), igualmente comprometido com a concepção de máximas de experiência sejam regras gerais respaldadas. Expõe que a inferência probatória é mais forte quando as máximas de experiência que lhe dão garantia são regras científicas ou vulgarizações de conhecimentos amplamente confirmados, assim como alerta para necessidade do juiz perquirir o fundamento cognoscitivo das máximas de experiência para não se deixar levar por generalizações apressadas.

Em outros autores espanhóis ainda encontramos as noções, imbricadas com as máximas de experiência, de silogismo indutivo e de compartilhamento cultural. Os conhecimentos prévios do mundo são catalogados em generalizações e servem de pontes para levar de um fato a outro, sendo que a maior ou menor força da inferência será determinada pelo grau de corroboração das generalizações. As máximas de experiência podem ser advindas de conhecimentos técnicos, de leis científicas, e de generalizações no sentido comum. Mas elas não precisam ficar de fora da argumentação até serem invocadas pelo juiz ao decidir, como se fosse um recurso somente acessível a ele. Nem todas as máximas de experiência detém a mesma potência de impulsionar o salto probatório, já que algumas máximas são desprovidas de dados empíricos e precisam, elas mesmas, serem objeto de prova. Por exemplo, um perito pode ser chamado para esclarecer se há dados empíricos que assegurem a máxima de experiência comum de que deficientes visuais aguçam a sua capacidade auditiva; esta confirmação, por sua vez, daria suporte para inferência do juiz de que uma testemunha cega conseguiu ouvir o som de um tiro disparado a uma certa distância, embora outras pessoas no mesmo local não tenham escutado. De modo que as máximas de experiência não devem ter feição subjetivista, tampouco serem confundidas com percepção do juiz sobre os fatos, e sim compreendidas como generalizações contrastáveis (BELTRÁN, 2017, 2019, IBÁÑEZ, 1992).

Abellán (2010) também trata das máximas de experiências – sob a denominação de presunção *hominis* – a partir do ponto de vista do

silogismo indutivo, ao expor que elas permitem inferir, a partir de um fato provado (fato probatório) e de regularidades causais, a existência de outro fato desconhecido.

Doravante resvalando para aspectos de natureza processual, um tratamento um pouco mais pragmático do tema das generalizações é extraído no trabalho anglo-americano de Anderson, Schum e Twining (2005). De saída, eles observam que uma generalização será tanto mais plausível quanto mais cautelosa for sua elaboração e, em contrapartida, demandará mais esforço probatório no caso concreto. Generalizações cautelosas são boas candidatas a serem levadas a sério, mas necessitam de subsídios fáticos para encaixe entre caso concreto e generalização. Ao contrário, quando se propõe uma generalização pouco cautelosa, ela terá maior capacidade abstrata de abarcar o caso discutido, mas propende a ser pouco aceita no caso concreto. Em poucas palavras: generalizações boas dão mais trabalho para serem comprovadas, mas são recompensadas pelo maior potencial de serem aceitas; ao passo que generalizações relaxadas abarcam muitas situações, entretanto são mais propensas a serem refutadas. O exemplo oferecido pelos autores considera um casal acusado de um crime, no qual a defesa do homem, Freddie, bastante jovem, alega (hipótese intermediária) que agiu sob domínio psicológico da namorada, Edith, mais velha. Uma generalização do tipo “homens muito jovens são dominados psicologicamente por mulheres mais velhas nas relações românticas” tornaria fácil adequar a situação de Freddie nesta máxima de experiência, pois bastaria a defesa comprovar a diferença de idade do par e daí esperar que o julgador acolhesse a alegação de domínio psicológico; mas não é muito plausível que a manipulação psicológica de homens jovens seja uma constante nos relacionamentos com mulheres maduras. Em contrapartida, uma generalização mais cuidadosa, do tipo, “é comum que homens muito jovens sejam dominados psicologicamente por parceiras mais velhas” se torna mais plausível, mas dificulta o trabalho da defesa de Freddie para situá-lo naquela generalização, demandando prova adicional de que Edith tivesse comportamento do tipo dominador.

Neste contexto, é possível se falar em generalizações caso-específicas (*case-specific generalizations*), que misturam informações gerais com informações particulares e, portanto, devem ser, ainda que em parte,

respaldadas por evidências. De outro lado, existem as generalizações de fundo (*background generalizations*), assumidas como já integrantes do estoque de conhecimento (*stock of knowledge*) dos juízes e que, portanto, são menos sensíveis à necessidade de prova (ANDERSON, SCHUM e TWINNING, 2005).

A partir desta ótica, as generalizações científicas podem ser tanto generalizações de fundo - quando tratem de leis gerais fortemente estabelecidas e apreendidas fora do contexto científico – quanto generalizações caso-específicas, estas quando envolvam conhecimentos científicos que precisam ser discutidos nos casos concretos (exame grafotécnico, DNA, identificação por voz, etc.) (ANDERSON, SCHUM e TWINNING, 2005). Esta visão vai ao encontro do entendimento de Stein (1999), segundo o qual os peritos estabelecem para o juiz as premissas maiores, informando-lhe as regras gerais do conhecimento técnico. Uma vez postas as regras gerais, se os peritos evoluem para avaliação do caso concreto, claramente perpassam pela estipulação das premissas menores, e este é um ponto em que o juiz pode, sem necessidade de conhecimento especializado, avaliar criticamente.

Ainda de acordo com Anderson, Schum e Twinning (2005), seriam generalizações de fundo as experimentadas em primeira mão pelo juiz, podendo se correlacionar tanto com sua experiência profissional, quanto com conhecimento compartilhado pelas pessoas envolvidas na mesma comunidade geográfica (os brasileiros sabem que os ônibus urbanos no nosso país vivem lotados, que faz muito calor no norte, que existe miséria e fome entre a população desabrigada na rua, etc.). Advertem que generalização decorrente de experiência em primeira mão pode ser conspurcada em generalização espúria se o juiz tomar uma experiência pessoal isolada como regra geral, seja de conotação positiva ou negativa.

