

REPATS

Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas
no Terceiro Setor



Universidade
Católica de Brasília



NEPATS

**O RACIOCÍNIO PROBATÓRIO NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO
JURÍDICA: ALGUNS CONCEITOS INTRODUTÓRIOS**

**THE REASONING ON EVIDENCE IN THEORY OF LEGAL
ARGUMENTATION: SOME INTRODUCTORY CONCEPTS**

Renê Chiquetti Rodrigues*
Benedicto de Souza Mello Neto**

“Muitos prejuízos são causados pelo mito de que simplesmente por colocar uma toga preta e realizar um juramento ao assumir o cargo como juiz, um homem deixa de ser humano e extirpa de si mesmo todas as suas predileções, tornando-se uma máquina de pensar livre de qualquer paixão.”

Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*

RESUMO: Como se dá o raciocínio judicial probatório? O presente estudo é desenvolvido sob a perspectiva da(s) teoria(s) da argumentação jurídica, tomando como marco teórico principal a obra recente de Fabio Shecaira e Noel Struchiner: *Teoria da Argumentação Jurídica* (2016). Por meio de revisão bibliográfica, objetiva-se analisar algumas categorias teóricas que podem nos ajudar a compreender melhor como o raciocínio judicial sobre provas jurídicas é levado a cabo no âmbito prático. Trata-se de investigar algumas ferramentas conceituais desenvolvidas pela(s) teoria(s) da argumentação jurídica para se compreender como ocorre a determinação da veracidade da premissa menor (enunciado fático) do silogismo deôntico (justificação externa do enunciado fático).

Palavras-chave: lógica; teoria do direito; prova; interpretação; raciocínio judicial.

ABSTRACT: How the judicial reasoning on legal evidence is carried out? This study is developed from the perspective of the theory(ies) of legal argumentation, taking the recent work of Fabio Shecaira and Noel Struchiner, *Theory of Legal*

* Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR – bolsista CAPES). Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea (UEL) e em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor. Advogado. E-mail: rene.rodrigues@outlook.com

** Doutorando pela FADISP. Mestre em Direito Supraindividual (UEM), área de concentração em Direito Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Direito Penal Econômico e Tributário na Especialização em Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina e professor de Direito Penal e Processo Penal na graduação em Direito (UEL). Advogado. E-mail: bsmelloneto@hotmail.com



Argumentation (2016), as main theoretical framework. Through literature review, aims to analyze some theoretical categories that can help us better understand how the judicial reasoning on legal evidence is carried out on a practical level. It investigated some conceptual tools developed by the theory(ies) of legal argumentation to understand how is the determination of the truth of the minor premise (factual statement) of deontic syllogism (external justification of the factual statement).

Keywords: logic; jurisprudence; evidence; interpretation; judicial reasoning.



1. Introdução

A argumentação jurídica desempenha um papel de significativa relevância nos países que reconhecem o Rule of Law como uma virtude crucial das sociedades civilizadas. Mesmo que encaremos o direito como sendo apenas uma ordem normativa institucional, a argumentação (v.g. a tarefa de aduzir razões em defesa de uma conclusão) é uma atividade corriqueira da praxis jurídica tanto para operadores do direito (juízes, advogados, promotores de justiça, etc.) quanto para acadêmicos (professores, cientistas do direito, doutrinadores, etc.) na medida em que tais agentes visam justificar conclusões práticas publicamente como sendo válidas e razoáveis. Nesse sentido, o presente estudo é desenvolvido sob a perspectiva da(s) teoria(s) da argumentação jurídica, tomando como marco teórico principal a obra recente de Fabio Shecaira e Noel Struchiner intitulada *Teoria da Argumentação Jurídica* (2016).

Reconhecendo que um juiz de direito, ao proferir uma sentença judicial, versa tanto sobre questões de fato quanto sobre questões normativas, a indagação central deste trabalho pode ser apresentada do seguinte modo: como se dá o raciocínio judicial probatório? O objetivo é analisar algumas categorias teóricas que podem nos ajudar a compreender melhor como o raciocínio judicial sobre provas jurídicas é levado a cabo na prática pelos juízes e pelos outros profissionais do direito, sem a pretensão de prescrever como esse raciocínio deveria ocorrer. Trata-se de investigar algumas ferramentas conceituais desenvolvidas pela(s) teoria(s) da argumentação jurídica para se compreender como ocorre a determinação da veracidade da premissa menor (enunciado fático) do silogismo deôntico (justificação externa do enunciado fático).

O estudo é composto de duas partes. No primeiro tópico, antes de adentrar propriamente na análise da questão proposta, apresentam-se algumas categorias fundamentais para uma boa compreensão da(s) teoria(s) da argumentação. As distinções propostas (divididas em cinco classificações) serão fundamentais na análise do raciocínio jurídico probatório. No segundo tópico, (a)



as noções desenvolvidas no primeiro tópico são aplicadas ao raciocínio jurídico probatório; (b) destacam-se três mecanismos por meio do qual o direito positivo molda institucionalmente a argumentação teórica (i. exclusões, ii. ônus probatório, e iii. standards de prova) e, por fim, (c) explica-se o modo inferencial pelo qual funciona estruturalmente (do ponto de vista lógico) o raciocínio probatório.

2. O raciocínio jurídico e a(s) teoria(s) da argumentação

Antes de adentrar no tema central do presente estudo, algumas considerações prévias acerca de vários aspectos importantes que envolvem a(s) teoria(s) da argumentação precisam ser feitas. No presente tópico, procuramos apresentar algumas categorias fundamentais para uma boa compreensão da temática proposta por meio de cinco distinções necessárias: (1) teorias prescritivas da argumentação x teorias descritivas da argumentação; (2) contexto de descoberta x contexto de justificação; (3) justificação interna x justificação externa; (4) argumentação teórica e argumentação prática; e (5) argumentação substancial e argumentação institucional.

1. Uma importante distinção a ser feita em caráter introdutório é acerca do tipo de teoria da argumentação que se tem em mente ao abordar um tema. O tipo de teoria da argumentação pode variar de acordo com a delimitação de sua função, ou seja, conforme a finalidade prática que se pretende alcançar com ela. Assim, podemos ter uma teoria da argumentação de cunho descritivo e uma teoria da argumentação de caráter prescritivo. A primeira abordagem visa explicar como a argumentação ocorre no âmbito prático enquanto a segunda tem como objetivo principal orientar, guiar, dirigir, o modo como a argumentação ocorre na prática, estabelecendo um caminho a ser seguido. Trata-se de uma distinção de cunho verdadeiramente fundamental. Enquanto Shecaira e



Struchiner (2016)¹ apresentam uma teoria descritiva da argumentação jurídica, os estudos de Atienza (2003, 2013)² voltam-se principalmente para a construção de uma teoria prescritiva da argumentação jurídica.

