

O VIÉS CONFIRMATÓRIO NO ARGUMENTO PROBATÓRIO E SUA ANÁLISE ATRAVÉS DA INFERÊNCIA PARA MELHOR EXPLICAÇÃO: O AFASTAMENTO DO DECISIONISMO NO PROCESSO PENAL

THE CONFIRMATORY BIAS IN THE PROBATIVE ARGUMENT AND ITS ANALYSIS THROUGH THE INFERENCE TO THE BEST EXPLANATION

BENJAMIN MIRANDA TABAK*

JULIO CESAR AGUIAR**

RICARDO PERIN NARDI***

RESUMO: O julgador, como ser inserido no seio da sociedade encontra-se sujeito aos mais variados tipos de crenças, sentimentos, paixões etc. Além disso, seu raciocínio pode encontrar-se sujeito a diversos desvios cognitivos. Um deles é o viés da confirmação, segundo o qual o indivíduo adota determinada decisão de acordo com as crenças que possui ou naquilo que quer acreditar. No presente artigo, o foco recai na análise do viés da confirmação sobre o argumento probatório, quando o julgador adota determinada decisão de acordo com aquilo que acredita, adotando como razão de decidir o conjunto de evidências que vai

ABSTRACT: *The judge, as a being inserted within society is subject to the most varied types of beliefs, feelings, passions, and so on. In addition, his reasoning may be subject to various cognitive deviations. One is the confirmation bias, according to which the individual adopts a particular decision according to the beliefs he possesses or what he wants to believe. In the present article, the focus is on the analysis of the bias of confirmation over the probative argument, when the judge adopts a decision according to what he believes, adopting as a reason to decide the set of evidence that meets these*

* Doutor pela Universidade de Brasília (2000). Atualmente é professor do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília e Consultor Legislativo do Senado Federal. Pesquisador 1c do CNPq. O autor agradece o apoio financeiro do CNPq.

E-mail: benjaminm.tabak@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e *PhD in Law* pela *University of Aberdeen*, UK. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

E-mail: julio.aguiar@ucb.br.

*** Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Procurador da República.

E-mail: ricardopn@mpf.mp.br.

ao encontro dessas crenças, dispensando as que apontam em sentido diverso sem a devida justificação. Entende-se que nesse caso a inferência para a melhor explicação, base da moderna teoria probatória denominada explanacionismo, possibilita o afastamento desse viés, uma vez que a hipótese escolhida como sendo a melhor explicação para o conjunto de evidências produzido é sujeito a diversos testes, garantindo a probabilidade de sua veracidade.

PALAVRAS-CHAVE: viés confirmatório. Argumento probatório. Inferência para a melhor explicação. Explanacionismo. Processo penal.

beliefs, dispensing with those that point in a different direction without due justification. It is understood that in this case the inference to the best explanation, the basis of modern probative theory called inference to the best explanation, allows the removal of this bias, since the hypothesis chosen as the best explanation for the set of evidences produced is subject to several tests, guaranteeing the probability of its veracity.

KEYWORDS: *Confirmatory bias. Probative argument. Inference for the best explanation. Inference to the best explanation. Criminal proceedings.*

1 INTRODUÇÃO

O ser humano a todo momento é colocado em posição de decidir, de ter que escolher entre caminhos que se abrem, seja no tocante a decisões cujas consequências são imediatas seja no que se refere a decisões cujas consequências mostram-se nebulosas em razão da distância temporal desde o agir. Desde pequenos questionamentos, como quanto devo economizar de minha mesada para adquirir determinado bem que está na moda entre os colegas de minha escola, até decisões complexas que podem alterar nossas vidas, como, por exemplo, quando desejo me aposentar e quanto almejo receber nesse período final de minha vida.

Para a teoria econômica clássica, a qual encontra sua principal expoente na teoria da utilidade esperada, o indivíduo faz essas escolhas de forma racional.¹ O ser humano, ao agir, sempre busca a maximização dos resultados almejados, empregando os métodos mais apropriados para tanto, sem que propensões psicológicas possam afetar significativamente essas escolhas.

Entretanto, essa racionalidade excessiva levou alguns estudiosos a questionar sua incidência sobre a decisão que é adotada no cotidiano.²

1 HOLLIS, 1977.

2 JOLLS, 1998.

Estudos empíricos realizados principalmente no campo da neurociência, neolinguística, análise econômico comportamental do direito, economia comportamental, passaram a demonstrar que essas decisões, na verdade, não são adotadas com base na tão propalada racionalidade, ou pelo menos, não em sua maior parte. Essas decisões, sejam elas quais forem, não são isentas. Muito pelo contrário, são recheadas de emoções, crenças, sentimentos e conhecimento que nos acompanham desde o primeiro dia de nossas vidas até seu findar.