Neste ponto, sim, soa o alarme dado por Taruffo (2014), porque o critério de corte da generalização espúria, proposto Anderson, Schum e Twinning (2005), residiria na pouca quantidade de vezes que o juiz vivenciou em primeira mão uma situação. Como visto, na teoria “matriz” de Stein (1999), é contingente o fato de juiz experimentar pessoalmente uma situação; o que importa é que a cultura na qual o juiz esteja inserido

tenha assimilado regras gerais sobre desdobramentos de certos eventos. Autorizar que uma inferência seja elaborada com base na experiência profissional adquirida ao julgar casos anteriores parece ser equivalente a permitir que o juiz construa artificialmente o caso concreto (premissas menores), e não uma forma de aplicação de uma regra geral (premissa maior).

Em sentido correlato, Beltrán (2021) destaca que a imediação do juiz – princípio caro à concepção racionalista da prova para redução de erros – é limitada à prática da prova, mas não atua no momento das inferências probatórias, justamente porque as inferências não dependem de percepções diretas e, assim, as máximas de experiência podem ser racionalmente controladas.

Por fim, de volta a Anderson, Schum e Twining (2005), são incluídas entre as generalizações de fundo aquelas advindas de crenças arraigadas (sintético-intuitivas), cuja explicação é oferecida por eliminação, por ausência de suporte contrário, tal como a generalização de que é culpado aquele que visto correndo da cena do crime. Apesar de claramente falíveis, existe uma estratégia para aumentar o suporte da inferência decorrente deste tipo de máxima de experiência, que consiste transformar as generalizações sintético-intuitivas em generalizações caso-específicas, preenchendo-as com circunstâncias do caso concreto.

7. INFERÊNCIAS SEGUNDO O MODELO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

A partir de agora abordaremos os estudos de Toulmin, Rieke e Janik (1984) sobre racionalidade argumentativa, os quais propuseram uma via alternativa à concepção silogística de validade da argumentação, por julgarem que a lógica formal, ferramenta para aferir a validade dos argumentos, não dispõe de recursos para medição de força dos argumentos não dedutivos (ALEXY, 2020).

Uma coisa é questionar se o argumento está certo em si, o que implica avaliar se as várias declarações que compõem o argumento estão logicamente conectadas; questão de estrutura interna dos argumentos.

Outra é saber se o argumento certo está sendo usado, o que perpassa pela avaliação de relevância e solidez do argumento; aqui o ponto é a relevância externa dos argumentos. A diferença é sutil; e mesmo depois de distinguidos, nem sempre estes dois aspectos se apresentam isoladamente, sendo que, ao desvelar a estrutura dos argumentos, Toulmin, Rieke e Janik (1984) pretendem alcançar ambos.

Na abordagem estritamente lógica a justificativa é interna ao argumento; avalia-se a validade da lógica formal das proposições, ou seja, se, a partir de certas premissas, o julgador seguiu as diretivas lógicas de inferência para alcançar suas conclusões. Contudo, no Direito, mesmo a justificação interna acaba por transbordar os limites da lógica puramente formal, já que as diretivas de inferência lógica muitas vezes precisam ceder ante outras diretivas de inferências legais, embasadas em regras que não raro são epistemicamente neutras ou até contraepistêmicas; dito de outra forma, o raciocínio jurídico, mesmo que formalmente ilógico, pode ser validado internamente por normas de inferências legais; ou ainda, validação interna dos casos jurídicos é lógico-legal⁷, e não somente lógico-formal (WRÓBLEWSKI, 1971).

⁷ Um exemplo de validação interna do raciocínio jurídico com resultados formalmente ilógicos, mas legalmente lógicos: ao periciar os vestígios na cena de crime de furto mediante uso de explosivos instalados nos caixas eletrônicos de um banco, é encontrado material genético nos caixas eletrônicos; o mesmo material genético é encontrado no volante do veículo que, logo em seguida ao furto (flagrante), foi perseguido pela polícia, mas cujo ocupante conseguiu fugir e o abandonou na beira da estrada. O delegado, a partir de informantes, suspeita da pessoa X, o qual havia concordado, noutra investigação, a ceder amostra de seu DNA para fins de excluí-lo como suspeito. O delegado se vale deste ensejo e determina que o material genético a ser usado pelos peritos para comparação com as amostras nas cenas de crimes seja aquele cedido por X naquela outra investigação. O resultado da perícia é o de que as amostras coletadas no caixa eletrônico e no volante do veículo são compatíveis com o material genético de X. Esta é a única prova de autoria, já que X usava máscara e capuz durante a ação criminosas e não foi preso em flagrante após a fuga. Porém, a amostra de material genético não havia sido incluída no respectivo banco de dados mediante autorização judicial, tal como determina a Lei 12.037/2009 (artigos 3º, IV, c/c art. 5º, parágrafo único e art. 5º-A). Neste caso, apesar das regras de inferência lógica conduzirem à conclusão de que X é autor do crime, há outra diretiva decorrente de premissas legais que se sobrepõe à lógica estritamente formal (de que praticou o crime aquele que identificado com elevado grau de certeza por prova científica). Na peculiar lógica do Direito, provas ilícitas não podem

Além da justificação interna ser de um tipo peculiar no Direito, há demanda por justificação externa. Justificar externamente um argumento é o mesmo que trabalhar para que as premissas do argumento sejam sólidas, condizentes com um ideal de verdade. Decisões de evidência criminal são aquelas que estabelecem se e como um fato (alegadamente criminoso) ocorreu. A demonstração de validade (justificação interna) deste tipo de decisão depende exclusivamente da relação lógica com as premissas das quais é inferida, sem que as premissas sejam testadas. Mas isto, apesar de indispensável, não é suficiente; os altos padrões de justificação impostos às decisões criminais impõem que elas, além de tudo, sejam externamente justificadas. O juiz lida com escolhas de diretivas de avaliação: haverá certa margem de liberdade tanto para o juiz acessar as evidências (estabelecer as premissas menores), quanto para inferir, por meio de regras gerais, as consequências esperadas dos fatos provados. Para que esta liberdade do juiz seja exercida legitimamente, as premissas que ele opera precisam ser suficientemente boas, mais especificamente, devem estar de acordo com os paradigmas das ciências naturais ou com o senso comum (FERRAJOLI, 2002).

Outro aspecto do prisma do raciocínio decisório é que o juiz trata, em grande parte, com fatos não observados por ele diretamente; o juiz não se relaciona diretamente com os fatos, mas sim como proposições relativas aos fatos, ou seja, com argumentos fáticos, de modo que a relação processual acarreta num processo de reconstrução de fatos a seis mãos (acusação, defesa, juiz) (IBAÑEZ, 1992), faceta que também é levada em consideração nessa estrutura não silogística do argumento.