Para Shecaira e Struchiner, o “objetivo central [da obra] é apresentar a argumentação jurídica tal como ela é. O propósito, portanto, não é falar sobre como os juízes, advogados devem argumentar”.³ A obra intenta “explicar como os profissionais do direito tipicamente argumentam” enfrentando questões como as seguintes: “Como é que o juiz costuma defender a conclusão a que chega em uma decisão judicial? E o advogado em uma petição? E o jurista em um artigo científico?”. Desse modo, os autores não fazem recomendações acerca “do que um advogado deve fazer para aperfeiçoar suas habilidades retóricas, convencer os juízes e prevalecer nos tribunais” ou sobre “como os juízes e os outros profissionais devem argumentar para que consigam satisfazer ideais políticos importantes, como aquele do ‘estado de direito’”.⁴

O presente estudo, por exemplo, visa analisar algumas categorias que podem nos ajudar a compreender melhor como o raciocínio sobre provas jurídicas é levado a cabo na prática pelos juízes e pelos outros profissionais do direito, não tendo por objetivo prescrever como esse raciocínio deveria ocorrer. Trata-se de um tema ainda pouco investigado na literatura jurídica nacional e que figura como parte importante de uma teoria descritiva da argumentação jurídica.

2. Uma segunda distinção a ser levada em conta é entre contexto de descoberta e contexto de justificação, muito conhecida entre os filósofos da ciência.⁵ Como aponta Atienza, “uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o

¹ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003; ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

³ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p. 10.

⁴ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.10.

⁵ Cf. REICHENBACH, Hans. [1951] **The rise of scientific philosophy**. Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1968. p.231.



procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”.⁶ O contexto de descoberta corresponde ao processo mental ou percurso psicológico que leva um indivíduo a aceitar plausibilidade de uma determinada conclusão como sendo correta. Já o contexto de justificação consiste no procedimento de tentar demonstrar argumentativamente que a conclusão produzida pelo raciocínio é verdadeira ou correta. No plano do contexto de descoberta, “cabe unicamente mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e historiador da ciência”.⁷

Mesmo que a diferença entre essas noções possa não ser tão nítida em um primeiro momento, a distinção conceitual é útil na medida em que destaca que explicar uma tese é diferente de justificá-la. Atienza salienta que o erro da corrente jusfilosófica denominada de realismo jurídico norte-americano – em especial o realismo de Jerome Frank – consiste exatamente na confusão entre contexto de descoberta e contexto de justificação.⁸ É importante traçar a distinção entre as causas psicológicas, o contexto social, as circunstâncias e etc., que levaram um juiz de direito a tomar uma determinada decisão jurídica, e as razões dadas por ele para mostrar que sua decisão é correta ou aceitável (v.g. que está justificada)⁹. Um exemplo significativo da relevância desta distinção pode ser observado em uma fala do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, que certa vez afirmou que, ao julgar um caso, primeiro considerava qual era a decisão mais justa (contexto de descoberta)

⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p.20.

⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p.20. Originalmente: “*The act of discovery escapes logical analysis; there are no logical rules in terms of which a 'discovery machine' could be constructed that would take over the creative function of the genius. But it is not the logician's task to account for scientific discoveries; all he can do is to analyze the relation between given facts and a theory presented to him with the claim that it explains these facts. In other words, logic is concerned only with the context of justification. And the justification of a theory in terms of observational data is the subject of the theory of induction*”. (REICHENBACH, Hans. **The rise of scientific philosophy**, p.231).

⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 23.

⁹ Para Atienza: “É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles [v.g. os realistas norte-americanos] sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas”. (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 23).



para, então, buscar um fundamento legal para justificá-la (contexto de justificação).¹⁰

Ainda que o contexto de descoberta possa ser importante para algumas ciências sociais preocupadas em desenvolver modelos explicativos para a tomada de decisões (como a psicologia social, por exemplo), as teorias da argumentação jurídica estão mais preocupadas em trabalhar (sob uma perspectiva descritiva ou prescritiva) com o contexto de justificação, na medida em que se encontram voltadas para a análise do problema das condições em que se pode considerar justificado um determinado argumento.¹¹ Assim, as teorias da argumentação jurídica intentam mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato (teorias de cunho descritivo) e também buscam apontar como elas deveriam ser justificadas (teorias de cunho prescritivo).

3. Tendo em mente que a preocupação das teorias da argumentação no âmbito do direito é com o contexto de justificação, é relevante destacar que um raciocínio jurídico precisa ser justificado de dois modos distintos e, por isso, fala-se em justificação interna e justificação externa. Estas categorias foram propostas inicialmente por Jerzy Wróblewski e a terminologia acabou sendo amplamente aceita.¹² A justificação interna diz respeito à correção lógica do

¹⁰ Em uma solenidade organizada em sua homenagem (17.06.2010), o Ministro Marco Aurélio afirmou: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”. A íntegra do discurso pode ser consultada na Revista Consultor Jurídico (06.07.2010): <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio> (acessado em 01.10.2017).

¹¹ Como corretamente destaca Atienza: “A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação não coincide com aquela existente entre discurso descritivo e discurso prescritivo, a não ser pelo fato de que em relação tanto a um quanto ao outro contexto se pode adotar uma atitude descritiva ou prescritiva. Por exemplo, pode-se descrever quais são as causas que levaram o juiz a emitir uma resolução no sentido indicado (o que significaria explicar a sua conduta), mas também se pode indicar ou recomendar determinadas mudanças processuais para evitar que a ideologia dos juízes (ou dos jurados) tenha um peso excessivo nas decisões a tomar (por exemplo, fazendo com que tenham mais relevância outros elementos que fazem parte da decisão ou propondo ampliar as causas de rejeição de juízes ou jurados). E por outro lado pode-se descrever como o juiz em questão efetivamente fundamentou a sua decisão (baseou-se no argumento de que - de acordo com a Constituição - o valor vida humana deve prevalecer sobre o valor liberdade pessoal); ou então se pode dispor ou sugerir - o que exige por sua vez uma justificação - como o juiz deveria ter fundamentado a sua decisão (sua fundamentação devia ter se baseado em outra interpretação da Constituição que subordina o valor vida humana ao valor liberdade pessoal).” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. p. 20, 21; 2013, p. 114-116).