Kahneman³ e Tverski, com base nos ensinamentos dos psicólogos Keith Stanovich e Richard West, desenvolveram a teoria do prospecto, um modelo alternativo de decisão sob risco. Segundo essa teoria, existem dois modos de pensamento, de sistema decisório: um rápido, que opera com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário (chamado Sistema 1), e outro devagar, que se atine a atividades mentais com maior grau de complexidade (denominado Sistema 2).

Descobriu-se que o pensamento humano, principalmente o envolvido no sistema 1, encontra-se recheado de vieses cognitivos das mais variadas formas. Nele o ser humano realiza julgamentos de forma mais natural ou intuitiva, deixando a racionalidade de lado. Por esse motivo, tais julgamentos estão sujeitos a falhas, defeitos cognitivos. Viés da confirmação, falsa coerência, aversão a perda, viés do “status quo”, viés do enquadramento, otimismo excessivo e viés do presente são alguns exemplos de vieses cognitivos e heurísticas presentes no campo da hermenêutica jurídica e, conseqüentemente, na teoria da decisão judicial.⁴

O magistrado encontra-se, a todo momento no exercício de sua função, diante de decisões a tomar. Conquanto nem sempre tão complexas sob a ótica jurídica sejam suas decisões, no campo penal ela pode por vezes acarretar a restrição da liberdade do acusado, o que por si só demonstra a importância de sua correta elaboração.

3 KAHNEMAN, 2011.

4 FREITAS, 2013, p. 223-244.

Na análise do argumento probatório, que justifica a sentença penal, goza o juiz da livre convicção para proferir sua decisão, devendo expor os motivos que o levaram a determinada conclusão. Inegável que o princípio do livre convencimento motivado mostra-se um avanço ao processo como um todo, indo ao encontro dos fundamentos do devido processo legal em sua faceta substancial e adotado em grande parte dos países democráticos em que um dos fundamentos é o respeito aos direitos e garantias fundamentais do humano. Por outro lado, justamente nessa inferência entre o argumento probatório e a determinação dos fatos exposta na sentença, que deve ser preenchida com a motivação do julgador, poderá ser aberta uma janela para os mais diversos desvios cognitivos. E, a motivação da decisão sob um desses vieses, por consequência, levará ao proferimento de uma decisão judicial também enviesada, frustrando a legitimidade do Poder Judiciário.

Um dos vieses que mais se destaca nesse contexto, e será o que abordaremos no decorrer do texto, é o viés confirmatório ou viés da confirmação. O viés da confirmação “*é a tendência de prestar atenção em informações que suportam o que a pessoa acredita ou quer acreditar*”.⁵ Nickerson⁶ afirma que o viés a confirmação é um dos mais problemáticos aspectos do raciocínio humano.

No campo processual, especificamente no campo probatório, esse viés pode levar o julgador, diante do conjunto de evidências produzido, a adotar somente algumas que suportam sua crença e, a partir deles, proferir a decisão almejada. Ou então, poderá conceder à norma uma interpretação justamente nesse sentido enviesado. Não é necessário grande esforço intelectual para perceber que o emprego desse viés acarreta sentenças enviesadas, ou seja, sentenças de acordo com as convicções íntimas do julgador, que não revelam a verdade dos fatos, muito menos encontram ressonância no ordenamento jurídico vigente. Na verdade, vislumbra-se que o julgador, em primeiro lugar, escolha a hipótese que melhor se adapta

5 Harvard Law Review: Volume 127, Number 3 - January 2014 – tradução livre do autor.

6 Nickerson, 1998, p. 175–220.

às suas crenças para, em seguida, escolher os elementos probatórios que a justifique.

O Direito, como ciência que deve estar sempre de acordo com a contemporaneidade, não pode fechar os olhos para essa questão, que não se coaduna com qualquer um dos fins proposto a ciência jurídica. Imperioso o enfrentamento dessa questão, sob a ótica jurídica, a fim de conceder ao processo judicial e à decisão dele decorrente a legitimidade e legalidade que se espera dos atos emanados pelos representantes do Estado.

Abordar a questão e conformá-la aos valores da nossa sociedade insculpidos na Constituição Federal torna-se essencial para evitar um decisionismo,⁷ ou seja, a tomada de decisão pelo julgador de acordo com suas próprias convicções, sem o respeito aos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

No decorrer do texto, explicaremos que o problema passa pela análise do argumento probatório, principalmente pela inferência a ser adotada em sua análise. Nesse contexto, sobressai-se a inferência para a melhor explicação como o melhor método para análise do argumento probatório, o qual evita ao máximo essa interferência indevida de vieses considerando que a hipótese escolhida como a melhor deve ser aquela que justifica o conjunto probatório produzido como um todo.