Deve se ter em mente que Toulmin, Rieke e Janik (1984) não dirigem sua atenção prioritariamente para o Direito, ao contrário, pretendem mostrar que a mesma estrutura da argumentação se faz presente em hipóteses científicas, em operações técnico-profissionais (aplicação do Direito, Medicina, Engenharia, etc.), e até em discussões cotidianas. E, mesmo quando se referem às argumentações jurídicas, assumem que magistrado não se envolve diretamente na construção dos enunciados fáticos, competindo-lhe basicamente receber das partes as

fundamentar a condenação, de modo que a conclusão internamente justificada será a de que não está comprovada a autoria de X.

razões fáticas e, então, estabelecer subsunções jurídicas. Embora, quando tratem do Direito, estes autores o façam com ênfase na verificação jurídica, em outras searas (notadamente atividade médica) pontuam questões relacionadas à argumentação para estabelecimento de cenários fáticos a partir de um corpo incompleto e disperso de vestígios⁸. Posteriormente veremos como os elementos da estrutura da argumentação, concebidos sob a ótica de subsunção jurídica, poderiam ser

⁸ Em diversas passagens da obra de Toulmin, Rieke e Janik (1984) é contraposto o tipo de raciocínio do juiz - enquanto encarregado de promover integração de um panorama fático pré-estabelecido num feixe de regras gerais - ao raciocínio do médico, o qual se vale de sua experiência e sensibilidade para eleger quais fatos são apresentações relevantes na saúde de seu paciente e concatenar estes sintomas para propor um diagnóstico. Essa concepção de julgamentos como escolha pelo julgador de qual versão dos fatos melhor se acomoda à lei, sem análise crítica das versões, possivelmente é produto da imersão dos autores na cultura jurídica do *Common Law*. Segundo Damaska (1986), a passividade e alheamento do juiz criminal da *Common Law* estão mais atrelados a uma postura pragmática do que propriamente à fidelidade teórica ao modelo adversarial. Como não é disponibilizado no processo um arquivo contendo a documentação da investigação preliminar oficial, o juiz se apresenta ao julgamento sem estar familiarizado com o conteúdo da disputa. De modo geral (há concessões para casos complexos) o julgamento se desenvolve numa audiência contínua, com colheita de prova exclusivamente oral, e a informação é transmitida mediante intensa e dinâmica disputa entre argumentos das partes. Neste ambiente altamente competitivo e performático, a decisão final é menos produto de raciocínio lógico do que de uma espécie de raciocínio atônito e de ponderações de equidade. Certamente, neste contexto teatral, a acuidade das decisões é prejudicada mas, pela concepção do sistema adversarial, a justiça do procedimento, calçada na estrita imparcialidade do juiz, é mais importante do que a correção dos resultados a partir de tentativas de apreensão da verdade. O jurista formado na cultura da *Civil Law* opera a partir de premissas completamente diferentes. Os oficiais do Estado de justiça criminal integram aparato burocrático piramidal e, dos membros da base, é esperado mergulho aprofundado na prova e esquadramento metódico dos fatos, sendo que a prova assume feição heurística. Beltrán (2007), autor espanhol que vivencia o *Civil Law*, numa abordagem aparentemente oposta à de Toulmin, Rieke e Janik, encontra paralelos justamente entre as atividades dos juízes e dos médicos, indicando os seguintes pontos de convergência: a) aplicação de ciências ideográficas, que lidam com eventos individualizados, ainda que raramente inéditos aos olhos dos profissionais envolvidos; b) contexto de incerteza frente aos frequentes cenários de informações incompletas; c) tomada de decisões regradas (regras éticas, de custos, de protocolos, etc.); e) limitações temporais e (contingentes) de recursos humanos e materiais; f) aporte e transmissão de informações pela parte interessada.

aproveitados para as inferências fático-probatórias nos julgamentos criminais.

8. ESTRUTURA DOS ARGUMENTOS

Por ora, proveitoso começar pela bifurcação dos significados atribuíveis à palavra argumento. Para expor a essência do primeiro sentido do termo argumento, usa-se a metáfora (original dos autores) do “trem de raciocínio” como forma de realçar a interligação de razões (evidências, regras) e proposições, assim como o argumento ser capaz de nos transportar de verdades aceitas para novas verdades. O segundo sentido atribuível ao conceito de argumento envolve as interações humanas travadas durante uma discussão na qual o proponente submete sua opinião ao escrutínio de seu interlocutor (oponente ou auditório, caso de se trate de uma ou várias pessoas) com intenção de convencê-lo(s). (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984). A pretensão do proponente de respaldar sua alegação com razões para convencer outrem é o que diferencia um argumento de uma opinião (gosto pessoal) e de uma explicação causal (LAGIER, 2012).

O primeiro elemento estrutural dos argumentos são as pretensões (*claims*), termo que também pode ser usado como hipótese ou conclusão⁹. Hipótese é um ponto de vista bem definido apresentado pelo proponente, o qual deseja que, após ser submetida ao escrutínio racional, seja validada por terceiros. A hipótese é tanto o ponto de partida sugerido quanto o ponto de chegada pretendido pelo proponente, como se fosse circular o trajeto a ser percorrido pelo trem dos raciocínios rumo à hipótese perfeita. Em que pese bem delimitada, a hipótese é provisória porque carece de anuência daquele que se pretende convencer e, ademais, no curso do processo dialógico, a hipótese pode sofrer ajustes porque proponente e

⁹ O rigor terminológico reclama que o termo hipótese seja reservado para o resultado de um raciocínio indutivo, ajustando este sentido lógico aos sentidos metodológico (hipótese como enunciado que provê explicação sobre fatos não observados) e epistemológico (hipótese como conjectura); ao passo que o termo conclusão expressa melhor o resultado de um raciocínio dedutivo (ABELLÁN, 2010).

oponente podem dar parcial razão um ao outro e, assim, em sinergia, reformularem a hipótese (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984).