¹² Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Legal decision and its justification”. In: **Le raisonnement juridique**; actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (HUBIEN, H., org.). Bruxelas, págs. 409-19, 1971; e



raciocínio, ou seja, é preciso que a inferência (a passagem das premissas para a conclusão) seja feita de modo logicamente válido. Assim, um raciocínio jurídico é considerado internamente justificado quando ele se encontra estruturado corretamente do ponto de vista formal. A justificação externa, por sua vez, diz respeito à veracidade das premissas estabelecidas no raciocínio jurídico, ou seja, é preciso que o conteúdo das premissas seja considerado verdadeiro ou aceito como correto. De tal modo, um raciocínio jurídico é considerado externamente justificado quando podemos demonstrar argumentativamente a correção material de suas premissas.

Essa distinção é importante na medida em que compreendemos que esses dois modos de justificação são autônomos ou independentes um do outro. Nesse sentido, (a) um raciocínio jurídico pode estar internamente justificado sem estar justificado externamente, sendo possível conceber também (b) um raciocínio que seja inválido do ponto de vista interno, mas válido do ponto de vista externo.

Observemos os exemplos abaixo:

Quadro 1: justificação interna x justificação externa.

(a)	(b)
Todas as aves sabem voar.	Penso, logo existo.
O mamute é uma ave.	Pedras existem.
∴ Logo, o mamute sabe voar.	∴ Logo, pedras pensam.

Nos exemplos acima temos duas inferências distintas. O exemplo (a) é o caso de um argumento que está justificado do ponto de vista interno (não há um erro formal ao se inferir a conclusão), mas não está justificado do ponto de vista externo (as duas premissas obviamente são falsas). No exemplo (b) temos um raciocínio que está externamente justificado (as duas premissas são aceitas como verdadeiras), mas há um erro lógico ao se inferir a conclusão. Um

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Legal syllogism and rationality of judicial decision". In: **Rechtstheorie**, núm. 5, 1974, págs. 33-46.



raciocínio jurídico precisa estar justificado tanto do ponto de vista interno (correção formal da estrutura) quanto do ponto de vista externo (correção substancial das premissas).

4. Ao desenvolver seu criticismo filosófico, Immanuel Kant estabeleceu uma diferenciação entre a razão teórica e a razão prática. Enquanto a primeira estava preocupada com a questão do conhecimento (O que e como posso conhecer?), a segunda estava preocupada com a questão do agir corretamente (Como devo agir?).¹³ Com base em tal distinção, a argumentação também pode ser classificada conforme o tipo de raciocínio efetuado. Neste aspecto, podemos falar tanto em argumentação teórica como em argumentação prática. Um argumento teórico (I) é um raciocínio (dedutivo ou indutivo) no qual todas as premissas são enunciados afirmativos sobre fatos, que podem ser considerados verdadeiros ou falsos. Um argumento prático (II) é um raciocínio (dedutivo ou indutivo) no qual ao menos uma das premissas é um enunciado prescritivo que determina como as coisas devem ser. Observemos os exemplos abaixo:

Quadro 2: raciocínio teórico x raciocínio prático.

(I)	(II)
Todo londrinense é brasileiro.	Aquele que matar alguém deve ser preso.
Paulão Rock'n'Roll é londrinense	João matou José.
∴ Logo, Paulão Rock'n'Roll é brasileiro.	∴ Logo, João deve ser preso.

Os dois silogismos dedutivos apontados acima são bem diferentes. O exemplo (I) é o caso de um argumento estruturado com base nas regras da lógica clássica, versando sobre a (in)existência de fatos no mundo (mundo do Ser – enunciados fáticos), como podemos perceber pelo conectivo “é”. Trata-se de um caso característico de argumentação teórica. Já no exemplo (II), temos o caso de um argumento estruturado com base nas regras da lógica deôntica,

¹³ Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Edição. Trad.: Manuela Pinto e Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001; KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 1ª Edição Bilingue. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



envolvendo o uso de prescrições para regular condutas (mundo do Dever Ser – enunciados prescritivos), como podemos perceber pelo conectivo “deve ser” da primeira premissa (a primeira premissa é uma prescrição geral). Trata-se, portanto, de um caso exemplar de argumentação prática.

5. Por fim, com base em Neil MacCormick,¹⁴ uma última diferenciação a ser sublinhada é entre a argumentação substantiva e a argumentação institucional. Segundo Shecaira e Struchiner,¹⁵ a diferença é que a “argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc”, enquanto a “argumentação institucional, por outro lado, não recorre livremente a considerações morais, políticas, econômicas e sociais. Ela é mais engessada e – alguns diriam – artificial”.¹⁶ Os autores salientam que o cientista político, o filósofo moral, o jornalista que escreve um artigo e mesmo um amigo que bebe conosco uma cerveja no bar, “costumam argumentar substantivamente”. Já quem argumenta institucionalmente “não está preocupado em defender aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão” e, em geral, essa pessoa “ocupa uma posição social que exige certo respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos” – tais como um árbitro de futebol ou um juiz de direito.¹⁷

A título exemplificativo, podemos imaginar o caso hipotético de um advogado criminal que, na qualidade de cidadão, tenha forte simpatia pela forma como o Supremo Tribunal Federal julgou o caso do mensalão (STF: Ação Penal 470) – condenando os réus –, por achar que aqueles políticos mereciam uma lição. Todavia, mesmo nutrindo tal sentimento na qualidade de cidadão, o mesmo sujeito poderia, na qualidade de advogado criminal, ressaltar a existência de vários problemas jurídicos graves que viciam as decisões judiciais prolatadas pelo tribunal em tal caso. Nesse sentido, a “cisão entre as perspectivas do

¹⁴ MACCORMICK, Neil. “Argumentation and interpretation in Law”. In: **Ratio Juris**, 6, 1993. pp.16-29.

¹⁵ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.36.

¹⁶ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.36.

¹⁷ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.36.



cidadão e do advogado corresponde à cisão entre os modos substantivo e institucional de argumentar”.¹⁸

Ter em mente tais distinções conceituais nos ajudará a compreender melhor algumas noções básicas do raciocínio jurídico probatório, objeto do próximo tópico. Nosso interesse é, a partir da perspectiva de uma teoria da argumentação de caráter descritivo (1), explicitar como se dá o contexto de justificação (2) da justificação externa (3) da premissa menor do silogismo deôntico que reconstrói a decisão judicial, ressaltando que tal justificação se dá por meio de uma argumentação teórica (4) de caráter institucional (5). No próximo tópico destacaremos três mecanismos por meio do qual o direito positivo molda institucionalmente a argumentação teórica (i. exclusões, ii. ônus probatório, e iii. standards de prova) e o modo inferencial pelo qual funciona estruturalmente (do ponto de vista lógico) o raciocínio probatório.