2 LIVRE CONVICÇÃO DO JULGADOR NA ANÁLISE DA PROVA E O VIÉS CONFIRMATÓRIO

Com as revoluções sociais ocorridas principalmente nos séculos XVII e XVIII, destacando a Revolução Francesa, buscou-se ao máximo evitar, por intermédio de limitações legais, o constante e prolongado abuso do Poder Estatal, que se manifestava em várias frentes. Vários paradigmas foram superados, com mudanças significativas em diversas áreas, sendo uma das principais ocorrida no âmbito do Direito, principalmente em razão do Poder Judiciário ser um dos instrumentos dessa opressão estatal. Os magistrados não possuíam nenhuma autonomia, sendo, na verdade, meros

7 LOPES JR., 2015, p. 874.

aplicadores da vontade do soberano nos tribunais. Não à toa foi um dos poderes estatais que mais sofreu modificações após essas revoltas populares.

Uma das principais alterações deu-se no campo da valoração da prova produzida: passou-se para o sistema da prova legal ou tarifada, no qual, basicamente, eram atribuídos valores predeterminados às provas, cabendo ao magistrado, *grosso modo*, um trabalho aritmético na análise probatória. A decisão era proferida após a somatória das provas produzidas, que eram tarifadas e hierarquizadas pelo legislador, sem que o julgador pudesse fazer nenhum juízo de valor a respeito dos fatos colocados sob disputa. Nessa época a confissão adquiriu a alcunha de “rainha das provas”.

Diante das graves incongruências que esse sistema possuía, uma vez que não se atentava as peculiaridades do caso concreto na valoração da prova, surgiu o modelo da íntima convicção. Como o próprio nome indica, “*o juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação da prova*”.⁸ O julgador decidia de acordo com sua íntima convicção, sem nenhuma necessidade de apontar as razões que determinaram seu convencimento. Diante de tamanha discricionariedade atribuída ao julgador, esse sistema também não se sustentou.

Com a evolução do Estado e de suas instituições, que amadureceram com o regime democrático que vigora em grande parte das nações, o sistema da íntima convicção foi aos poucos sendo substituído pelo sistema do livre convencimento motivado. Esse sistema encontra-se atualmente incorporado em nosso ordenamento pátrio, especificamente na seara criminal no artigo 155 do Código de Processo Penal. Sobre esse sistema, discorre Pacelli:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. (...).

8 LOPES JR., 2015, p. 377.

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base na argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas⁹.

Com a adoção desse sistema, a teoria da argumentação ganhou espaço de destaque no universo jurídico. O julgador não mais empregava as regras taxativas previstas na legislação para valorar as provas existentes, as quais eram repletas de lacunas e inconsistências, incoerentes com o complexo sistema de liberdade e garantias fundamentais que começava a ganhar corpo em diversas partes do mundo. Além disso, não dispunha de tamanha discricionariedade na avaliação do conjunto probatório, que permitia decidir de acordo com sua livre consciência. Doravante, seria necessário analisar todo o conjunto de evidências produzido e, mediante um processo argumentativo e com base nos critérios legais de avaliação de prova, chegar à conclusão decorrente desse raciocínio, mediante a exposição dos passos argumentativos.

Entretanto, se por um lado essa nova sistemática mostra-se de acordo com o regime de direitos e garantias fundamentais do ser humano, por outro, o caminho percorrido entre as evidências e a decisão nem sempre se mostra claro o suficiente. Essa lacuna foi percebida por Baltazar Jr.:

Abandonado o sistema da prova legal, que tinha por fim diminuir os poderes do julgador, ganha-se na possibilidade de melhor apreender todas as nuances da problemática da aplicação judicial do direito, com o entrelaçamento das questões de fato e direito, mas perde-se em segurança, na medida em que nem sempre fica claro o caminho percorrido pelo julgador para adotar uma versão dos fatos.¹⁰

Justamente nesse caminho entendemos que há o risco da presença de desvios cognitivos. Essa janela argumentativa que se abre para que o juiz decida implica na possibilidade do ingresso de

9 OLIVEIRA, 2013, p. 338.

10 BALTAZAR JR., 2007, p. 164.

vieses e heurísticas em seu raciocínio argumentativo, os quais, por consequência, acabam refletindo e maculando a sentença proferida. Um desses vieses, e que será abordado nesse trabalho, é o viés confirmatório ou viés da confirmação.

Conforme mencionado, o juiz nada mais é do que um indivíduo imerso no seio da sociedade, com anseios, crenças, aflições, dotado de um cargo de alto grau de importância, considerando que decide a respeito de interesses e bens das pessoas. No processo penal como dito essa missão torna-se ainda mais relevante, vez que sua decisão diz respeito ao inestimável direito de liberdade. Inserido nesse contexto social, também está sujeito aos sistemas 1 e 2 difundidos por Kahneman e Tverski, e também aos desfeitos cognitivos referentes ao sistema 1.

