

VI JORNADAS

DE TEORIA DO DIREITO,

FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA SOCIAL

JUIZO OU DECISÃO?

**O PROBLEMA DA REALIZAÇÃO JURISDICCIONAL
DO DIREITO**

COORDENADORES

FERNANDO JOSÉ BRONZE

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES

MÁRIO ALBERTO REIS MARQUES

ANA MARGARIDA SIMÕES GAUDÊNCIO

INSTITUTO JURIDICO

MODELOS DE PROVA E PROVA DA CAUSALIDADE*

Rui Soares Pereira

Abstract: Cases of causal factual uncertainty are relatively common in law. The problems and difficulties regarding the so-called “factual causation” in law point to the need of evidence and proof models that are adequate and capable of accommodating the tests and methodologies used to explain and demonstrate it in a legal context. Given the configuration of the situations of causal factual uncertainty and the available evidence and proof models, I argue that it is justified to use an argumentative-narrative model for proving causation in law. However, considering that each model of evidence and proof reveals a different kind of rationality that can still be viewed in different ways, I also argue that we must try to match the perspective we have on the rationality behind the chosen model of evidence and proof with the rationality underlying causation in law.

Keywords: evidence; proof; argumentation; narrative; causation; causal generalizations; truth; coherence; legal reasoning; rationality.

* O presente artigo corresponde, no essencial, ao texto que serviu de base à intervenção realizada no dia 29 de Março de 2014, no âmbito das Sextas Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, que tiveram lugar nos dias 28 e 29 de Março de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. INTRODUÇÃO

As situações de causalidade tipicamente suscitam dúvidas em matéria factual. Os problemas e as dificuldades que normalmente surgem no que respeita à chamada “causalidade factual” apontam para a necessidade de modelos de prova que sejam adequados e capazes de acomodar os testes e as metodologias utilizadas para a explicar e demonstrar num contexto jurídico. A configuração das situações de incerteza factual causal e os modelos de prova disponíveis justificam, a meu ver, a utilização de um modelo argumentativo-narrativo para provar a causalidade no direito.

Vou tentar demonstrar esta afirmação fazendo, desde logo, uma breve explicação da emergência, do funcionamento e das vantagens de uma teoria híbrida da prova, que assenta numa perspectiva argumentativa-narrativa (2.). Em seguida, farei uma avaliação crítica dessa teoria híbrida da prova (3.). Depois, discutirei a possibilidade de utilização de um modelo argumentativo-narrativo para a prova da causalidade, tendo em conta, nomeadamente: os problemas e as dificuldades em provar a causalidade; os limites da condicionalidade lógica; a natureza particularística da prova e a questão da coerência das generalizações causais aplicáveis com a prova particularística; as exigências da racionalidade jurídica; e as relações entre a coerência e o direito (4.). Por fim, apresentarei uma síntese conclusiva do percurso efectuado (5.).

2. EMERGÊNCIA, FUNCIONAMENTO E VANTAGENS DE UMA TEORIA HÍBRIDA DA PROVA¹

Sobre a emergência de uma teoria híbrida da prova poderei dizer que a mesma acaba por ser desde logo uma consequência da inadequação e insuficiência dos tradicionais modelos lógicos e narrativos de prova.

¹ Sobre a inadequação e insuficiência dos tradicionais modelos de prova e a emergência, o funcionamento e as vantagens de uma teoria híbrida da prova, cfr., com maior desenvolvimento, Rui Soares PEREIRA, “Reflexões sobre uma teoria híbrida da prova”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Cabão Teles*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2012, 207-225.

Com efeito, a prova é tradicionalmente considerada produto de uma racionalidade lógica. Todavia, os modelos de prova dotados de racionalidade lógica não são os únicos modelos de prova admissíveis. Além disso, estes modelos não são necessariamente apropriados, ainda que baseados na lógica informal (indutiva, retórica ou argumentativa). Por outro lado, os modelos narrativos de prova, por si só, podem também não ser adequados ou suficientes, tanto mais que se baseiam, por vezes, no «*storytelling*», que traz para o discurso jurídico um elemento manipulativo, e o «*story models*» e os «*parallel constraint satisfaction models*» em que se baseiam muitas vezes as abordagens narrativas são considerados problemáticos do ponto de vista da prova e das decisões jurídicas.

Para além da inadequação e insuficiência dos tradicionais modelos lógicos e narrativos de prova, importa referir que há cerca de seis anos foi sugerida e apresentada uma teoria híbrida para a prova criminal por Floris J. Bex², desde então desenvolvida pelo mesmo Autor e outros em diversas ocasiões³, e que se caracteriza essencialmente por: a) fazer uma integração das abordagens probatórias baseadas nas «*stories*» com as abordagens probatórias baseadas nos «*evidential arguments*»; b) recorrer a um modelo híbrido de funcionamento dialéctico; c) combinar as vantagens de ambas as abordagens probatórias; d) e, ao mesmo tempo, evitar os inconvenientes de cada uma destas abordagens consideradas individualmente.⁴

² Floris J. BEX, *Evidence for a Good Story: A Hybrid Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Doctoral dissertation, Faculty of Law, University of Groningen, 2009.

³ Floris J. BEX; Peter J. VAN KOPPEN; Henry PRAKKE; Bart VERHEIJ, “A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence”, in *Artificial Intelligence and Law*, 18/2 (June 2010) 123-152. Floris J. BEX, *Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2011. IDEM; Bart VERHEIJ, “Arguments, Stories and Evidence: Critical Questions for Fact-Finding”, in F.H. VAN EEMEREN; B. GARSEN; D. GODDEN; G. MITCHELL, ed., *Proceedings of the 7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation (ISSA 2010)*, Amsterdam: Rozenberg/Sic Sat, 2011, 71-84; e Floris J. BEX; Bart VERHEIJ, “Solving a Murder Case by Asking Critical Questions: An Approach to Fact-Finding in Terms of Argumentation and Story Schemes”, *Argumentation*, 26/3 (August 2012) 325-353.