3. O raciocínio probatório como parte da argumentação jurídica

Do ponto de vista prático, é correta a crítica feita pelos jusfilósofos realistas de que os juízes de fato não decidem os casos por meio de um simples “silogismo jurídico” (v.g. uma dedução feita com base na lógica deôntica). Todavia, ao contrário do que rotineiramente é repetido nas faculdades de Direito, a dedução possui um papel importante na teoria da argumentação jurídica na medida em que se considera uma decisão judicial justificada quando ela pode ser teoricamente reconstruída na estrutura de um silogismo deôntico.

A estrutura do silogismo deôntico pode ser compreendida do seguinte modo:

¹⁸ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. p.37.



Quadro 3: modelo estrutural de raciocínio judicial.

Se FO, então deve ser CN.	(premissa maior – enunciado normativo geral)
FO foi determinado	(premissa menor – enunciado fático)
∴ Logo, deve ser CN.	(conclusão – enunciado normativo específico)

No esquema acima, podemos observar que a estrutura do silogismo deôntico é constituída por um enunciado normativo geral, tomado como premissa maior, um enunciado fático, como premissa menor, que geram, ao final, uma conclusão normativa particular. O enunciado normativo geral determina que se um fato genérico (FO) for constatado, deverá ocorrer a imputação da consequência normativa (CN). O enunciado fático do raciocínio constitui-se na afirmação de que um determinado evento – que pode ser considerado uma instância de FO (que funciona como termo médio do silogismo deôntico) – foi determinado como verdadeiro, ou seja, que tal evento realmente ocorreu. Por fim, reconhecendo a existência da norma geral e tendo sido verificada a veracidade da premissa menor (fática), a conclusão determina que deve ser imputada a consequência normativa prevista na premissa maior. A decisão judicial será considerada justificada do ponto de vista interno quando a passagem das premissas para a conclusão for feita de modo logicamente correto e do ponto de vista externo quando tanto o enunciado normativo (premissa maior) quanto o enunciado fático (premissa menor) puderem ser tomados como verdadeiros ou corretos¹⁹.

Atienza chama a atenção para o fato de que, historicamente, as teorias da argumentação jurídica voltaram sua atenção para questões envolvendo a

¹⁹ Deve ser destacado aqui que a justificação da premissa maior (enunciado normativo) envolve um problema lógico-filosófico sério, denominado de *dilema de Jørgensen*. Como Hans Kelsen (**Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003) havia notado, o problema se dá na medida em que podemos atribuir o valor verdade para descrições de normas jurídicas (proposições jurídicas), mas não podemos verificar a veracidade da própria norma jurídica (apenas sua validade). Desse modo, como poderíamos falar em silogismo deôntico quando não podemos determinar a veracidade de uma das premissas do raciocínio? Não adentramos nesta questão no presente estudo e apenas apontamos de modo genérico que a premissa maior do silogismo deôntico pode ser considerada externamente justificada quando o enunciado normativo corresponder a uma norma jurídica realmente existente (válida) no ordenamento jurídico. Para saber mais sobre o dilema de Jørgensen, Cf. MARANHÃO, Juliano. **Estudos sobre lógica e direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29-62.



problematização da construção da premissa maior (justificação externa do enunciado normativo).²⁰ Todavia, nos últimos anos foi possível observar uma maior preocupação dos teóricos da argumentação (juristas e filósofos) tanto em descrever regras e práticas jurídicas “que promovem e/ou frustram a busca pela verdade” da premissa menor, quanto em prescrever a modificação de algumas de tais regras e práticas “de forma a diminuir a distância entre o direito e a realidade externa”, evitando-se erros judiciais na determinação da veracidade do enunciado fático.²¹

No presente estudo estamos interessados em apontar – de um ponto de vista descritivo – alguns traços importantes do raciocínio probatório, ou seja, em investigar algumas ferramentas conceituais desenvolvidas pela teoria da argumentação jurídica para se compreender a determinação da veracidade da

²⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. p. 212. Em suas palavras, “não se pode esquecer que a argumentação efetuada na vida jurídica é, em grande parte, uma argumentação sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo normativo. Com isso, contudo, além de não se incluir no âmbito de estudo a maior parte das argumentações produzidas fora dos tribunais superiores – e que é uma argumentação sobre fatos – não se dá suficiente conta da argumentação a propósito de questões normativas, uma vez que, também com relação a esse tipo de problema, surgem discussões sobre fatos que podem vir a ter uma importância até mesmo decisiva.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. p.212, 213).

²¹ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. “As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos”. In: CUNHA, José Eduardo. (Org.). **Epistemologias críticas do direito**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 211. Como apontam Janaina Matida e Rachel Herdy, a literatura sobre argumentação jurídica probatória se desenvolveu significativamente nas últimas décadas. Na tradição anglo-saxônica, inspirados em BENTHAM (**Rationale of judicial evidence: specially applied to english practice**. London: Hunt and Clarke, 1827), THAYER (**A preliminary treatise on evidence at the Common-Law**. Boston: Little Brown & Co, 1898) e WIGMORE (**A treatise on the anglo-american system of evidence and trial at Common-Law**. Boston: Little Brown & Co. 1907), é possível citar TWINING ([1990] **Rethinking Evidence: Exploratory Essays**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006), DAMASKA (**The faces of justice and state authority**. New Haven-London: Yale University Press, 1991), ALLEN (“Factual ambiguity and a theory of evidence”. In: **Northwestern University Law Review**, 88, 1994. pp.604-640), SCHAUER (**Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003) e PARDO (“The field of evidence and the field of knowledge”. In: **Law and Philosophy**, 24, 2005. pp. 321-392). No âmbito continental, na tradição iniciada por TARUFFO (**La prova del fatti giuridici: nozioni generali**. Milano: Giuffrè, 1992), é possível apontar MENDONÇA “Presunciones”. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 21, 1998, pp. 83-98), AGUILÓ REGLA (“Presunciones, verdad y normas procesales”. In: **Isegoría**, 35, 2006, pp. 9- 31), GASCÓN ABELLÁN (**Los hechos en el derecho: bases argumentales de las pruebas**. Madrid: Marcial Pons, 2004), FERRER BELTRÁN (**Prueba y verdad en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005, e **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007) e GONZÁLEZ LAGIER (Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos”. In: **Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. México: Fontamara, 2013, pp. 75-85, e “Presunción de Inocencia, verdad y objetividad”. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl. **Prueba y razonamiento probatorio en el derecho: debates sobre abducción**. Granada: Comares, 2014, pp. 83-117).



premissa menor (fática) do silogismo deôntico (justificação externa do enunciado fático). Para tanto, em caráter introdutório, é preciso frisar que a argumentação teórica pode ser tanto substancial quanto institucional.