Sendo assim, a propalada neutralidade judicial não passa de um mito, que deve ser estudado e compreendido para que a arbitrariedade não impere no contexto judicial. A esse respeito, discorre Lopes Jr.:

É claro que o juiz é um ser-no-mundo, logo, sua compreensão sobre o caso penal (e a incidência da norma) é resultado de toda uma imensa complexidade que envolve os fatores subjetivos que afetam a sua própria percepção do mundo. Não existe possibilidade de um ponto zero de compreensão, diante da gama de valores, preconceitos, estigmas, “pré-juízos”, aspectos subjetivos etc., que concorre no ato de julgar, logo, sentir e eleger significados.¹¹

O viés da confirmação nada mais é do que um desvio cognitivo presente no indivíduo que o levar a adotar as informações que confirmem suas crenças. Conforme disserta Kahneman a respeito do viés de confirmação:

(...) as operações da memória associativa contribuem para um viés de confirmação (confirmation bias) geral. (...) pessoas (e os cientistas, muitas vezes) buscam dados que tenham maior probabilidade de se mostrarem compatíveis com as crenças que possuem no momento. O viés confirmatório do Sistema 1 favorece a aceitação acrítica de sugestões o exagero da probabilidade de eventos extremos e improváveis¹².

11 LOPES JR., 2015, p. 873.

12 KAHNEMAN, 2011, p. 92.

Exemplo trivial desse viés é o fato de a esposa, ao ver o marido retornar de uma partida de futebol machucado, afirmar para ele que já o havia alertado que futebol é um jogo perigoso.

Em uma sentença judicial, como ato decisório qualquer, tão somente revestido pelas normas de direito material e processual, a presença do desvio cognitivo do viés confirmatório também se faz presente. WALLACE, em sua tese de doutorado apresentada na Universidade de Walden, em Minneapolis, Estados Unidos, denominada “*The Effect of Confirmation Bias on Criminal Investigative Decision Making*”, elenca três hipóteses em que o viés confirmatório poderá emergir. A primeira encontra-se na tendência de somente procurar a evidência que suporta a teoria ou hipótese. A segunda manifesta-se na rejeição de evidências que não confirmam a crença. E, por fim, seria a tendência de reconstituir uma evidência vaga ou ambígua de tal maneira que ela suporta a evidência inicial¹³.

A respeito do viés da confirmação e sua implicação na decisão judicial, também discorre o professor Freitas.¹⁴

(a) o viés da confirmação [nota de rodapé suprimida do original] a predisposição de optar por dados e informações que tão somente confirmem as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo. Ocorre, por exemplo, quando o intérprete, notadamente se fatigado ou estressado, fixa uma inclinação inicial e seleciona apenas as provas e os argumentos que confirmem essa crença, afastando tudo aquilo que se colocar em dissonância. Desnecessário dizer que a crença prévia pode estar rotundamente errada, inclusive pela escassez de dados disponíveis. O cérebro, ao pretender confirmar a qualquer custo, funciona rápido demais e se fecha a opções distintas.

Podemos observar que o viés confirmatório, mesmo no campo específico do processo judicial, poderá incidir em várias frentes. O presente artigo focará tão somente no presente defeito cognitivo referente à análise do conjunto probatório produzido. Superado estão eventuais vieses relacionados à produção probatória. Parte-se do pressuposto que a atividade probatória foi realizada

13 WALLACE, 2015.

14 FREITAS, 2013, p. 233.

de maneira isenta, cabendo a análise do caminhar percorrido pelo julgador entre o argumento probatório e a conclusão dele decorrente se enviesado ou não.

4 A INFERÊNCIA PARA MELHOR EXPLICAÇÃO COMO MÉTODO DE ANÁLISE DO ARGUMENTO PROBATÓRIO

Inferência, segundo o dicionário de filosofia de Oxford, cuida-se “*do processo de mudança de aceitação (possivelmente provisória) de algumas proposições, para aceitação de outras*”.¹⁵

Admite-se, também com o consenso que o problema permite, a presença de quatro tipos de inferências: dedução, indução em sentido estrito, analogia e abdução ou inferência para melhor explicação. As três últimas são tratadas como indução em sentido amplo, considerando que se trata de inferências ampliativas.

Transportado o conceito para o processo penal, a inferência pode ser qualificada como o processo que guiará o julgador das evidências e do conhecimento de mundo, que atuam como o suporte para o conhecimento da verdade, para a transmissão do conhecimento, até a determinação dos fatos na sentença. Servirá como norte para o julgador conhecer dos fatos passados objeto de disputa do processo.