⁴ Floris J. BEX, *Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2011, 100. Importa referir que, por exemplo, em “A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence”, Bex

3. AVALIAÇÃO CRÍTICA DA TEORIA DA PROVA DE BEX E OUTROS

I. Em geral, os pontos de partida, o funcionamento e as vantagens da teoria híbrida de Bex e outros justificam considerá-la particularmente apelativa.

Claro que poderíamos dizer que um modelo de combinação de narrativas com argumentos não constitui uma novidade, já que corresponde apenas ao processo normalmente utilizado pelo investigador ou pelo julgador de facto, e que não é claro em que medida contribui para uma melhor realização do direito. Mas creio que esta análise não fará justiça ao modelo proposto por Bex e outros.

O modelo de Bex e outros não se limita a apresentar de uma forma analítica e sistemática aquilo que habitualmente já se faz na prática. Na verdade, os pontos de partida utilizados para a construção do modelo híbrido convidam-nos: a) a reflectir sobre a razão pela qual parece ser importante para alguns autores estabelecer a distinção entre as já mencionadas abordagens probatórias, ao passo que para outros essa distinção é considerada artificial; b) e a outros identificaram previamente algumas insuficiências do «*hybrid models*» no que respeita ao *standard* de prova. Segundo Bex e outros, o modelo não refere quando é que o *standard* de prova relevante é atingido, já que: a) não garante que a melhor história seja suficientemente boa para ser considerada como sendo verdadeira; b) não fornece um critério para escolher entre argumentos rebatíveis. Porém, os autores correctamente salientam que se trata de questões jurídicas substantivas e não matéria de inferência, «*no it lies outside any formal model of reasoning*» - Floris J. BEX; Peter J. VAN KOPPEN; Henry PRAKKEN; Bart VERHEIJ, "A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence", *Artificial Intelligence and Law*, 18/2 (June 2010) 123-152 (150). Por outro lado, em artigos mais recentes, Bex e outros têm desenvolvido o seu modelo no que respeita aos ónus e *standards* de prova e aos *legal shifts* no processo de prova - Floris J. BEX / Douglas WALTON, "Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation", in Radboud G. F. WINKELS, ed., *Proceeding of the 2010 conference on Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2010: The Twenty-Third Annual Conference*, The Netherlands: IOS Press Amsterdam, 2010, 37-46. Floris J. BEX; Bart VERHEIJ, "Legal shifts in the process of proof", in *Proceedings of the 13th ICAAIL, Pittsburgh, USA*, New York: ACM Press, 2011, 11-20. Por último, têm procurado estender o modelo híbrido às próprias consequências jurídicas - "Legal stories and the process of proof", in *Artificial Intelligence and Law*, 21/3 (September 2013) 253-278.

Modelos de Prova e Prova da Causalidade

siderar a forma como se torna possível compatibilizar a estrutura e a função das narrativas com a estrutura e a função dos argumentos. Além disso, o funcionamento do modelo é aparentemente simples, metódico e completo, combinando esquemas de argumentos dotados de uma natureza lógica e epistemológica com esquemas narrativos que denotam relações de coerência entre eventos e tipos de eventos; permitem-nos criar possíveis modelos de hipóteses explanatórias para criticar narrativas existentes e a coerência de uma narrativa; podem ser utilizados para colocar questões críticas. Por fim, as vantagens da teoria tornam o seu modelo muito atractivo.

Porém, isto não significa que a teoria de Bex e outros esteja livre de qualquer crítica. De facto, como concluiu Aroso Linhares, as suas concepções de argumento e narrativa (história na sua terminologia) poderão ser demasiado estreitas e redutoras quando estamos a pensar na prova, especialmente no contexto da realização do direito. Bex e Verheij parecem admitir exactamente isto quando escrevem

«[I]n our proposal for the analysis of reasoning about the facts in a criminal case we have combined stories and arguments so as to have a flexible and broad set of analysis tools. Here, it must be remarked that in our hybrid theory, we use specific, "narrow" definitions of argument and story. According to these narrow definitions, an argument is a tree-like structure in which one or more premises support a single conclusion through one or more consecutive inference steps, whilst a story is a coherent sequence of events in chronological order».⁵

Contudo, talvez a insuficiência da teoria de Bex e outros não seja apenas o resultado das suas concepções estreitas e redutoras de argumento e narrativa: o que possivelmente sucederá é que não fazem uma reflexão crítica dos pressupostos da sua teoria e, por causa disso, não conseguem ultrapassar aquilo que Aroso Linhares de-

⁵ Floris J. BEX; Bart VERHEIJ, "Solving a Murder Case by Asking Critical Questions: An Approach to Fact-Finding in Terms of Argumentation and Story Schemes", 325-353 (333).

signa por «modern conception of proof or its aporetic perpetuation as law's gaping wounds».⁷

II. O problema da teoria de Bex e outros não parece residir na defesa de uma teoria híbrida, mas sim no facto de, como identificou Aroso Linhares, ser aceite

«without discussion either the formalist counterpoint between law and facts, either the correctness of a “correspondence theory of truth” — with the consequence of domesticating (sacrificing) argument and narrative to the exclusivity of epistemes».⁸

Estes aspectos problemáticos da teoria de Bex e outros não exigem neste momento qualquer demonstração, pois já foram explorados e desenvolvidos por Aroso Linhares, que, em síntese, referiu que: a) apesar de o problema da prova surgir no contexto jurídico, Bex e outros consideram-no um problema respeitante ao raciocínio factual e não ao raciocínio jurídico, pelo que aceitam como suficiente fazer apelo a um «common sense reasoning» ou a «generalização»; b) Bex e outros fazem um apelo constante ao esquema explanatório lógico e ao contraponto entre contexto da descoberta e

⁶ Adjectivo proveniente do termo Grego *aporêtikos*, o qual pode ser definido como estando em perda, inultrapassável e inclinado para a dúvida ou para suscitar objeções.

⁷ José Aroso Linhares, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound: a false persistent aporia?”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 88/1 (2012) 65-89 (76).