Quando encontram-se em um debate fora do ambiente jurídico (burocrático e institucionalizado), “as pessoas apelam de maneira mais livre às considerações e evidências que são relevantes para a fundamentação de suas afirmações factuais”.²² No âmbito científico, por exemplo, o cientista procurará aduzir o maior número de razões possível no intuito de justificar a veracidade da explicação teórica por ele defendida. Por outro lado, em um debate jurídico que verse sobre a (in)ocorrência de um determinado evento, nem todo o tipo de razão será considerado aceitável para justificar a veracidade da premissa menor do raciocínio jurídico. Os debatedores não estão completamente livres no âmbito jurídico para trazer qualquer tipo de razão para demonstrar a veracidade do enunciado fático, mas se encontram “engessados” por regras e procedimentos especificados previamente pelo legislador. De tal modo, enquanto o cientista desenvolve uma argumentação teórica substancial, o raciocínio desenvolvido pelo jurista (ao menos na justificação externa da premissa menor) consistirá em uma argumentação teórica institucional.

O fato de os juristas desenvolverem uma argumentação teórica institucional no ambiente jurídico significa que eles possuem determinados limites que influenciam significativamente na elaboração do raciocínio probatório. Um dos importantes pontos do livro de Shecaira e Struchiner (2016, p. 37) é sustentar o que chamam de “tese institucional”, que consiste na afirmação de que “os profissionais do direito argumentam de modo predominantemente institucional”. Esta tese não pretende ter caráter prescritivo, mas sim descritivo – no sentido de que pretende ser uma constatação da realidade jurídica e não um conselho ou uma ordem aos juristas – e não afirma que a argumentação dos profissionais do direito seja exclusivamente institucional – mesmo porque os juízes frequentemente se valem da argumentação substantiva. Segundo a “tese

²² SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. p.145.



institucional”, imaginando que argumentação substancial e argumentação institucional sejam tipos ideais puros situados cada um em um extremo de uma linha imaginária, “os profissionais do direito se aproximam mais do extremo institucional” enquanto os “[f]ilósofos morais e cientistas político, por outro lado, se aproximam do extremo substantivo”.²³

Uma das funções do direito processual (civil ou penal) é justamente determinar que tipo de provas pode ser aceito em juízo para se comprovar que um determinado evento *f* realmente ocorreu e que este é uma instância de FO (antecedente da premissa maior) do silogismo deôntico. Uma prova que não tenha sido produzida em conformidade com as determinações do direito processual possivelmente será considerada inválida pelo magistrado, não podendo ser considerada no raciocínio probatório que formará a premissa menor do silogismo deôntico ainda que o seu conteúdo de fato possa nos ajudar a chegar mais perto da verdade (v.g. a compreender se o evento *f* realmente ocorreu).

Para ilustrar esse ponto, Shecaira e Struchiner nos dão um bom exemplo hipotético:²⁴

- Autor: O réu me deve 500 reais
- Réu: Discordo do autor

²³ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.40. Também é importante deixar assentado que “a tese institucional não diz nada a respeito da transparência e sinceridade do discurso dos profissionais do direito. Argumentar institucionalmente é apelar para regras e procedimentos previamente estabelecidos com o objetivo de justificar conclusões práticas *publicamente*. Quem argumenta assim pode apelar publicamente para regras e procedimentos consagrados com o objetivo íntimo de promover ideais substantivos ou até mesmo interesses pessoais obscuros. Não haverá juízes que fazem referência às leis sem se importar intimamente com elas? Não haverá juízes que aplicam as leis apenas para garantir algum benefício profissional ou promoção que seria ameaçada caso fossem menos obedientes? Não haverá juízes que usam as leis para promover objetivos ideológicos que não ousam divulgar? A tese institucional não elimina essas possibilidades”. (SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.41, 42).

²⁴ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.38. Os autores mencionam que esse diálogo foi inspirado em PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. “The three faces of defeasibility in the law”. In: **Ratio Juris**, 17, 2004. p. 118-139.



- Autor: O réu me deve 500 reais porque realizamos um contrato válido de compra e venda, eu forneci o produto e o réu não me pagou.
- Réu: Reconheço que o autor forneceu o produto e que eu não paguei, mas não reconheço que haja entre nós um contrato válido.
- Juiz: Autor, prove que vocês tem um contrato válido.
- Autor: Eis um documento assinado por nós dois.
- Réu: Não reconheço a autenticidade deste documento.
- Autor: Visto que o documento parece autêntico, prove que ele não é.
- Réu: Esse laudo feito por um laboratório atesta que minha assinatura foi forjada.
- Autor: O relatório não serve como prova, pois eu tive conhecimento muito tarde dele no processo.
- Juiz: Concorde, a prova não é admissível.

Justamente em razão de o ordenamento jurídico prever regras e procedimentos que determinam quais meios de prova podem valer em um julgamento e como elas devem ser produzidas, é que um litigante poderá ser bem-sucedido em sua demanda, não por ter bons argumentos em seu favor, mas porque a outra parte foi incapaz de provar rigorosamente suas alegações. Nesse sentido, o direito positivo (v.g. direito processual) molda institucionalmente a argumentação teórica por meio de diversos mecanismos, dentre os quais é possível destacar ao menos três: (i) exclusões, (ii) ônus e (iii) standards de prova.

(i) Exclusões: diferentemente da argumentação substancial, a argumentação institucional possui certas limitações estabelecidas por regras e procedimentos. Não raro, o ordenamento jurídico determina que um meio de prova tenha seu valor probatório completamente excluído em certos casos ou ao menos limitado para provar determinados fatos. A título exemplificativo, o direito processual penal brasileiro determina que são inadmissíveis as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (provas ilícitas), assim também



as provas derivadas exclusivamente das provas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo (art. 157, caput, e §1º, do CPP).²⁵ Portanto, o que as exclusões fazem é reduzir o rol de argumentos que poderão ser produzidos no intuito de demonstrar a veracidade do enunciado fático, ou seja, impõe limites para a justificação externa da premissa menor do silogismo deôntico.