O segundo elemento da argumentação são as razões (*grounds*) ou dados (*data*), bases fáticas levadas em consideração pelo proponente para elaboração de sua hipótese. São os fatos específicos que dão suporte imediato a uma proposição. Para uma discussão ser bem sucedida, é de suma importância que sejam conhecidas as bases fáticas comuns dos envolvidos, ou seja, quanto do material fático disponível já foi aceito como dado relevante pelas pessoas envolvidas na argumentação. Nem sempre as informações estabelecidas como razões argumentativas consistem em novos elementos factuais, pelo contrário, parte das razões que sustentam as pretensões já está plenamente assimilada *ex ante*, tais como truísmos, observações de senso comum, eventos históricos, etc. (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984). Pode ser proveitosa a tradução literal de *grounds* para piso, porque o proponente terá tanto mais chance de êxito quanto mais pisar no mesmo chão que seu oponente/interlocutor.

As garantias (*warrants*) são o elemento de conexão entre as razões e a hipótese; constituem o pavimento que garantirá que o passo inferencial entre as razões e a hipótese possa ser dado com segurança, sem receio de se cair no vazio. São regras gerais, de ampla aceitação no campo temático da discussão, que dão credibilidade ao argumento. Algumas garantias estão concretizadas em instrumentos deliberadamente criados com essa função, tais como as leis jurídicas; outras derivam do reconhecimento dos padrões gerais no mundo (leis naturais); e algumas se escoram nas familiaridades nos comportamentos humanos (assuntos cotidianos). Daí a importância do argumento se situar num contexto mais geral, próximo elemento de sua estrutura, o respaldo. (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984).

O quarto elemento estruturante da argumentação jurídica é o respaldo (*backing*), uma espécie de reforço da garantia e, portanto, de maior abstração que a regra geral (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984). A estruturação piramidal da hierarquia normativa é familiar no ambiente jurídico e, portanto, a compreensão da derivação de um respaldo em várias garantias não guarda maiores dificuldades. Mas com a ressalva de que o respaldo não é necessariamente normativo, pelo contrário, muitas vezes

decorre do reconhecimento de padrões que se repetem na natureza e no comportamento humano.

Até aqui, com estes quatro elementos básicos da argumentação, não vemos diferenças significativas entre o modelo de Toulmin, Rieke e Janik e o desenho silogístico. Desde que isolada a acepção de argumento como trem de raciocínio (desconsiderando-se a acepção de interações humanas), são similares até mesmo as metáforas do salto indutivo e do percurso do trem entre estações de partida e chegada.

Inclusive, a capacidade de validação da hipótese decorrente dos outros três elementos é correspondente ao que classicamente propõem os silogismos dedutivos e indutivos. Segundo Toulmin, Rieke e Janik (1984), a força que o trio razões/garantia/respaldo consegue imprimir à hipótese é graduável. No extremo mais forte, teríamos à disposição para desenvolver o argumento todos os dados fáticos necessários, garantia e respaldo consolidados e não desafiados pelo oponente, o que configuraria praticamente um cenário matemático ou de lógica dedutiva. A partir deste nível, conforme os níveis de incertezas latentes nos três elementos, se opera com a lógica indutiva.

Portanto, aparentemente, razões (*grounds*) são equivalentes às premissas menores, garantias (*warrants*) e respaldo (*backing*) correspondem às premissas maiores, e proposição (*claims*) representam as hipóteses. Mas há de se reconhecer que na estrutura ora analisada há reforço na solidez da garantia já que esta, por sua vez, também deve ser respaldada. Ao passo que no silogismo não se exige que a premissa maior prove seu valor mediante outra regra ainda mais geral.

Prosseguindo-se com exposição sobre a estrutura dos argumentos, aos quatro elementos básicos (razões, garantia, respaldo, hipótese) é possível adicionar um quinto elemento, qualificador modal (*modal qualifier*), o qual é expresso em advérbios de força vagamente delimitada, tais como necessariamente, provavelmente, aparentemente, possivelmente, plausivelmente. O qualificador modal funciona, primordialmente, como termômetro da força do argumento, ao expressar o quão segura é uma evidência (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984).

Este quinto elemento, qualificador modal, também não é novidade à concepção silogística. Vê-se que o invólucro do silogismo foi erigido como quinto elemento na estrutura do argumento pensada por Toulmin, Rieke e Janik. Está pressuposto no rótulo do silogismo de raciocínios não dedutivos que sua hipótese expressa resultados meramente possíveis, quando muito prováveis, ao passo que os raciocínios dedutivos elaboram resultados necessários. Assim, o que está implícito na forma silogística foi explicitado como elemento integrante da estrutura do argumento. Curioso que este quinto elemento não foi considerado integrante da estrutura básica do argumento, mas sim um elemento acessório, o que é compatível com a intenção de Toulmin, Rieke e Janik (1984) de que sejam teoricamente separáveis questões concernentes à coerência lógica (*soundness*) daquelas relativas à força epistêmica (*strength*) dos argumentos. Isto reforça nossa percepção de que o desenho estrutural básico do argumento, restrito à justificação interna, continua aparentado ao silogismo.

O sexto e último elemento (ocasionalmente) estruturante da argumentação são as refutações (*rebuttals*), as quais diminuem a força do argumento ao enunciarem circunstâncias excepcionais de sua inaplicabilidade. Enquanto os qualificadores modais (quinto elemento) podem calibrar a hipótese para algo aquém de absoluto, as refutações apontam condições que afastam a hipótese (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984). Portanto, os qualificadores modais influenciam a força vertical do argumento, ao passo que as refutações minam a força horizontal, isto é, reduzem a abrangência do argumento.

Portanto, na nossa avaliação, o desenho da estrutura dos argumentos de Toulmin, Rieke e Janik não está completamente desprendido da forma silogística de se raciocinar. Mas, ao se propor romper com o silogismo, essa reestruturação se colocou propositadamente permeável aos questionamentos sobre suas razões, abrindo-se ensejo para se duvidar da veracidade e/ou confiabilidade dos dados fáticos que as embasam, já que estes dados podem ser insuficientes, de baixa qualidade ou ambíguos (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984). Ademais, o modelo é mais exigente quanto ao uso de regras gerais, já que prevê a necessidade de que a garantia, por sua vez, seja respaldada. Neste contexto, inaugura-se

um segundo nível de possibilidade dos argumentos serem questionados, ultrapassando-se o campo da coerência lógica em direção ao campo epistêmico para que seja medida a força dos argumentos.