⁸ Esta aceitação deve-se ao facto de Bex e outros assumirem duas estratégias questionáveis: 1) a estratégia da chamada «Rationalist Tradition of Evidence Scholarship», que teve em Wigmore um dos seus maiores defensores e promotores [John Henry Wigmore, *The Science of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials*, 3rd ed., Boston: Little, Brown & Co., 1937. Sobre a *rationalist tradition*, cfr. Terence Anderson; David Schum; William Twining, *Analysis of Evidence*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2005, e James L. Kainen, “The Rationalist Tradition At Trial”, *Fordham Law Review*, 60/5 (1992) 1085-1096, disponível in <[contexto da justificação; c\) Bex e outros ferem a concepção da narrativa, a inteligibilidade do raciocínio argumentativo e a interligação que se esperaria encontrar entre ambos; d\) Bex e outros reduzem o discurso narrativo a uma só linguagem de contexto, que é relevante apenas como raciocínio causal ou como uma espécie de raciocínio causal abduativo.⁹](http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol60/iss5/>], e que advoga a cisão entre o domínio normativo e o domínio não normativo; 2) a estratégia de não reconhecer uma racionalidade prática sujeito/sujeito, confinando os «arguments» e as «narratives» ao horizonte de uma <i>episteme</i> totalizante — José Aroso Linhares, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound”, 74-78.</p></div><div data-bbox=)

Aliás, poderá dizer-se que Bex e Verheij reconheceram expressamente que a importância da sua teoria híbrida seria o resultado da inexistência de uma teoria da argumentação suficientemente ampla que permitisse adequadamente combinar a chamada “idealização normativa” («normative idealization») com a chamada “descrição empírica” («empirical description»), ambas subjacentes ao modelo de prova que propuseram.

Com efeito, se aceitarmos a teoria de Bex e outros, segundo a qual «arguments and stories to a certain extent behave as “communicating vessels”», podemos então concluir, tal como eles fazem, que «there is room for a deeper understanding of the relation between arguments and stories in reasoning about evidence, in such a way that they are treated in a genuinely integrated way, instead of in the hybrid way proposed here». Para Bex e outros este entendimento mais profundo permitiria, por exemplo, explicar «how and to what extent argumentative and narrative elements of a case analysis can be exchanged, and when their differences make this impossible».¹⁰

Mas como poderemos construir uma teoria mais ampla da argumentação ou até assumir um entendimento mais profundo da relação entre «arguments» e «stories», capaz de ultrapassar os aspectos problemáticos já referidos?

Na minha opinião, lançando mão da proposta de narrativação da pragmática de Bernard S. Jackson¹¹, em conjunto com a tese

⁹ José Aroso Linhares, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound”, 74-76.

¹⁰ Floris J. Bex; Bart Verheij, “Solving a Murder Case by Asking Critical Questions: An Approach to Fact-Finding in Terms of Argumentation and Story Schemes”, 325-353 (333-335).

¹¹ Sobre a proposta de narrativação da pragmática de Bernard S. Jackson, cfr.: *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, UK: Deborah Charles Publications, 1988; “Narrative models in legal proof”, in David Ray Papke, org., *Narrative and the Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Liverpool: Deborah

de Aroso Linhares da unidade metodológica entre a controvérsia probatória («*evidence controversy*») e a controvérsia global («*global controversy*»), é possível sustentar uma teoria argumentativa-narrativa alternativa sem correr o risco de lhe serem dirigidas as críticas apontadas à teoria de Bex e outros.

III. A proposta de Jackson constitui, segundo Aroso Linhares, uma ferramenta poderosa para ultrapassar a tradição da chamada “ciência da prova”, proveniente da «*rationalist tradition of evidence scholarship*», uma vez que:

- a) «he assumes the need to explore a radical alternative to the correspondence theory and (...) he constructs this alternative by refining the claim of narrative coherence, freeing it from compromises with a triadic realistic-referential epistemology (...) and restoring it unequivocally to the horizon of a purely intentional understanding of meaning»;
- b) «he claims to treat “truth” not as “a function of discourse” but of the “enunciation of the discourse”, which means “narrativising the pragmatics of the act of enunciation”»;
- c) «he aims “a systematic application of the narrative models used (...) to explain the construction of fact (...) to the construction and application of the rules”, which is sufficient to provide “the relations between “law” and “fact”” (reduced to “same level” of structural narrative) a new and promising “configuration” — a configuration which immediately recognizes that the “distinction between fact and law is neither necessary nor universal” and [which] meaningfully demands that the concrete adjudicative performance of law may be conceived and developed as a process of analogical comparison».¹²

Todavia, como também defendeu Aroso Linhares, a proposta de Jackson não é ainda suficiente para enfrentar o problema da prova jurídica. Com efeito, é preciso ir mais longe e apelar à ideia de controvérsia probatória («*evidence controversy*»), vê-la como uma especificação interpretativa da controvérsia global («*global controversy*»), defender a sua preservação como uma rede/cadeia argumentativa dinâmica e analisar as suas implicações metodológicas na construção de um sistema de prova que forneça as condições racionais para responder à controvérsia probatória.¹³

Para Aroso Linhares existe uma unidade metodológica interna entre a chamada «*evidentiary adjudication*» e a «*adjudication tout court*», o que significa que não existe uma distinção metodológica a fazer entre o raciocínio jurídico com a prova e o raciocínio que está subjacente à realização do direito.¹⁴

Aroso Linhares defende que o problema probatório (o «*evidential problem*») tem uma especificidade que é apenas metodológica e que torna visível «*the (increasing) need to identify law’s specific project and its autonomous practical world as an unmistakable cultural acquisition*». O juízo probatório faz parte da controvérsia jurídica global e corresponde «*to the irradiance of the referential claim and the narrative intelligibility that identifies it*».¹⁵

Ao fazer a articulação entre a controvérsia global («*global controversy*») e a controvérsia probatória («*evidence controversy*»), a tese de Aroso Linhares conduz a um entendimento da controvérsia probatória como sendo uma especificação interpretativa da controvérsia global, a qual é recuperada através da e na terceira narrativa: a decisão final. A controvérsia global e a controvérsia probatória possuem assim um «*basic unitary grounds*», que se destina a descobrir um «*conjectural center of argumentation*».¹⁶

Além disso, a tese de Aroso Linhares tem diversas implicações metodológicas, nomeadamente as seguintes: a) ilumina o problema da conexão entre a prova e a decisão final; b) cria as condições para

Charles Publications, 1991, 158-178; *Making Sense in the Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, Liverpool, UK: Deborah Charles Publications, 1995; e “Truth or Proof?: The criminal verdict”, *International Journal for the Semiotics of Law*, 11/33 (1998) 227-273.