Podemos pensar em um documento constante de um inquérito policial que registra uma confissão extrajudicial de um denunciado que, no entanto, fora obtida mediante tortura. Ao se constatar a ilicitude do ato, o juiz deverá determinar o desentranhamento de tal documento probatório dos autos do processo-crime e a acusação não poderá fazer menção a ele em sua argumentação, na tentativa de provar que o denunciado realmente teria cometido os fatos a ele imputados na denúncia.

Também podemos imaginar o caso de um indivíduo que, apesar de confessadamente ter colocado fogo em uma residência e de ter sido criminalmente denunciado pelo delito de “incêndio” (art. 250, §1º, II, “a”, do CP),²⁶ é absolvido em razão da parte acusatória não ter conseguido produzir e juntar aos autos do processo especificamente o documento denominado “laudo pericial”, prova considerada imprescindível para a possibilidade de condenação em tais crimes (ver art. 158, caput do CPP).²⁷ As regras processuais determinam que a confissão do réu, ainda que seja verdadeira, não deve ser levada em conta diante da inexistência de documento imprescindível cujo valor probatório é considerado elevado em tais casos, devendo o juiz absolvê-lo da imputação criminal se nenhum outro argumento foi trazido pela acusação para demonstrar a veracidade do fato imputado.

²⁵ *In verbis*, CPP: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. §1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

²⁶ *In verbis*, CP: “Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. § 1º - As penas aumentam-se de um terço: [...] II - se o incêndio é: a) em casa habitada ou destinada a habitação;”

²⁷ *In verbis*, CPP: “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.



(ii) Ônus: ônus da prova é um instrumento utilizado pelo direito positivo para determinar, em diferentes momentos do processo, qual é a parte responsável por apresentar argumentos em relação às questões de fato suscitadas. Essa responsabilidade é “alocada de maneira seletiva e variável durante o desenvolvimento do processo”, sendo distribuído por meio de “presunções” legais.²⁸ Quando há uma regra jurídica determinando claramente que o ônus probatório é de uma das partes, a outra parte não precisará sequer se manifestar caso a parte responsável seja incapaz de apresentar uma prova relevante. Por exemplo, em razão da existência da “presunção de inocência” (art. 5º, LVII, da CF),²⁹ não cabe ao réu demonstrar que é inocente em uma ação penal, cabendo à acusação a responsabilidade de argumentar em favor da existência de um determinado fato (FO) supostamente cometido pelo réu.

O exemplo do crime de “incêndio” – dado anteriormente – evidencia a importância do ônus da prova da argumentação teórica institucional e das presunções legais na medida em que a absolvição do réu não se deu em razão de estar comprovado que o acusado não cometeu o crime (inclusive, ele havia confessado a prática do ato), mas apenas em razão da acusação não ter sido capaz de produzir as provas que a ela cabiam (em especial, o laudo pericial).

(iii) “Standards” de prova. Como salientam Shecaira e Struchiner, trata-se de “uma palavra da língua inglesa que diz respeito ao grau de probabilidade com que deve ser estabelecida uma conclusão factual em diferentes áreas do direito”.³⁰ Segundo os autores, o que os standards “fazem, essencialmente, é estipular com que probabilidade deve estar correta a conclusão de um argumento teórico, dada a veracidade de suas premissas”.³¹ Provar a culpa (responsabilidade penal) de um suposto criminoso em um determinado delito é, sem dúvida (em razão da existência da “presunção de inocência”), mais difícil e complexo do que provar a culpa (responsabilidade civil) de um indivíduo em um

²⁸ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.151.

²⁹ *In verbis*, CF: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³⁰ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.151.

³¹ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.151.



caso de acidente de trânsito (neste caso, basta que as evidências apontem mais para a culpa do réu do que para sua inocência). Assim, é possível dizer, ao menos de modo genérico, que em razão do princípio *in dubio pro reo* o processo penal estabelece um standard probatório mínimo mais elevado do que o estabelecido pelo processo civil.

Mesmo no âmbito do direito processual penal, o standard de prova pode variar significativamente de um tipo de crime para outro, sendo mais alto para alguns delitos específicos e relativamente baixo para outros. Quanto mais alto o standard probatório, mais difícil será tomar um determinado evento *f* como tendo realmente ocorrido. Dificilmente cogitaríamos como possível a condenação de um acusado de tentativa de “homicídio” (art. 121, caput, cumulado com o art. 14, I, do CP)³² em um processo-crime no qual a única prova produzida pela acusação tenha sido o testemunho da vítima. Todavia, nos crimes sexuais – “estupro de vulnerável” (art. 217-A do CP),³³ por exemplo – mesmo na ausência de laudo pericial (ou ainda, caso o laudo pericial ateste a inexistência de vestígios) o acusado poderá ser condenado com base apenas na higidez das declarações da vítima, em razão do seguinte standard de prova: ‘a palavra da vítima em crimes sexuais possui especial relevância probatória, haja vista que, na maioria das vezes, esses delitos são cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunhas’.³⁴

Tendo explicitado ao menos três dos mecanismos básicos utilizados pelo direito processual para moldar institucionalmente a argumentação teórica, é relevante explicitar como funciona estruturalmente (do ponto de vista lógico) o raciocínio probatório. É possível afirmar que na lógica existem basicamente duas classes de inferência: inferências redutivas e ampliativas. Existe apenas um tipo

³² *In verbis*, CP: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”

³³ *In verbis*, CP: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

³⁴ Trecho fartamente reproduzido em decisões judiciais. Conferir “Pesquisa Pronta” STJ, tema: “Valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual”. Link: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&preConsultaPP=000004177%2F2> (Acesso em 01.10.2017).



de inferência redutiva e dois tipos de inferência ampliativa. O único tipo de inferência redutiva é a dedução. De acordo com Charles Sanders Peirce,³⁵ existem dois tipos independentes de inferências ampliativas: a indução e a abdução.

Na dedução, as “premissas já contém os termos que aparecem na conclusão e esta é informativamente mais fraca do que o conjunto das premissas”, e assim, limitam-se a “desdobrar e explicitar conteúdos nela implícitos”.³⁶ Se as premissas de uma dedução são verdadeiras, sua conclusão necessariamente será verdadeira, ou seja, a negação da conclusão de uma inferência dedutiva é impossível diante da veracidade das premissas. Por sua vez, segundo Juliano Maranhão, as inferências ampliativas “levam a conclusões com informações adicionais ou logicamente mais fortes (do ponto de vista dedutivo) do que aquelas contidas nas premissas”.³⁷

O fato do conjunto de premissas de uma inferência ampliativa ser verdadeiro não garante a veracidade da conclusão derivada, ou seja, “a negação da conclusão não é impossível diante das premissas, mas apenas improvável ou implausível”.³⁸ A dificuldade nas inferências ampliativas consiste em se analisar o grau de garantia epistêmica que tais inferências são capazes de proporcionar. Os dois tipos inferência ampliativa (indução e abdução) podem ser distinguidos conforme sua estrutura silogística. O quadro a seguir³⁹ sintetiza a estrutura das três formas de inferência:

³⁵ PEIRCE, Charles Sanders. **Collected papers of Charles Sanders Peirce**. Hartshorne, Weiss & Burks. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1935,1958.