Outro aspecto inovador nessa estrutura é justamente a assimilação, representada pelo elemento refutação, da interação do opositor como potencialmente determinante da hipótese final, o que tem interesse para casos jurídicos, os quais são desenvolvidos necessariamente com participação da parte opositora.

Para arrematar este tópico, nos empenhamos em duas tarefas. Primeiro, enriquecer um pouco a metáfora de Toulmin, Rieke e Janik sobre os trens de raciocínio. Segundo, pontuar algumas especificidades da dinâmica da argumentação no processo penal que estão envolvidas na tomada de decisão e, portanto, influenciam as inferências do juiz.

Podemos imaginar que os argumentos, enquanto interações humanas, envolvam relações similares às travadas entre um maquinista (proponente) e operador ferroviário (oponente); ao passo que, na acepção de inferências concatenadas, os argumentos são comparáveis à estrutura do transporte férreo – estações, trilhos, vagões/locomotiva. O maquinista está no comando da locomotiva, e seu intuito é transportar até estação final vagões cujas cargas (razões/fatos) permitam construir um edifício (hipótese). Na estação de partida, maquinista e operador ferroviário podem até estar de acordo com a carga (base comum de razões) que formará a composição inicial do trem, mas nem todos os suprimentos estão disponíveis nesta estação inicial e, a depender da habilidade do maquinista, poderão ser coletados no caminho. O trem parte da estação inicial sem que o maquinista tenha certeza de que conseguirá coletar toda a carga que julga necessária para construção do edifício, já que o operador ferroviário não está ali apenas para atender passivamente aos seus comandos, mas sim verificar o quanto de carga é seguro carregar. Ao longo do trajeto o maquinista poderá propor aderir à composição vagões carregados com novos suprimentos (novas razões), mas terá que solucionar eventuais objeções do operador ferroviário. Ao chegar na estação final, será tão mais bem sucedido o maquinista quanto melhor tiver conseguido, ao mesmo tempo, acomodar e/ou contornar as recomendações do operador, e adicionar à composição do trem vagões

suprimentos para construção do edifício (hipótese). As garantias seriam os trilhos férreos, que permitem o deslize dos vagões (carregados de razões) desde a estação inicial até o destino (hipótese). O respaldo consistiria na malha férrea, composta de vários trilhos; ainda que o trilho de um dado percurso seja interrompido, o transporte até o destino final pode ser completado por vias alternativas da mesma malha.

O movimento da argumentação se revela no processo judicial com algumas singularidades que impedem que ela se desenvolva de forma tão fluida quanto em outros campos de argumentação. A pretensão de convencimento não é dirigida de parte a parte, mas sim ao juiz que, até o julgamento, se posiciona como observador de fora da discussão. Ou seja, a disposição principal das partes não é argumentar uma com a outra, mas sim uma contra a outra, embora seja vantagem adicional para a defesa convencer a acusação, já que esta tem liberdade para, ao final do processo, pedir a absolvição. Percebe-se rebaixamento do nível de espontaneidade da discussão, pois as partes não defendem necessariamente aquilo que acreditam, mas sim o que é estratégico tentar fazer o julgador acatar. Há expressivo engessamento das interações entre as partes, as quais possuem momentos bem demarcados e irrecuperáveis (preclusão) para manifestação, ao contrário do que ocorre numa dinâmica exclusivamente dialógica, na qual os argumentos podem ser paulatinamente construídos. Encerradas as interações das partes, compete ao juiz se afastar intelectualmente delas para decidir necessariamente sozinho, ainda que em casos mais simples a sentença possa ser proferida na presença das partes, na sala de audiências. E, por fim, diferentemente de outras discussões, cotidianas e até científicas, cuja validação da hipótese é volátil ou reversível, no contexto jurídico-processual a validação da hipótese, sob ponto de vista do tomador de decisão, é permanente.

9. ESTRUTURA DOS ARGUMENTOS NO CONTEXTO DAS INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS

Como vimos, Toulmin, Rieke e Janik (1984) destacaram que argumentação envolve tanto as interações humanas desenvolvidas no discurso quanto concatenação de ideias, e no desvelar da estrutura dos

argumentos as duas concepções foram utilizadas. Além disto, não pensaram a estrutura dos argumentos com foco na aplicação da lei, mas sim pretenderam identificar elementos comuns dos argumentos nos diversos campos de conhecimento, não apenas científico, mas também prático. Por fim, ainda nas ocasiões em que pontuam a atividade dos juízes, partem da perspectiva de que tarefa primordial destes é subsumir fatos já estabelecidos (*grounds*, bases fáticas) às regras gerais. Ou seja, em última análise, os autores lidam com a motivação da premissa normativa, traço comum das teorias da argumentação (ABELLÁN, 2010).

Na prática do Direito os raciocínios inferenciais recebem algum tipo de formatação, porque é a lei substantiva que define as hipóteses a serem testadas e as proposições a serem provadas, ao passo que a lei formal regula a forma pela qual o caso criminal deve ser investigado e instruído em juízo, além de definir os critérios sobre admissibilidade do uso de informações (Anderson, Schum e Twining, 2005).

Inferências probatórias, assentadas em paralelismos, são manifestações de raciocínios que avaliam em qual medida os fatos probatórios permitem validar, primordialmente, a hipótese acusatória (a qual deve ser fortemente testada para se saber se está apta a romper a barreira da presunção de inocência) e, secundariamente, as hipóteses absolutórias (estas sofrem testes mais fracos, já que a presunção de inocência age para impulsionar sua plausibilidade).

Lagier (2019) adaptou a estrutura básica da argumentação para explicar a validade das inferências probatórias de interesse judicial; isto é, transpôs para as inferências probatórias os elementos – razões/*grounds*, garantias/*warrants*, respaldo/*backing*, hipótese/*claim* – da estrutura dos argumentos.

No âmbito do raciocínio probatório, o lugar das razões argumentativas é preenchido pelos fatos probatórios, compreendidos como conjunto de informações factuais apresentadas no processo. Os fatos probatórios são evidências que contêm informações que podem levar, após serem incrementadas por inferências indutivas, a uma hipótese.