¹² José Aroso LINHARES, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound”, 79-80.

¹³ José Aroso LINHARES, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound”, 83-84.

¹⁴ José Aroso LINHARES, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound”, 83.

¹⁵ José Aroso LINHARES, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound”, 83.

¹⁶ José Aroso LINHARES, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound”, 84-86.

o reconhecimento da racionalidade específica da prova jurídica e a forma de a identificar; c) evita uma concepção da prova que vê esta como uma mera questão epistemológica; d) permite-nos ver a controvérsia probatória, não apenas como uma hipótese, mas também como um *judicium*, ou seja, «an authentic normative specification of the global juridical system».¹⁷

Será isto suficiente para sustentar uma perspectiva argumentativa-narrativa no direito? Creio que será suficiente, mas devemos também considerar o paradigma narrativo de Walter R. Fischer.¹⁸

IV. Um entendimento mais profundo da racionalidade provavelmente evitaria a necessidade de recorrer a teorias híbridas.

Por exemplo, a racionalidade narrativa proposta e defendida por Walter Fischer não exclui a possibilidade de utilização de elementos de lógica formal ou informal, tanto mais que a narrativa intervém aqui «not as a genre (or the macroform) of discourse in itself (not even as the only genre able to deal with heterogeneity), but as a metaparadigmatic resource, i.e., as the plausible identifying accentuation of a claim for representation and fidelity».¹⁹ E o paradigma narrativo não recusa nem ignora os valores: combina os testes da razão e os testes dos valores.²⁰ A lógica deste paradigma narrativo é a racionalidade narrativa²¹, a qual

¹⁷ José Aroso LINHARES, "Evidence (or proof?) as law's gaping wound", 84-87.

¹⁸ Para um conhecimento mais detalhado da teoria de Walter R. FISCHER, cfr.: "Toward a Logic of Good Reasons", *The Quarterly Journal of Speech*, 64 (1978) 376-384; "Narration as a human communication paradigm: the case of public moral argument", *Communication Monographs*, 51 (March 1984) 1-22; "The narrative paradigm: an elaboration", in *ibid.*, 52 (December 1985) 347-367; *Human Communication as Narration: Toward a Philosophy of Reason, Value, and Action*, Columbia, South Carolina: University of South Carolina, 1989; "Technical Logic, Rhetorical Logic, and Narrative Rationality", *Argumentation*, 1 (1987) 3-21; "The Narrative Paradigm and the Interpretation and Assessment of Historical Texts", *Journal of the American Forensic Association*, 25 (1988) 50-53; "Clarifying the narrative paradigm", in *Communication Monographs*, 56 (March 1989) 55-58; "Narrative rationality and the Logic of Scientific Discourse", *Argumentation*, 8 (1994) 21-32.

¹⁹ José Aroso LINHARES, "Evidence (or proof?) as law's gaping wound", 88.

²⁰ Walter R. FISCHER, *Human Communication as Narration*, XI-XII, 62-69 e 86-98.

²¹ Os elementos essenciais da racionalidade narrativa são os seguintes: a) a comunicação humana é testada de acordo com os princípios da probabilidade (*probability* - *coherence*) e da fidelidade (*fidelity* - *truthfulness and reliability*);

poderá assumir-se no direito como uma «constitutive dimension» da sua autonomia «whenever its unmistakable ways of making sense assume the indispensable task of reconstituting practical-normative human events (and the participated texture that reproduces them during the trial)».²²

As formulações de Fischer permitem-nos assim fazer uma convergência entre a racionalidade narrativa e a racionalidade normativa, pois o paradigma narrativo defendido por Fischer é compatível com «all forms of human expression and communication» e não recusa ou ignora valores: combina testes de raciocínio com testes de valores.²³

Portanto, parece que os aspectos problemáticos da teoria de Bex e outros não surgem na teoria de Fischer, e que, utilizando a proposta de Jackson de narrativização da pragmática com a tese de Aroso Linhares da unidade metodológica, é possível sustentar

b) a probabilidade ou coerência é avaliada segundo a coerência argumentativa ou estrutural (*argumentative or structural coherence*); a coerência material (*material coherence*) - que implica a comparação e o contraste das histórias contadas noutros discursos) e a coerência caracterológica (*characterological coherence*); c) a fidelidade é avaliada de acordo com a lógica das «good reasons», constituída por uma combinação de análise de argumentos e ferramentas de avaliação, oferecidas por Stephen Toulmin, Chaim Perelman e outros, com questões críticas que podem identificar e ponderar valores; d) apesar de o discurso conter estruturas de razão que podem ser identificadas como propósitos específicos de argumento e avaliadas como tal, a razão também se verifica fora das estruturas argumentativas tradicionais; e) a utilização limitada mas necessária da lógica técnica na avaliação de formas de inferência e implicação, existente na comunicação humana, não é recusada, mas entende-se que esta avaliação é apenas útil na consideração do discurso como um todo e que os valores da «technical accuracy» não são tão importantes como os valores da «consistency», «truthfulness», «wisdom» e «human action»; f) ao contrário das lógicas anteriores: i) considera que a razão não se restringe a formas claras de argumentação; ii) sustenta que não é a forma individual do argumento que é persuasiva no discurso mas sim os valores que podem ser expressos de forma diferente dos argumentos, focando-se então em «good reasons» que são «elements that provide warrants for accepting or adhering to the advice fostered by any form of communication that can be considered rhetorical»; iii) não exclui a longa tradição da lógica retórica, mas não limita a lógica a formas argumentativas de avaliação; iv) não privilegia uma forma de discurso sobre as outras por ter uma forma predominantemente argumentativa, já que, sendo o caso sempre uma «story», podem ser utilizadas formas mas individualizadas diferentes do argumento (por exemplo, a metáfora) - Walter R. FISCHER, *Human Communication as Narration*, 47-49.