³⁶ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 83.

³⁷ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.83.

³⁸ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.83.

³⁹ O quadro foi desenvolvido com base em MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.83.



Quadro 4: tipos de inferência.

Inferências	Ampliativas		
	Restritivas	Indução	Abdução
Regra: Todo A que é B, é C	Dedução	Conclusão	Premissa
Caso: A é B	Premissa	Premissa	Conclusão
Resultado: A é C	Conclusão	Premissa	Premissa

O que importa destacar aqui é que o raciocínio probatório na argumentação institucional feito para a justificação externa da premissa menor do silogismo deôntico pode ser reconstruído na forma estrutural de uma abdução. A inferência abdutiva foi inicialmente concebida “dentro de um processo de investigação científica no qual observações que geram surpresa demandam a formulação de hipóteses explicativas”.⁴⁰ Segundo Maranhão, a “inferência abdutiva aparece como uma alternativa para precisar essa relação [de coerência entre as proposições em uma teoria]: trata-se do ajuste mútuo de proposições para explicar um determinado conjunto de evidências.”⁴¹ Como aponta o autor, “tornou-se padrão estudar a inferência abdutiva na forma de «inferência à melhor explicação possível»” [abreviada aqui como IME].⁴²

Segundo Tiziana Cocchieri, podemos descrever a abdução da seguinte maneira:

⁴⁰ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.84.

⁴¹ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.85.

⁴² MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.85. Segundo Juliano Maranhão (**Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.85): “O nome ficou consagrado por HARMAN (1965) [«The inference to the best explanation». *Philosophical Review*, 14.]. Ver também JOSEPHSON (1994) [*Abductive Inference: Computation, Philosophy, Technology*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.]. Contra essa leitura e uma proposta de entender a abdução a partir de uma lógica de questões associadas a uma estratégia ver HINTIKKA (1999) [«What is Abduction? The Fundamental Problem of Contemporary Epistemology». *Inquiry as Inquiry: A Logic of Scientific Discovery. Selected Papers*, v. 5. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.]. Embora «melhor» em inferência à melhor explicação possível, induza a entender que a conclusão é unívoca, na verdade pode haver mais de uma explicação igualmente preferível como resultado e mesmo nenhuma das explicações pode alcançar nível mínimo de garantia epistêmica, ou seja. pode haver hipóteses igualmente boas ou nenhuma das hipóteses pode ser suficientemente boa.” Para maiores informações, consultar o verbete “abdução” em BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. **Enciclopédia de termos lógico-filosóficos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 18-20.



- . O fato surpreendente C é observado.
- . Se A (hipótese) fosse verdadeira, C se seguiria naturalmente.
- . Portanto, existe razão para suspeitar que A seja verdadeira.⁴³

Por exemplo, da observação de que a grama está molhada, infere-se que choveu, pois se sabe que a chuva molha a grama. Duas etapas devem ser distinguidas nesse processo mental: (i) um processo de formulação de hipóteses, de (ii) um processo de teste de hipóteses. Maranhão aponta que o próprio Peirce “já atentava para a parcimônia na primeira etapa, descartando-se hipóteses que, embora fossem capazes de explicar a observação, não teriam um mínimo de plausibilidade ou não poderiam ser testadas”.⁴⁴ Dessa diferenciação, decorre a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de confirmação na inferência abdutiva ou IME. Enquanto “a etapa de geração de hipóteses seria uma espécie de adivinhação, guiada pela intuição do cientista”, a segunda “envolveria um método de prova em que as hipóteses são contrastadas com um conjunto de observações”.⁴⁵ Assim sendo, a inferência abdutiva descreve a estrutura de um “procedimento de geração e seleção de hipóteses para explicar uma observação surpreendente, que leva a uma conclusão com grau aceitável de garantia epistêmica, dado um corpo de proposições já aceitas e um conjunto de evidências”.⁴⁶

A formulação padrão da inferência abdutiva (IME) tem a seguinte estrutura:⁴⁷

⁴³ COCCHIERI, Tiziana. “Conceito de Abdução: Modalidades de Raciocínio contidas no Sistema Lógico Peirceano”. In: **Clareira**: Revista de Filosofia da Região Amazônica, volume. 2, 2015, p. 89.

⁴⁴ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.84, 85.

⁴⁵ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.85. p.85.

⁴⁶ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.85. p.85.

⁴⁷ Essa estrutura lógica foi inicialmente desenvolvida dada por Willian Lycan (**Judgement and Justification**. New York: Cambridge University Press, 1998) e John e Susan Josephson (**Abductive Inference**: Computation, Philosophy, Technology. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1994). O quadro foi inspirado em MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. p.85, e SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. p.158.



Quadro 5: estrutura lógica da abdução (IME).

Contexto de descoberta	Contexto de descoberta + Contexto de confirmação
1. F é uma coleção de dados (fatos, observações).	1.F é uma coleção de dados (fatos, observações)
2.H explica F (se verdadeiro explicaria).	2.H explica F (se verdadeiro explicaria)
3.Nenhuma outra hipótese pode explicar F tão bem quanto H.	3.Nenhuma outra hipótese pode explicar F tão bem quanto H.
4.Logo, H é (provavelmente) verdadeiro.	4.Logo, H merece ser testado à luz de um conjunto G de fatos adicionais. 5.H explica G adequadamente. 6.H é (provavelmente) verdadeiro.