Aqui vale abrir uns parênteses para distinguir três acepções possíveis do vocábulo prova: prova como substrato, prova como

atividade, prova como produto. Como substrato, prova é o mesmo que evidência; a informação fática que pode ser extraída de uma determinada fonte. Como atividade, prova guarda relação com o comportamento das partes¹⁰ envolvido na incorporação das evidências no processo ou com a construção delas durante a instrução. Como produto, prova tem um aspecto de chancela, aquilo que foi aproveitado e/ou descartado pelo juiz para justificar seu raciocínio no julgamento. Assim, as evidências consistem no material introduzido pelas partes no processo com vistas a escorar suas hipóteses (KHALED JR., 2020) e, oportunamente, algumas delas serão chanceladas pelo raciocínio judicial.

Portanto, a rigor, as informações não entram no processo penal já com *status* de prova, embora na praxe jurídica assim nomeemos qualquer evidência incorporada aos autos judiciais. Evidências são, quando muito – desde que licitamente coletada - fatos probatórios, ou seja, fatos que contém informações relevantes. O desenvolvimento da prova imprescinde de atuação judicial, o que se dá mediante correlação, mediante raciocínios indutivos, dos fatos probatórios aos enunciados que constituem as hipóteses sobre como ocorreram eventos passados, não observados diretamente.

Os fatos probatórios não são ainda fatos provados justamente porque antecedem logicamente as inferências probatórias do julgador. Vestígios de eventos únicos ocorridos no passado, os fatos probatórios no mais das vezes não preenchem todo cenário fático projetado pelas partes do processo, e dependem de concatenações decorrentes de inferências não dedutivas para reformulação narrativa de eventos, tais como compreendidos pelo julgador, o qual tem a incumbência de estabelecer o que provavelmente aconteceu.

Além de comporem um cenário granulado (SCHUM, 2001), os fatos probatórios nem sempre são incorporados no processo como informações que estabeleçam conexões diretas de causa e efeito. Os fatos probatórios normalmente carecem de interpretação, num espectro que parte da percepção direta dos vestígios (mera dedução) e pode culminar

¹⁰ Deixamos propositalmente de lado questionamentos sobre cabimento de comportamento ativo do juiz na produção de provas.

com atribuição de significados de manifestações exteriores para aferição de intenções (LAGIER, 2019).

O segundo elemento estruturante das inferências são os fatos a provar, que representam a hipótese do caso. Hipótese consiste numa espécie de versão estendida dos fatos probatórios. A partir de fatos probatórios, os quais contém alguns rastros de fatos conhecidos, extrapola-se para elaboração de versões de fatos gradativamente mais completas, desenhando-se início, meio e fim de uma teoria de como os fatos ocorreram. Num caso criminal, as hipóteses apresentadas pelas partes inegavelmente servem como referenciais para verificação fática a cargo do juiz.

O terceiro elemento da inferência é a garantia, condutor lógico entre o fato probatório e a hipótese. A garantia é representada por alguma regra ou algum enunciado geral que consiga correlacionar os fatos probatórios com a hipótese que se pretende provar (LAGIER, 2019).

Para Matida e Herdy (2019), conforme a garantia consista, respectivamente, numa regra de experiência, numa regra jurídica ou numa regra conceitual, serão geradas inferências probatórias epistêmicas, inferências probatórias normativas e inferências probatórias interpretativas. De antemão alerta-se que apenas as inferências probatórias epistêmicas operam na seara da verificação fática. As inferências probatórias normativas e interpretativas atuam como raciocínios de subsunção jurídica e, portanto, tem interesse acessório para nosso estudo. Por ora, iremos tratar apenas das garantias das inferências probatórias que envolvam raciocínios sobre fatos. Mais adiante, uma vez mapeada a estrutura das inferências, voltaremos a tratar brevemente das inferências normativas e interpretativas, apenas com escopo de bem distingui-las das inferências epistêmicas.

Tal como já abordado supra com mais vagar, a garantia das inferências fático-probatórias são leis gerais respaldadas na experiência - máximas de experiência - adquiridas pelo juiz a partir de sua vivência cotidiana. É produto de indução ampliativa (LAGIER, 2019), a dizer, assimilado em seu estoque de conhecimento como ocorrem as mais diversas situações cotidianas, ao sobrevir o indício de uma situação similar,

o juiz conseguirá inferir o que pode ter ocorrido no caso que lhe submetido a julgamento. Somos capazes de perceber regularidades entre acontecimentos, de modo que, se ocorre x , induzimos que provavelmente ocorrerá y .

O quarto elemento estruturante das inferências, respaldo (*backing*) é composto pelos mesmos tipos de garantia, mas olhadas de longe, num nível maior de abstração. É um elemento bastante vago, descrito como tudo aquilo que pode apoiar as garantias (LAGIER, 2019), ou como corpo geral de informações (TOULMIN, RIEKE e JANIK, 1984). Neste ponto pode ser útil trazer a tona o significado de *transfondo*, espécie de rede de conhecimentos tecida - em contextos culturais específicos - a partir de conceitos, máximas de experiência, recordações, teorizações (LAGIER, 2019).

10. INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS NUM CASO CRIMINAL

Assim como fizemos para ilustrar o modelo silogístico, nos valeremos de um exemplo de relevância criminal que permitam identificar, concretamente, os elementos da estrutura do argumento conforme o modelo proposto por Toulmin, Rieke e Janik (1984) e transposto para o contexto jurídico por Lagier (2019) .

O Ministério Público apresenta hipótese de que João explorou areia, recurso mineral, sem autorização da Agência Nacional de Mineração (ANM) e, por isto, praticou crime de usurpação de bens de União. As razões consideradas para formular a hipótese foram o fato da fiscalização ter flagrado, dentro de um lote de terreno pertencente a João, movimentação de terra por tratores e alguns caminhões-caçamba vazios estacionados, aguardando para serem carregados, além do fato de João ter contado aos fiscais ser o proprietário de uma loja de materiais de construção. A garantia da hipótese é o senso comum de que este tipo de caminhão serve para transporte de areia e de que lojas materiais de construção vendem areia. O respaldo é uma noção, bem assimilada na região fiscalizada, de que grande parte da areia do mercado da construção civil provém de locais de exploração não legalizados. Neste contexto, possivelmente a areia que estava sendo extraída no terreno de João seria

vendida na sua loja de materiais de construção. Entretanto, a defesa de João pode refutar a hipótese de que a areia seria vendida ao alegar que, no dia da fiscalização, João promovia serviços de terraplanagem em seu terreno para edificação de um galpão para futura instalação de uma filial de sua loja de materiais de construção e de um estacionamento anexo; e que a areia seria transportada do local da implantação do estacionamento para o local da edificação do galpão, onde seria aproveitada para produção das argamassas de cimento. De modo que, em havendo aproveitamento da areia na própria obra, não se configura situação de mineração regulada pelo Código de Mineração e, em consequência, desnecessária autorização da Agência Nacional de Mineração.