²² José Aroso LINHARES, "Evidence (or proof?) as law's gaping wound", 88.

²³ Walter R. FISCHER, *Human Communication as Narration*, xi-xii, 62-69 e 86-98.

uma teoria argumentativa-narrativa alternativa sem correr o risco de lhe poderem ser apontadas as críticas que foram dirigidas à teoria daqueles.

Mas será que deve ser utilizado um modelo argumentativo-narrativo para provar a causalidade no direito?

4. UMA TEORIA ARGUMENTATIVA-NARRATIVA PARA A PROVA DA CAUSALIDADE?

4.1. Os problemas e as dificuldades em provar a causalidade

I. Michele Taruffo escreveu que «[i]l problema della prova del nesso causale riguarda (...) la dimostrazione probatoria della verità di un enunciato che describe un nesso di causalità naturale e specifica», sendo certo que, em sua opinião, este enunciado precisa de ser completo (referindo todo o evento que participa no esquema das relações causais) e preciso (definindo claramente e descrevendo cada evento que entra no esquema causal, determinando a função no interior desse esquema).²⁴

Não obstante, Taruffo também referiu que o nível de complexidade e precisão do enunciado não poderia ser absoluto e que esta seria relativamente fácil demonstrar o evento considerado como causa e o evento considerado como efeito, seria difícil demonstrar o nexo causal entre a causa e o efeito, uma vez que «*il nesso causale non è (...) un evento empirico osservabile o percepibile come ogni altro accadimento materiali*».²⁵

II. Alguns autores defendem que as dificuldades de estabelecimento do nexo causal podem ser resolvidas através de facilitações de prova, incluindo prova de primeira aparência («*prima facie evidences*»).

²⁴ Michele TARUFFO, “La Prova dello Nesso Causale”, in *Scienza e Causalità*, a cura di Cristina de Maglie; Sergio Seminara, Padova: CEDAM, 2006, 77-112 (89-90).

²⁵ Michele TARUFFO, “La Prova dello Nesso Causale”, 77-112 (90-91).

²⁶ Manuel Carneiro da FRADA, *Diritto Civile. Responsabilità Civile. O Método do Caso*, Coimbra: Almedina, 2006, 102-104.

Evidentemente, teremos de reconhecer que os lesados enfrentam, muitas vezes, «*insuperable evidentiary gaps when trying to establish either the relevant past facts or what would have happened in a hypothetical past situation*». Mas será tão evidente a necessidade de criação de uma «*special rule allowing the plaintiff to leap the evidentiary gap and establish factual cause*»?²⁷ Não creio, ainda que existam alguns casos em que exija a demonstração de um nexo causal real poderia resultar injustamente na perda da acção pelo lesado com consequente benefício para o réu.

É verdade que a literatura identifica várias situações em que tal sucede, em muitos casos «*to support a much broader attack on the actual-causation requirements*» em favor de «*an ex ante probabilistic assessment of increased risk in all tort cases*».²⁸ Contudo, para além dos desafios que enfrentam as teorias e doutrinas aplicadas a estes casos²⁹, importa sublinhar que as regras especiais criadas para estas situações parecem ter uma natureza normativa.³⁰ Além disso, estas situações, que

²⁷ Jane STAPLETON, “Factual Causation”, *Federal Law Review*, 38 (2011) 467-484 (480).

²⁸ Richard W. WRIGHT, “Causation in Tort Law”, *California Law Review*, 73 (1985) 1735-1828 (1813-1814). Isto não significa negar que, em certo sentido, as decisões sobre causalidade são inerentemente probabilísticas e que nunca podemos demonstrar a causalidade com certeza absoluta, por exemplo, em casos de cancro do pulmão, nos quais uma decisão terá de ser tomada de acordo com uma probabilidade: a probabilidade de o cancro do pulmão se dever ao acto de fumar.

²⁹ Por exemplo, a «*material contribution/exposure to risk doctrine*» que é utilizada em casos de mesotelioma, apresenta desafios significativos - Jane STAPLETON, “Factual Causation”, 482-483. Esta e outras teorias foram também apresentadas e criticamente avaliadas por Richard W. WRIGHT em diversas ocasiões: *colorandi causa*, cfr. “Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof”, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 41 (2008) 1295-1344 (1317-1342); “Proving Facts: Belief versus Probability”, in Helmut KOZOL; Barbara C. STEININGER, ed., *European Tort Law 2008. Tort and Insurance Law, Yearbook, Vienna*/New York: Springer, 2009, 79-105 (96-105); and “Proving Causation: Probability versus Belief”, in *Perspectives on Causation*, Richard GOLDBERG, ed., Oxford: Hart Publishing, 2011, 195-220 (212-220).

³⁰ Jane STAPLETON, “Factual Causation”, 483. Como explica Richard W. WRIGHT, “[a]lthough liability despite disproof of causation is, in my view, unjust and hence improper, there are good reasons as a matter of justice to impose proportional or even full liability in some situations in which the defendant’s wrongful conduct may have caused some or all of the plaintiff’s injury, but it is

de alguma forma podem ser consideradas «narrowly circumscribed situations» e para as quais parecem existir apenas «second-best just results, solutions or doctrines»³¹, devem ser distinguidas das situações de causalidade típicas, nas quais a exigência de demonstração de um nexó causal, quando correctamente entendida, permitirá atingir resultados adequados e para as quais podemos fazer uso de «first-best results, solutions or doctrines».³²

No que respeita à possibilidade de estabelecer presunções de causalidade em casos em que a violação do dever torna virtualmente impossível demonstrar a causalidade ou imputar certos danos a certas esferas de risco, é preciso ter em consideração que, como é impossível for the plaintiff to prove that such causation occurred. If liability is imposed in such cases, it is best conceived as liability for the actual injury based on 'second-best' causation doctrines, such as shifted burdens of proof or liability in proportion to the probability of causation, rather than (as I once argued) being liability for the imposition of risk, even if liability for the imposition of risk is limited to situations in which actual injury occurred. As always, proper resolution of the normative liability issue is more likely if the uncertainty over actual causation is explicitly recognised and acknowledged» - «Acts and Omissions as Positive and Negative Causes», in *Emerging Issues in Tort Law*, Jason NEYERS, Erika CHAMBERLAIN; Stephen PITEL, ed., Hart Publishing, 2007, 287-307 (301).