270

Este esquema representa apropriadamente o modo pelo qual raciocinamos quando pretendemos demonstrar a veracidade de um determinado evento f: “Consideramos os fatos mais evidentes, formulamos hipóteses preliminares e buscamos dados adicionais para confirmar se as hipóteses preliminares são as melhores possíveis”.⁴⁸ Assim sendo, em um processo judicial, se o juiz desejar que sua decisão esteja corretamente justificada (de modo mais preciso, que sua premissa menor esteja externamente justificada), ele precisará ‘reunir todos os fatos apresentados nas sucessivas etapas do processo sob o mesmo rol, dentro de uma mesma inferência abductiva concisa’.⁴⁹

Por certo, o juiz não realizará livremente essa reunião de fatos – pois, a argumentação teórica no direito possui caráter predominantemente institucional – mas listará em seu rol apenas os fatos que tenham sido corretamente produzidos segundo as regras e procedimentos estabelecidos pelo direito processual vigente (levando em conta as exclusões, o ônus probatório e o standard de prova, estabelecidos pelo legislador ou por julgados precedentes).

⁴⁸ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. p.158, 159.

⁴⁹ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. p.159.



4. Conclusão

Reconhecendo que a argumentação jurídica desempenha um papel de significativa relevância nos países adotam o Rule of Law, como o Brasil, é preciso que as decisões judiciais sejam fundamentadas argumentativamente e que seja possível reconstruir tal argumentação teoricamente de modo a considera-las justificadas. A indagação central deste trabalho foi a seguinte: como se dá o raciocínio judicial probatório? O objetivo do estudo foi analisar algumas categorias teóricas que são de ajuda na compreensão acerca de como o raciocínio judicial sobre provas jurídicas é levado a cabo na prática forense. Tratou-se de investigar algumas ferramentas conceituais desenvolvidas pela(s) teoria(s) da argumentação jurídica para se compreender como ocorre a determinação da veracidade da premissa menor (enunciado fático) do silogismo deôntico (justificação externa do enunciado fático).

O estudo foi composto de duas partes. No primeiro tópico, antes de adentrar propriamente na análise da questão proposta, apresentou-se algumas categorias fundamentais para uma boa compreensão da(s) teoria(s) da argumentação, por meio de cinco distinções necessárias: (1) teorias prescritivas da argumentação x teorias descritivas da argumentação; (2) contexto de descoberta x contexto de justificação; (3) justificação interna x justificação externa; (4) argumentação teórica e argumentação prática; e (5) argumentação substancial e argumentação institucional.

No segundo tópico, (a) as noções desenvolvidas no primeiro tópico são aplicadas: a partir da perspectiva de uma teoria da argumentação de caráter descritivo (1), explicitou-se como se dá o contexto de justificação (2) da justificação externa (3) da premissa menor do silogismo deôntico que reconstrói a decisão judicial, ressaltando que tal justificação se dá por meio de uma argumentação teórica (4) de caráter institucional (5). Em seguida, foram destacados três mecanismos utilizados pelo direito positivo para moldar institucionalmente a argumentação teórica (i. exclusões, ii. ônus probatório, e iii. standards de prova). Por fim, explicitou-se o modo inferencial pelo qual funciona



estruturalmente (do ponto de vista lógico) o raciocínio probatório, qual seja, a abdução ou inferência para a melhor explicação (IME): um tipo de inferência ampliativa composta de duas partes (contexto de descoberta e contexto de confirmação).

Com tal estudo, esperamos ter contribuído para o esclarecimento de um tema ainda pouco investigado na literatura jurídica nacional e que figura como parte importante de uma teoria descritiva da argumentação jurídica.



5. Referências

AGUILÓ REGLA, Josep. "Presunciones, verdad y normas procesales". In: **Isegoría**, 35, 2006, pp. 9- 31;

ALLEN, Ronald. "Factual ambiguity and a theory of evidence". In: **Northwestern University Law Review**, 88, 1994. pp.604-640;

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003;

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013;

BENTHAM, Jeremy. **Rationale of judicial evidence**: specially applied to english practice. London: Hunt and Clarke, 1827;

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. **Enciclopédia de termos lógico-filosóficos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

COCCHIERI, Tiziana. "Conceito de Abdução: Modalidades de Raciocínio contidas no Sistema Lógico Peirceano". In: **Clareira**: Revista de Filosofia da Região Amazônica, volume. 2, p. 75 - 92, 2015. Disponível em: <http://migre.me/tBVEs>. Consultado em: 31.08.2016;

DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority**. New Haven-London: Yale University Press, 1991;

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007;

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005;

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009;

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de las pruebas. Madrid: Marcial Pons, 2004;

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. "Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos". In: **Questio facti**: ensayos sobre prueba, causalidad y acción. México: Fontamara, 2013, pp. 75-85;

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. "Presunción de Inocencia, verdad y objetividad". In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl. **Prueba y**



razonamiento probatorio en el derecho: debates sobre abducción. Granada: Comares, 2014, pp. 83-117;

HARMAN, Gilbert. "The Inference to the Best Explanation". In: **The Philosophical Review**, nº 74, 1965;

HINTIKKA, Jaakko. "What is Abduction? The Fundamental Problem of Contemporary Epistemology". In: **Inquiry as Inquiry: A Logic of Scientific Discovery**. Selected Papers, v. 5. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers, 1999, 91-113;

JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G. (eds.). **Abductive Inference: Computation, Philosophy, Technology**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1994.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Edição. Trad.: Manuela Pinto e Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001;

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 1º Edição Bilingue. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013;

LYCAN, William G. **Judgement and Justification**. New York: Cambridge University Press, 1998.

MACCORMICK, Neil. "Argumentation and interpretation in Law". In: **Ratio Juris**, 6, 1993. pp.16-29;

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. "As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos". In: CUNHA, José Eduardo. (Org.). **Epistemologias críticas do direito**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. , pp. 209-239.

MARANHÃO, Juliano. **Estudos sobre lógica e direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013;

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012;



MENDONCA, Daniel. "Presunciones". In: **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21, 1998, pp. 83-98;

PARDO, Michael. "The field of evidence and the field of knowledge". In: **Law and Philosophy**, 24, 2005. pp. 321-392;

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected papers of Charles Sanders Peirce**. Hartshorne, Weiss & Burks. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1935,1958;

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. "The three faces of defeasibility in the law". In: **Ratio Juris**, 17, 2004. p. 118-139;

REICHENBACH, Hans. [1951] **The rise of scientific philosophy**. Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1968.

SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003;

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

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**: nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992;

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

TWINING, William. [1990] **Rethinking Evidence**: Exploratory Essays. 2ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006;

WIGMORE, John. **A treatise on the anglo-american system of evidence and trial at Common-Law**. Boston: Little Brown & Co. 1907;

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Legal decision and its justification". In: **Le raisonnement juridique**; actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (HUBIEN, H., org.). Bruxelas, págs. 409-19, 1971;

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Legal syllogism and rationality of judicial decision". In: **Rechtstheorie**, núm. 5, 1974, págs. 33-46.