O diagrama da estrutura do argumento, proposto por Toulmin, Rieke e Janik (1984) pode ser adaptado ao nosso exemplo:

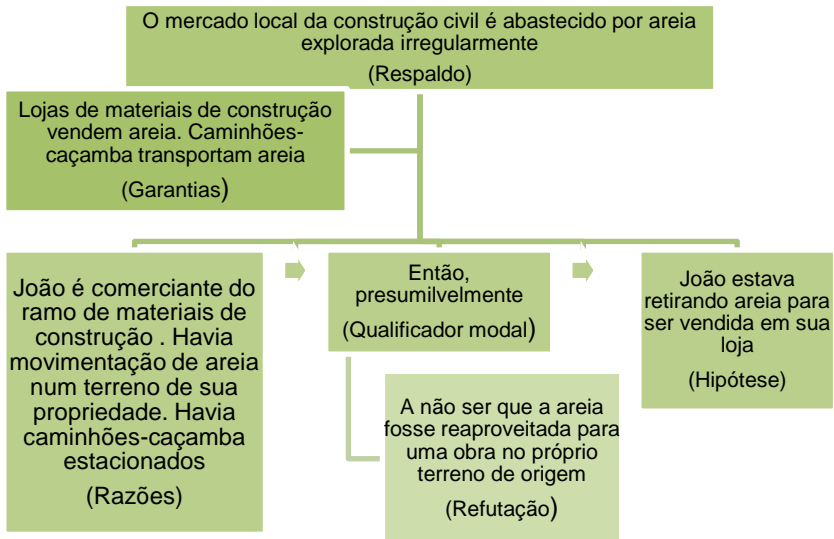


Figura 2- Elementos estruturantes das inferências probatórias

Os elementos acessórios da estrutura do argumento – qualificador modal e refutação – não foram trabalhador por Lagier (2019) quando da transposição para as inferências probatórias.

Quanto ao elemento refutação, o silêncio de Lagier talvez se explique porque este tipo de argumento atua como critério desclassificatório de uma inferência. Se o juiz acolhe a refutação de que a areia seria reaproveitada na obra, fica completamente anulada a inferência de que João presumivelmente estaria explorando areia comercialmente. Melhor dizendo, a refutação, em si, também contém uma inferência, só que no sentido contrário. Em também sendo uma inferência, a refutação não poderia ser elemento de si mesma.

Com relação ao elemento qualificador modal, ao analisar a proposta originária de Toulmin, Rieke e Janik (1984), expusemos que tal elemento serviria como um marcador do raciocínio não dedutivo, isto é, como se o rótulo do tipo de raciocínio tivesse sido exposto na estrutura do argumento como elemento de identificação, tirando-se tal elemento do estado de latência. Em linha convergente, ao analisar as inferências probatórias a partir desse esquema de argumentação, Badaró (2019) afirma que o qualificador modal serve como alerta de que as garantias gerais estão sujeitas às exceções e, portanto, que a conclusão será sempre probabilística. O que é praticamente o mesmo que dizer que o qualificador modal assinala que o raciocínio é do tipo indutivo.

11. INFERÊNCIAS NORMATIVAS E INTERPRETATIVAS

Agora que finalizamos a análise da estrutura das inferências probatórias epistêmicas, as quais estão relacionadas com transposição de fatos até hipótese mediante máximas de experiência, voltaremos nossa atenção para os outros dois tipos de inferência. Referimos de passagem que quando as garantias das inferências são normas jurídicas, a inferência probatória é classificada como normativa, e quando as garantias são apoiadas por teorias ou definições, a inferência probatória é classificada como interpretativa. Também chamamos atenção para o fato de que somente as inferências probatórias epistêmicas operam na seara da verificação fática, sendo que as inferências probatórias normativas e as

inferências probatórias interpretativas são relevantes para raciocínio de subsunção jurídica.

Ante as máximas de experiência (garantia da inferência probatória epistêmica), se ocorre X, então é provável que Y. Diante de presunções e de provas tachadas (garantias das inferências probatórias normativas), se ocorre X, então está provado que Y. Ante os conceitos (garantias das inferências probatórias interpretativas), X conta como Y (LAGIER 2019).

Nestes dois últimos casos há enfraquecimento do adjetivo “probatória” das inferências. Nas inferências probatórias normativas, as normas jurídicas interrompem a conexão entre fatos probatórios e fatos a provar (hipótese). Nas inferências probatórias interpretativas, os fatos probatórios e fatos a provar passam a ser ligados por um vínculo meramente conceitual, de modo que raciocínio resultante é de qualificação jurídica de fatos (LAGIER, 2019).

As garantias normativas pré-estabelecem quais inferências devem ser formuladas pelo juiz. Por vezes, quando o juiz se depara com conjunto de informações a ser avaliado, outros atores do sistema de justiça que atuaram externamente àquele processo judicial já rastream e institucionalizaram uma regra de experiência, que então é alçada ao nível de norma. Em abreviado, o desenho da inferência foi previamente arquitetado pelo legislador ou pelos tribunais ao criar jurisprudência.

No processo penal, as garantias normativas das inferências probatórias consistem nas presunções, estabelecidas legal ou jurisprudencialmente, e representam, em prol de interesses práticos, que ao valorar a prova o juiz deva aceitar que um fato tenha ocorrido (Matida e Herdy, 2019). Presunções são máximas de experiência revestidas de autoridade (LAGIER, 2019). Estas presunções obrigam o juiz a adotar inferências que o guiarão até uma conclusão pré-determinada, assim como o compelem a desconsiderar elementos fáticos que vão de encontro à presunção. Em outras palavras, as garantias normativas retiram a subdeterminação de uma inferência indutiva, convolvendo-a numa inferência dedutiva.