³¹ Referências às expressões «second-best just results», «second-best solutions» ou «second-best doctrines» podem ser encontradas nos seguintes artigos de Richard W. WRIGHT: «Acts and Omissions as Positive and Negative Causes», 301; «Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof», 1298; «Proving Facts: Belief versus Probability», 96, 99, 102, 105; e «Proving Causation: Probability versus Belief», 212, 214, 218, 220.

³² Richard W. WRIGHT, «Causation in Tort Law», 1814: «the probabilistic increased-risk concept cannot be substituted for the actual-causation requirement in the general run of cases without reaching results that are far removed from the traditional notions of liability that are applied by the courts. I argue here that, even in the risk-exposure cases, more satisfactory results are reached by adhering to the actual-causation requirement while recognizing a new type of injury-risk exposure in certain narrowly circumscribed situations». Como Wright explicou noutra ocasião, «[w]hen it is impossible to prove tortious causation, there may well be good reasons, as a matter of justice, for second-best solutions that impose full or proportionate liability on a defendant who behaved tortuously and whose tortious conduct may well have caused the plaintiff's injury. However, well-founded and consistent decisions on such matters will be reached only when there is a clear recognition of those situations in which a first-best solution is not possible due to the problematic nature of the causation issue» - «Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof», 1298.

monstraram Henry Prakken e Giovanni Sartor, as presunções são «default rules», usadas para satisfazer os «burdens of production and persuasion» e, uma vez invocadas, para inverter o «tactical burden». ³³ Além disso, importa distinguir entre «legal presumptions», que se baseiam numa fonte autorizada de direito (numa norma ou num precedente), e as «empirical or probabilistic presumptions», que se baseiam no conhecimento de ser alta a probabilidade condicional de uma regra conseqüente dada uma regra antecedente. ³⁴ Em qualquer dos casos, aceitar a utilização de presunções de causalidade é de alguma forma o mesmo que aceitar a redução do ónus de prova a cargo do lesado nas situações em que, de acordo com o respectivo *standard* de prova, aquele não se mostra capaz de estabelecer que a ilicitude da conduta contribuiu para a lesão. Isto significa que se permitirá ao lesado obter reparação quando existe apenas uma probabilidade de contribuição causal, o que enfraquece a exigência do nexó causal e parece suportar a ideia (errada) que a investigação causal não é ou é menos factual. ³⁵

Para além disso — e provavelmente mais importante do que isso — importa reflectir sobre a possível inadequação e insuficiência da condicionalidade lógica para a causalidade factual e analisar de que forma devemos enfrentar desde logo a questão da prova da causalidade no direito.

³³ Henry PRAKKEN; Giovanni SARTOR, «Presumptions and Burdens of Proof», *EU Working Papers Law*, 2006/36 (December 1, 2006), in SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=963761>>; «More on Presumptions and Burdens of Proof», in *ibid.*, 2008/30 (November 1, 2008), disponível in SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1317348>>.

³⁴ Adicionalmente, as «legal presumptions» vinculam o juiz, ao passo que as «empirical/probabilistic presumptions» podem ou não ser aplicadas pelo juiz, de acordo com a sua opinião. Por outro lado, as «legal presumptions» não se aplicam quando exista contra-prova e podem fazer diferença para quem tem o «burden of persuasion» e para o *standard* de prova. Em certos casos, uma «legal presumption» implica um *standard* de prova mais elevado, ainda que o ónus de prova não seja invertido. Mas isto não é um efeito lógico da presunção. Baseia-se em «legislative policy reasons». É pois mais fácil excluir a contra-prova e a prova será realçada de acordo com a presunção pela existência de um argumento inicial para resolver o conflito - Henry PRAKKEN; Giovanni SARTOR, «Presumptions and Burdens of Proof», 4-6.

³⁵ Richard W. WRIGHT, «Causation in Tort Law», 1815.

4.2. A inadequação e insuficiência da condicionalidade lógica para a causalidade factual

A condicionalidade lógica em que se baseiam os testes comumente usados para determinar a causalidade factual (o critério da «*conditio sine qua non*» ou o teste «*but-for*» e o teste NESS) não fornece uma resposta adequada para todos os problemas de causalidade, uma vez que: o critério da «*conditio sine qua non*» e o teste «*but-for*» não resolvem adequadamente certos casos de causas múltiplas («*multiple causes*»), nem certos casos de causas virtuais («*causal preemption*»); o teste NESS não consegue explicar casos de incerteza histórica, é confuso e não capta a noção real de causalidade, uma vez que repousa excessivamente em leis causais gerais³⁶, e a atribuição do significado da causalidade para o próprio teste NESS poderá envolver uma «*conceptual circularity*».³⁷

De acordo com alguns autores, a inadequação e insuficiência dos testes baseados numa condicionalidade lógica (a fórmula da «*conditio*» e o teste NESS) conduz à necessidade de explicar a gênese causal («*genetische Kausalerklärung*») do resultado, o que implica: a explica-

³⁶ Tony HONORÉ, "Causation in the Law", in Edward N. ZALTA, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (winter 2010 Edition), acessível em <<http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/causation-law/>>, explica quais são os fundamentos críticos: «Those who reject the NESS theory either assert that singular causal judgments do not depend on generalizations or point to the fact that reliable generalizations of the sort presupposed by it are in practice virtually confined to inorganic physical processes. Organic processes, such as those involved in the development of disease, and, still more, in decision-making by human beings, do not conform to settled patterns. The NESS theory therefore has at most a narrow range of application».