Muito se discute a respeito de qual o método empregado no argumento probatório, se dedutivo ou indutivo em sentido amplo.

Em que pese a discussão existente, com base nos ensinamentos de Dallagnol,¹⁶ afasta-se desde já a dedução, evitando um alongamento desnecessário. O objeto do processo penal é a busca da verdade no tocante a fatos pretéritos com base em evidências. E essa busca não é possível com base em argumentos dedutivos, que não ampliam o conhecimento, fato esse imprescindível ao processo que levará o julgador, a partir da evidência, a concluir de determinada forma¹⁷.

15 BLACKBURN, 2016.

16 DALLAGNOL, 2015.

17 “(...) qualquer tentativa de capturar o passado a partir de evidência presente envolve

Com base nos ensinamentos de Amaya,¹⁸ Lipton,¹⁹ Pardo e Allen,²⁰ adota-se a inferência para melhor explicação como o método que melhor se encaixa na análise do argumento probatório, conferindo uma maior exatidão à conclusão dele extraída.

A inferência para a melhor explicação foi destacada como inferência autônoma por Charles Sanders Peirce, o qual a denominou empregando o termo “abdução”, sendo Gilbert Harman o responsável pela criação da expressão “inferência para a melhor explicação”.²¹

Josephson *et al*, afirma que a inferência para a melhor explicação “é uma forma de inferência que vai de dados descrevendo algo para uma hipótese que melhor explica ou dá conta dos dados”.²² Dallagnol, por sua vez, assevera que “a IME [inferência para melhor explicação] conduz à conclusão de que uma dada hipótese é (provavelmente) verdadeira pelo fato de que ela é aquela que melhor explica a evidência. Chega-se à conclusão de que foi o gato que arranhou o sofá nova (hipótese), por vê-lo, com suas garras afiadas, sobre o sofá cujo tecido está estilhaçado (evidência), e pelo fato de ser tal hipótese aquela que, dentro das circunstâncias, melhor explica a evidência”.²³

A inferência para a melhor explicação é a base para o explanacionismo, uma das mais modernas teorias probatórias atualmente existente. Segundo ela, se “E é evidência para a hipótese H”, então H explica E.

O primeiro detalhe que salta aos olhos com a análise dessa teoria é o fato de que a relação explanatória foge do lugar-comum

raciocínio indutivo. Não é possível raciocinar sobre provas acerca do passado (ao menos no que toca ao mundo exterior) sem tomar por base a experiência e, aqui, estamos no terreno da indução”. (DALLAGNOL, 2015, p. 44).

18 AMAYA, 2009.

19 LIPTON, 2004.

20 PARDO; ALLEN, 2008.

21 Apud DALLAGNOL, p. 112-113.

22 JOSEPHSON, 1994.

23 DALLAGNOL, 2015, p. 76.

quando se pensa no binômio evidência-hipótese. Isto porque, sempre que se aborda esse tema, nos vem à mente que a prova justifica a conclusão, ou seja, que partimos da evidência para a hipótese.

Na relação explanatória, a hipótese explica o conjunto de evidências produzido durante a persecução penal. Há, na verdade, uma simbiose entre a relação probatória e relação explanatória, considerando que, na primeira, a evidência justifica a hipótese, ao passo que, na segunda, a hipótese explica a evidência. No linguajar de Lipton, há uma circularidade benigna.²⁴

Decompondo a inferência para a melhor explicação, podemos destacar, em primeiro lugar, o conceito de explicação. Os debates são intensos no campo filosófico a respeito do que seja explicação. Em razão da profundidade autorizada nesse artigo, adotaremos o conceito de Lipton sobre o que seja explicação, em razão da singeleza e, ao mesmo tempo, densidade das palavras do autor na conceituação da expressão. Lipton defende o modelo causal de explicação, segundo o qual “*explicar um fenômeno é simplesmente dar informação sobre sua história causal (Lewis 1986) ou, onde o fenômeno é ele mesmo uma regularidade causal, explicá-lo é dar informação sobre o mecanismo ligando causa e efeito*”.²⁵ O autor coloca a causalidade com o centro do conceito em questão.

Com relação ao modelo causal de explicação, importante as palavras de Dallagnol a respeito da necessidade de um limite para impedir a causalidade infinita:

(...) Lipton desenvolveu uma sofisticada teoria que tem sido considerada uma excelente abordagem do problema [nota de rodapé suprimida do original]. Segundo o autor, escolher uma explicação é uma matéria de interesse, e esse interesse pode ser interpretado mediante a seleção de uma questão de contraste, mesmo quando ela está apenas implícita. Questões do tipo ‘por quê?’ não lidam apenas com um fato, mas com um fato e seu contraste ou antítese, e podem ser lidas como ‘por que isso ao invés daquilo?’.