Ao afirmarmos que, diante uma garantia normativa, o juiz deve desconsiderar outros elementos fáticos, não há contradição com a

afirmação anterior de que as garantias normativas e subsequentes inferências probatórias normativas operam nas subsunções (qualificações) jurídicas, e não nas inferências fáticas. Pensemos no enunciado da súmula nº 500 do STJ, que preconiza que o crime de corrupção de menores (art. 244-B da Lei 8.069/90) independe da prova da efetiva corrupção, por se tratar de crime formal. Esta súmula estabelece uma presunção que leva o juiz a inferir dedutivamente que se um adulto, por exemplo, praticou um roubo contando com ajuda de um menor, tal adulto influenciou o menor a participar do roubo e que, portanto, o adulto praticou, também, o crime de corrupção de menores. Esta é uma inferência probatória normativa, operante no momento da qualificação jurídica. As inferências probatórias fáticas (epistêmicas) são barradas: de nada adiantaria o juiz verificar os registros sobre múltiplos envolvimento do menor em atos infracionais anteriores para daí inferir indutivamente, valendo-se de sua experiência, que o menor já estava com sua disposição moral para o crime influenciada por terceiros. O juiz não pode¹¹ se valer deste raciocínio; a inferência epistêmica cede à inferência normativa.

Além das presunções, ocasionalmente no processo penal as garantias normativas das inferências probatórias são determinadas pelas provas legais ou tachadas. Diferentemente das presunções, que obrigam o juiz a enxergar o cenário fático sob certas lentes, a prova legal estipula condicionantes de corroboração e meios de incorporação aos autos, sem os quais os fatos ingressados não podem ser considerados provados. De acordo com Badaró (2019), nos moldes contemporâneos, a prova legal não estipula critérios para apuração de verdades, tal qual se dava na sua origem medieval; pelo contrário, age como contenção (regime de prova legal negativa) às regras lógicas dos procedimentos inferenciais, prestando reforço ao princípio da presunção de inocência, para evitar condenações nos casos em que o legislador considerou prioritária a segurança proporcionada pela forma e/ou corroboração.

¹¹ É claro que, não sendo súmula vinculante, o juiz tem alguma autonomia para se recusar a aplicar o entendimento. Mas este não é ponto. Estamos a tratar da relevância da presunção jurisprudencial para o raciocínio probatório, enquanto norma de garantia da inferência, partindo-se do princípio que o juiz se sentirá compelido a acatar uma súmula do STJ.

É como se nas presunções fosse determinado ao juiz: “você viu algo no processo, mas considere que viu outra coisa”; e na prova legal: “você viu algo no processo, mas aja como se não tivesse visto”.

Por fim, uma rápida menção às inferências probatórias interpretativas, modalidade ainda mais desconectada das inferências fáticas que nos interessam, ou seja, aquelas que nos transportam das evidências até as hipóteses. As inferências interpretativas envolvem definições de conceitos jurídicos maleáveis que figuram como pano de fundo para hipóteses, tal como a caracterização de embriaguez, conceito muito mais severa no Código de Trânsito do que a acepção comum do termo (MATIDA e HERDY, 2019).

CONCLUSÃO

O silogismo é um modelo valioso para descrição do raciocínio probatório, pois ajuda a compreender como o julgador, a partir de algumas informações fragmentadas, recorre a noções de senso comum para preencher os claros e formular inferências sobre como os fatos provavelmente ocorreram no passado. Contudo, a fórmula silogística não tem pretensão de atestar que a decisão adotada seja boa, assim considerada uma decisão aproximada da verdade.

A reestruturação teórica dos elementos integrantes dos argumentos, embora, ao nosso visto, não se afaste completamente da fórmula silogística, pode ter relevância no contexto de decisões penais de evidências, as quais demandam por justificação externa. Houve reforço na solidez do argumento com a previsão de incidência de duas regras gerais sucessivas (garantia e respaldo), assim como a incorporação nesta estrutura das refutações do oponente, o que potencializa a melhoria das razões (premissas menores) e da própria hipótese.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho**. 3. ed. Madri: Marcial Pons, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of Evidence**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Considerações sobre o conceito de motivação das decisões judiciais. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 234, p. 293-312, jan-jun. 2010.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. El control de la valoración de la prueba em segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias. **Revus**, n. 33, p.1-23, 2017. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/revus/4016>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: Dos Elementos da Dogmática Ao Giro Conceitual do Método Entimemático**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.

CARVALHO, Fábio Tenório de. **Inferir Explicações e Explicar Inferências: Uma abordagem pragmático-transcendental da Inferência à Melhor Explicação**. 2013. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DAMASKA, Mirjan R. **The Faces Of Justice And State Authority**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de La Motivación de Los Hechos En La Sentencia Penal. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n.12, p. 257-299, nov. 1992. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/1992-n12-acerca-de-la-motivacion-de-los-hechos-en-la-sentencia-penal>>. Acesso em: 17 out. 2020.

KHALED JR., SALAH H. **A Busca da Verdade No Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. 3ª ed., Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

LAGIER, Daniel Gonzáles. Apuntes Sobre Lógica Y Argumentación Jurídica. **Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante**. Jan. 2012. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10045/20530>>. Acesso em: 08/03/2021.

LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. Lima: Palestra Editores, 2019.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y processo penal: un ensayo sobre epistemología jurídica**. Madri, Marcial Pons, 2013.

LIPTON, Peter. **Inference to the Best Explanation**. 2nd. ed. London: Routledge, 2004.

MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As Inferências Probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 73, p. 133-155, jul./set. 2019. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1473819/Janaína+Matida+%26+Rachel+Herdy.pdf>>. Acesso em: 23/06/2021.

STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado Del Juez: Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos**. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Madri: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz E A Construção Dos Fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TILLERS, Peter. Representando La Inferencia de Hechos Em El Âmbito Jurídico. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 30, p. 383-414, nov. 2007. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-representando-la-inferencia-de-hechos-en-el-ambito-juridico>>. Acesso em 10 fev. 2022.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. **An introduction to reasoning**. 2nd ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1984.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Decision And Its Justification. **Logique et Analyse**, v. 14, p. 409-419, 1971. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/44074477#:~:text=Justification%20of%20a%20legal%20decision,the%20legal%20norms%20\(%22\)](https://www.jstor.org/stable/44074477#:~:text=Justification%20of%20a%20legal%20decision,the%20legal%20norms%20(%22))>. Acesso em: 19 jul. 2021.