³⁷ Richard FUMERTON; Ken KRESS, "Causation and the Law: Preemption, Lawful Sufficiency, and Causal Sufficiency", in *Law and Contemporary Problems*, 64/4 (autumn, 2001) 83-105 (84). Não obstante, alguns autores defendem que a ideia NESS pode ainda ser vista «not as a self-evident "meaning of causation", but simply as an extremely effective algorithm for identifying all the relationships of involvement (between a specified factor and the existence of a particular phenomenon) with which the Law must deal and which I have argued should be chosen as the meaning of causation in the Law» - Jane STAPLETON, "Choosing what we mean by 'Causation' in the Law", *Missouri Law Review*, 73 (2008) 433-480 (474); e "Causation in the Law", in Helen BEEBEE; Christopher HITCHCOCK; Peter MENZIES, ed., *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 744-769 (766).

ção da causa, enquanto início ou ponto de partida do resultado, a explicação de todos os elos intermédios da cadeia ou séries de estádios intermédios, e a explicação do resultado concreto. Por exemplo, entre nós, Paulo Mota Pinto, baseado nas investigações de Karl Engisch e Ingeborg Puppe, entende que o resultado só pode interessar enquanto descrição de um processo factual concreto, compreendendo a causa, e não apenas a solução da «*conditio*» de ligar o estádio inicial (o facto) ao estádio final (o resultado) do processo causal. Desta forma, a história causal que conduziu o facto ao resultado concreto por todos os elos intermédios é completada e não se liga apenas a condição ao resultado. E isto tem de ocorrer pelo facto de se entender que a causa e o efeito estão ligados por uma cadeia de estádios intermédios, a qual não é considerada uma relação lógica de condicionamento mas uma conexão empírica.³⁸

Ora, tendo em consideração que a determinação da causalidade factual poderá implicar a descrição de um processo factual concreto e assumindo, como Susan Haack concluiu, que uma combinação de elementos de prova poderá aumentar o grau de garantia da conclusão causal³⁹, importa equacionar qual poderá ser a melhor forma de fazer a prova da causalidade.

Em complemento à análise de Haack contra o atomismo na avaliação da prova em matéria de causalidade alguns autores poderão acrescentar que o uso de «*compiled facts*» como argumentos não é considerada a melhor abordagem para raciocinar em casos jurídicos sobre a causalidade, já que «*for the causal explanation needed in liability attribution, at least all information available to a judge should en-*

³⁸ Paulo Mota PINTO, "Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema de causalidade da causa virtual)", in Jorge de Figueiredo DIAS; José Joaquim Gomes CANOTILHO; José de Faria COSTA, org., *Arts Judicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, (Studia Iuridica 90; Ad Honorem 3), 929-967 (959-967); e *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 673-679.

³⁹ Susan HAACK, "Proving Causation: The Holism of Warrant and the Atomism of Daubert", *Journal of Health and Biomedical Law*, 4 (2008) 253-289; *University of Miami Legal Studies Research Paper No. 2009-12*, disponível in <SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1325431>>, 261-278.

ter under consideration» e esta «information typically takes the form of (...) stories told by peoples».⁴⁰

Será que estas conclusões apontam então para um modelo narrativo de prova?

4.3. A prova da causalidade como prova particularística

I. Para que possa traduzir o pressuposto da decisão jurisdicional, a prova processual deverá, segundo Castro Mendes, permitir a «formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceite/nel como fundamento da mesma decisão».⁴¹

A ideia de recorrer à chamada “prova particularística” também tem vindo a fazer escola no domínio do nexo de causalidade, invocando alguma doutrina a esse respeito que a probabilidade causal *ex ante* não tem qualquer valor probatório, pois «in un procedimento giudiziario si deve raggiungere la prova particularistica dell'esistenza del nesso causale nello specifico caso in esame», e que a probabilidade causal *ex post* também não é «sufficienti per l'affermazione della responsabilità», uma vez que o «coefficiente probabilistico è solo un dato di partenza».⁴²

Segundo Wright, em situações de causalidade «there is no basis for applying the causal generalization to the particular occasion» sem a prova particularística, a qual constitui, na sua opinião, «a concrete feature of a particular occasion that instantiates, or negates the instantiation of, one of the abstract elements in a possibly applicable causal generalization».⁴³ Assim, para além de demonstrar uma

⁴⁰ Rinke HOEKSTRA; Joost BREUKER, “Commonsense Causal Explanation in a Legal Domain”, in *Artificial Intelligence and Law*, 15 (2007) 281-299 (285).

⁴¹ João de Castro MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa: Edições Ática, 1961, 741. Entre nós, doutrina mais recente, segundo o ensinamento de Castro Mendes, vem sublinhando o facto de a noção de prova processual consistir «em afirmações singulares de facto», que se opõem «às máximas da experiência e às demonstrações próprias da Ciência do Direito» - António MENDES CORDERO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo V, Coimbra: Almedina, 2005, 460.

⁴² Raniero BORDON, *Il Nesso di Causalità*, Torino: UTET Giuridica, 2006, 209-210.

⁴³ Richard W. WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Na-

causalidade geral (por exemplo, demonstrar através de estudos epidemiológicos a probabilidade ou o elevado risco de certo produto poder causar uma doença ou lesão aos indivíduos que a ele sejam expostos⁴⁴), os julgadores estarão também obrigados a determinar «what actually happened in a particular case», significando isso que «it must be proved, to the required degree of belief, that all the abstract elements in that causal generalisation and its underlying causal laws were instantiated».⁴⁵

Mas será esta exigência de prova particularística compatível com todas as situações em que está em causa a determinação da causalidade factual?