24 LIPTON, 2004.

25 Ibidem, p. 30.

A análise fato-contraste é o mecanismo central para selecionar uma causa adequada para uma questão ‘por quê?’ [nota de rodapé suprimida do original] e soluciona o possível problema de haver muitas possíveis explicações para alguns dados. Segundo Lipton, uma vez identificado ou escolhido o contraste para um fato, a explicação será alguma causa que aparece na história causal do fato (ou do contraste) e não na história causal do contraste (ou do fato), isto é, algo que é capaz de explicar por que o efeito existe em um caso e não no outro [nota de rodapé suprimida do original]”.²⁶

Além disso, importante abordar a questão da subdeterminação das teorias ou hipóteses pelos fatos, um dos pontos críticos da inferência para a melhor explicação. Conforme podemos observar, para determinado fato (evidência) é possível encontrar um número expressivamente grande de explicações a seu respeito, o que, em tese, inviabilizaria a análise de qual é a hipótese que explica, em concreto, o conjunto de evidências produzidos. Buscando solucionar esse impasse, Dallagnol, com base nos ensinamentos de Brewer e Lipton, argumenta que é necessário o emprego de um filtro, com base no conhecimento de mundo²⁷ que dispomos. Discorre o autor: “a seleção das hipóteses potenciais como candidatos segue uma análise de sua coerência com nossas crenças de fundo”.²⁸

Selecionadas as hipóteses mais plausíveis diante do conjunto probatório produzido, passa-se à definição do que seja “melhor hipótese”, tema deveras polêmico. Mais uma vez, em razão da limitação espacial deste artigo, busca-se enfatizar a teoria que melhor define a expressão em comento. Essa teoria, pautada em

26 DALLAGNOL, 2015, p. 119.

27 Conhecimento de mundo ou de fundo, como o próprio nome traduz, é o conhecimento que adquirimos ao longo de nossas vidas a respeito das questões do mundo, sejam elas especializadas, como o conhecimento de um economista a respeito do mercado de capitais, sejam elas triviais, como o conhecimento de que colocar a mão em uma panela quente acarretará queimaduras. O conhecimento de mundo é importantíssimo para o argumento probatório, uma vez que, sendo ele uma relação de crenças, somente será possível inferir determinada conclusão a partir de um fato caso eu conheça que determinado fato é consequência de outro. Por exemplo, somente saberei se determinada pessoa foi assassinada se eu souber que o projétil de arma de fogo pode acarretar a morte de alguém.

28 Ibidem, p. 121.

Thagard e Lipton, defende que se pode definir a “melhor hipótese” por intermédio da conjugação de diversos fatores como consiliência, simplicidade, analogia, coerência, mecanismo e conhecimento de mundo.

E a força do argumento explanatório, segundo Josephson, depende da análise dos seguintes pontos:

- (1) Quão decisivamente a primeira hipótese supera as alternativas;
- (2) Quão boa a hipótese é por si mesma, independentemente das alternativas;
- (3) Quão completa foi a busca por explicações alternativas;
- (...)
- (4) Quão forte é a necessidade de se chegar a uma conclusão, especialmente considerando a possibilidade de se colher evidência adicional antes de decidir; e
- (5) Os custos de se estar enganado e as recompensas de se estar certo”.²⁹

Uma das principais vantagens do modelo explanacionista, fundado como visto na inferência para a melhor explicação, é que sua lógica de raciocínio, por ser inversa ao que se está habituado no campo probatório, partindo da hipótese para a evidência, implica no fato de o que é pesado é a hipótese ou o conjunto probatório por inteiro. Ou seja, na análise do caso concreto a força que deve ser analisada é da hipótese e não de determinada prova isolada. Conforme bem explica Dallagnol:

Como vimos, ‘prova’ é um caminho colocado sobre uma proposição que ostenta uma relação com outra proposição. Nessa relação, a primeira é a razão para crer na última. “Prova”, assim, é o nome dado em razão da existência de uma relação, a qual pode ser chamada de relação probatória. De acordo com essa visão relacional, é possível dizer que uma dada prova é forte quando ela suporta fortemente uma crença, e que ela é fraca quando ela suporta debilmente uma crença. Contudo, a formação de uma crença não toma em conta apenas uma prova específica, mas toda a prova que está disponível ao sujeito.

Assim, o impacto relacional de uma dada prova em uma crença não é determinado apenas por aquela prova, mas por um complexo corpo de evidências. Daí segue que é possível asseverar que o que é pesado, na realidade, é a evidência completa acessível a um sujeito (em relação

29 Ibidem, p. 129.

a uma dada hipótese) ou a hipótese em si mesma (porque o peso desta é o peso daquela). É indiferente para esta análise se as outras provas do conjunto probatório completo são colocadas sob a categoria de conhecimento de fundo ou se as outras provas e o conhecimento de fundo são considerados separadamente, desde que se considerem ambos como parte da prova global disponível a um sujeito.³⁰

Tal circunstância garante que a hipótese escolhida deverá ser enfrentada diante de todo o conjunto probatório produzido, cabendo ao julgador abordar as evidências que apontam em sentido diverso.

5 A IME COMO PROCESSO DINÂMICO E A SUPERAÇÃO DO VIÉS DA CONFIRMAÇÃO NO ARGUMENTO PROBATÓRIO.

A inferência para melhor explicação se destaca por ser um guia dinâmico na colheita de provas. Com base nela, é possível guiar o procedimento de colheita de evidências, gerando hipóteses explanatórias, formulando previsões baseadas nas hipóteses e, o mais importante, realizando testes das previsões formuladas.

O processo de colheita de evidências não se desenvolve de maneira linear. Da mesma forma, o processo de formulação de hipóteses. A partir da descoberta de um crime, algumas hipóteses são formuladas. Com o caminhar da investigação, e a colheita de novos elementos de prova, algumas hipóteses são descartadas e outras, eventualmente, poderão surgir. Esse processo de idas e vindas perdura até o momento em que não é possível a colheita de outras evidências (seja em razão do decurso do tempo, da falta de estrutura dos responsáveis pela investigação ou até mesmo pela dificuldade na localização de determinada evidência).

Recorremos a um exemplo para clarear essa descrição. Suponha que o corpo de um indivíduo é encontrado em um rio. Em um primeiro momento, diante da evidência (corpo), surgem três hipóteses. A primeira, de que o indivíduo foi morto por um terceiro. A segunda, de que teria ele mesmo se matado. E a terceira, de que

30 *Ibidem*, p. 140-141.

sua morte teria ocorrido acidentalmente por afogamento. Após a realização de exame pericial, descobre-se que sua morte decorreu de uma pancada que sofreu na cabeça. A partir dessa nova evidência, afasta-se a hipótese de que teria morrido afogado. Continuando na investigação, uma testemunha relatou que viu o momento em que o motorista perdeu a direção do seu veículo e caiu com seu carro no rio. Novas hipóteses surgirão, inclusive no sentido de verificar a veracidade do depoimento prestado pela testemunha. E assim sucessivamente, até o ponto em que a investigação não terá mais condições de caminhar.

Discorrendo sobre esse caráter dinâmico do IME, Dallagnol afirma:

(...) dentro da perspectiva dinâmica, é possível observar o desdobramento, dentro do processo inferencial, de muitas atividades que incluem a formulação de hipóteses, a formulação de predições com base nas hipóteses, o teste das predições, a reformulação de hipóteses, a formulação de novas predições, a realização de novos testes e assim por diante.³¹

Esse processo de formulação de hipóteses e predições e seus respectivos testes é conduzido segundo um princípio de parcimônia. A formulação de todas as hipóteses se pauta nas evidências colhidas e em outras hipóteses anteriormente formuladas. Sendo essa formulação decorrente de combinações desses fatores, que se interagem mediante cálculos condicionais, a quantidade de hipóteses resultantes pode superar a barreira dos milhões. Por essa razão deve-se escolher aquelas que otimizarão o tempo e a energia empregados, com o objetivo de alcançar os resultados de modo eficiente.

No exemplo mencionado do corpo boiando no rio, conquanto uma testemunha relate que viu extraterrestres afogando o indivíduo no rio até sua morte, essa hipótese, dada sua ausência de coerência e plausibilidade, não será testada pelos investigadores, economizando tempo e recurso com a otimização do trabalho.

Justamente esse teste de hipóteses é o que garante a superação ou, no mínimo, uma redução significativa do viés de confirmação

31 *Ibidem*, p. 131.

na decisão proferida. Consiste em regra dos filósofos das ciências que as hipóteses apresentadas devem ser testadas pelos cientistas buscando refutá-las. Somente dessa forma será possível averiguar seu grau probabilidade. Ou, segundo Popper:³²

Ao invés de discutir a ‘probabilidade’ de uma hipótese, toca-nos a tarefa de averiguar que testes, que críticas essa hipótese conseguiu superar; cabe-nos tentar averiguar até que ponto a hipótese mostrou-se capaz de manter-se incólume, resistindo aos testes a que foi submetida. Em resumo, cabe-nos averiguar até que ponto ela foi ‘corroborada’.

Sendo assim, os testes das hipóteses apresentadas e admitidas como plausíveis durante o processo penal garantem que a hipótese escolhida ao final, e expressada na sentença, será aquela que foi corroborada pelo conjunto de evidências produzido, distanciando-se de eventuais vieses que o julgador possua, principalmente o viés da confirmação.

6 CONCLUSÕES

Em primeiro lugar, restou claro que o julgador, como indivíduo inserido no seio da sociedade, está sujeito a emoções, crenças, sentimentos que todos os demais indivíduos suportam. Tudo isso, inevitavelmente, reflete em sua atividade, na tomada de decisões que faz parte de sua rotina.

O grande problema é que o julgador, por vezes, utiliza-se do denominado Sistema 1 de pensamento, no qual o ser humano raciocina de forma mais natural e intuitiva, deixando a racionalidade de lado. Por essa razão, seu raciocínio encontra-se impregnado de vieses e heurísticas, dos mais variados conteúdos.

Um desses vieses é o viés da confirmação ou viés confirmatório, considerado um dos mais problemáticos do raciocínio humano. Segundo esse viés, o indivíduo ao adotar decisões pauta-se nas suas crenças, focando em elementos que justifiquem a decisão nesse sentido. De igual forma o julgador. Como sujeito com crenças, ao decidir determinado caso, adotará os elementos probatórios que vão

32 POPPER, 2011, p. 275.

ao encontro da decisão que se encontra em consonância com aquilo que acredita ou deseja acreditar, deixando de lado as evidências que apontam em sentido diverso.

No presente artigo, analisa-se a questão relacionada ao viés da confirmação na análise do argumento probatório pelo julgador. Diante de um conjunto de evidências produzido de acordo com as regras processuais e materiais, e isento de vieses e heurísticas, coube analisar os recursos disponíveis para evitar que o julgador, por intermédio do sistema do livre convencimento motivado, acabe proferindo uma decisão enviesada, ao proferi-la pautada em suas crenças e descartando as evidências em sentido diverso sem a devida análise do argumento probatório.

Nesse contexto, analisando que a inferência para a melhor explicação, base da moderna doutrina probatória denominada explanacionismo, concluímos que ela pode ser a solução para esse problema. Isto porque uma de suas principais vantagens é que consiste em um processo dinâmico no qual as hipóteses que surgirem ao longo da persecução penal serão testadas com base no conjunto de evidências produzidas ao longo da investigação. E esses testes aos quais são submetidos a hipótese considerada a melhor explicação para o conjunto de evidências garante justamente que ela foi corroborada pelo conjunto de evidências, encontrando-se afastada do viés da confirmação.

REFERÊNCIAS

AMAYA, Amalia Sanchez. Inference to the Best Legal Explanation. In: KAPTEIN, Hendrik. *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Ashgate, 2009.

BALTAZAR JR. José Paulo. Standards probatórios no Processo Penal. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul*. 04-2007.

BLACKBURN, Simon. *The Oxford Dictionary of Philosophy*. 2 ed. Oxford University Press. Online version, 2016. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199541430.001.0001/acref-9780199541430-e-1645>>. Acesso em: 10 abr 2016.

BOEN, Filip et al. The impact of open feedback on conformity among judges in rope skipping. *Psychology of Sport and Exercise* 7, 2006, p.577–590.

BROWN, Charity. SCHAEFER, Alexandre. The effects of conformity on recognition judgements for emotional stimuli. *Acta Psychologica*, 133, 2010, p. 38–44.

CARPENTER, Jeffrey P. When in Rome: conformity and the provision of public goods. *Journal of Socio-Economics*, 33, 2004, p. 395–408.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo. Prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, Junho 2013, p. 223-244.

HOLLIS, Martin; NELL, Edward J. *O homem econômico racional: uma crítica filosófica da economia neoclássica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

JOLLS, Cristine *et. al.* A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, Vol. 50:1471, May/1998.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

LEEUWEN, Edwin J. C. Van. Haun, Daniel B. M. Conformity without majority? The case for demarcating social from majority influences. *Animal Behaviour*, 96, 2014, p.187-194.

LIPTON. Peter. *Inference to the Best Explanation*. 2 ed. International library of philosophy, 2004.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NICKERSON, R. S. (1998). Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, 2, p.175–220.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PARDO, Michael S. ALLEN, Ronald J. Juridical Proof and the Best Explanation. 27-3 *Law and Philosophy*, 223, 2008.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16 ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

JOSEPHSON, John R. et. al. *Adbuctive inference – Computation, philosophy, technology* 5.

WAKANO, Joe Yuichiro; AOKI, Kenichi. Do social learning and conformist bias coevolve? Henrich and Boyd revisited. *Theoretical Population Biology*, 72, 2007, p. 504–512.

WALLACE, Wayne A. *The Effect of Confirmation Bias on Criminal Investigative Decision Making*. Disponível em: <<http://scholarworks.waldenu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=dissertations>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

Recebido em 13/09/2016.

Aprovado em 05/05/2017.