II. À partida, precisamos de fazer uma adequada demonstração da causalidade «in giudizio», sendo certo que, nas situações em que não é possível demonstrar um nexo causal entre a causa e o efeito, a única solução existente parece ser, de acordo com Taruffo, fazer a prova do nexo causal através de inferências, nomeadamente procurando demonstrar a existência de uma “lei de cobertura” respeitante ao caso em questão.⁴⁶

Desenvolvendo ideias similares, ainda que de forma independente do modelo das leis de cobertura sustentado por Federico Stella⁴⁷ e aceite por Taruffo, Wright fez também referência ao facto

ked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, 1050-1051. Cfr. também FEDERICO STELLA, “La Vitalità del Modello della Sussunzione Sotto Leggi a Confronto il Pensiero di Wright e di Mackie”, in *IDEM*, ed., *I Saperi del Giudice. La Causalità e il Ragionevole Dubbio*, Milano: Giuffrè, 2004, 1-70.

⁴⁴ Para uma explicação do tópico da causalidade geral, em especial na epidemiologia, e as dificuldades em demonstrar a causalidade individual, cfr. FEDERICO STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3.ª ed., Milano: Giuffrè, 2003, 291-337.

⁴⁵ Richard W. WRIGHT, “Proving Causation: Probability versus Belief”, 208. Uma anterior (mas idêntica) formulação pode ser encontrada em “Causation in Tort Law”, 1823.

⁴⁶ Michele TARUFFO, “La Prova dello Nesso Causale”, 92.

⁴⁷ Estou a referir-me ao modelo (o chamado «covering law model» ou modelo das leis de cobertura) que foi apresentado e desenvolvido por Federico STELLA, segundo o modelo nomológico-dedutivo da explicação científica de Hempel, nomeadamente em *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale: il nesso di condizionamento frazione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975; e em *Giustizia e modernità*. 339-398. Para uma explicação sucinta do «covering law model» defendido por Stella

de a prova de uma instância singular de causação exigir não apenas «a scientifically valid causal generalisation that contains in its antecedent an abstract condition that is at least partially instantiated by the putative cause», mas também uma «complete instantiation of the allegedly relevant causal generalisation and its underlying causal laws on the particular occasion». Isto significa que para provar o nexo de causalidade é necessário demonstrar uma «complete instantiation of one or more causal laws by concrete conditions on a particular occasion».⁴⁶

Mais concretamente, poderá dizer-se que, na explicação do que sucedeu numa ocasião particular, importa que sejamos capazes de inferir «that a particular causal generalization and its underlying causal law have been fully instantiated on the particular occasion», sendo certo que tal exige, não só «that the concrete evidence specific to the particular occasion instantiate the abstract elements in the causal generalization», como também «that any competing causal generalizations can be ruled out as being either inapplicable, because some necessary element was not instantiated, or implausible, because ex post probability associated with each competing causal generalization is comparatively minimal».⁴⁹

Contudo, apesar da exigência relativa à prova particularista, que se traduz na necessidade de demonstração, segundo alguns autores, da instanciação de uma lei causal numa ocasião particular, existem dois tipos de problemas e dificuldades que têm de ser tomados em consideração em relação à prova do nexo de causalidade. Em primeiro lugar, temos de lidar com o problema da incompletude do nosso conhecimento relativamente às leis causais e, em qualquer dos casos, com a dificuldade de fazer referência a leis causais que estejam completamente especificadas. Em segundo lugar, enfrentamos o problema de ser alcançada apenas uma probabilidade e não uma certeza quando fazemos uso de uma generalização causal e a

e as suas diferenças em relação ao pensamento jurídico de Richard W. Wright e ao pensamento filosófico de John Mackie, cfr. Federico STELLA, «La Virilità del Modello della Sussunzione Sotto Legge a Confronto il Pensiero di Wright e di Mackie», 1-70.

⁴⁶ Richard W. WRIGHT, «Proving Causation: Probability versus Belief», 205.

⁴⁹ Richard W. WRIGHT, «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof», 1049-1050.

dificuldade de tentarmos usar a probabilidade causal para descrever e estabelecer o que realmente aconteceu no caso particular.⁵⁰

Ambos os problemas exigem uma adequada resposta.

III. Em princípio, uma lei causal procede à descrição de uma conexão causal invariável e não probabilística entre um conjunto especificado de condições e um determinado resultado, sendo com base nessa lei causal que se poderá afirmar que, verificadas todas as condições, o resultado inevitavelmente se sucederá.

Contudo, devido ao conhecimento imperfeito das leis causais e dos detalhes dos eventos actuais, nem sempre conseguimos especificar completamente uma lei causal, o que obriga à utilização de formulações simplificadas dessas leis — as chamadas “generalizações causais” — e conduz também a uma situação de incerteza sobre se alguma das condições antecedentes foi causa do resultado que veio a ser instanciado.⁵¹

Ora, dado que «we rarely, if ever, will have knowledge of the multitude of necessary abstract elements in the causal laws underlying a possibly relevant causal generalisation, much less direct particularistic evidence of instantiation of each of those elements», entende-se que, em muitos casos, a «instantiation of the unknown elements, and even some or many of the known elements, will have to be inferred circumstantially from particularistic evidence of instantiation of the network of causal relationships that encompasses the particular occasion».⁵²

Com efeito, verifica-se normalmente uma certa incerteza quanto a duas das exigências necessárias para se considerar provada a causalidade: a demonstração da instanciação das demais condições abstractas antecedentes incluídas na generalização causal ou a razão para acreditar para que tal tenha sucedido; e a demonstração da instanciação das demais condições abstractas antecedentes desconhecidas mas que fazem parte da lei causal.

⁵⁰ Richard W. WRIGHT, «Proving Causation: Probability versus Belief», 205-207.

⁵¹ Richard W. WRIGHT, «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof», 1045.

⁵² Richard W. WRIGHT, «Proving Causation: Probability versus Belief», 209. Uma anterior (mas idêntica) formulação pode ser encontrada em «Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof», 1314.

Quanto a estas exigências, aceita-se que possam considerar-se satisfeitas pelo recurso a juízos inferenciais, bastando por isso, quanto à primeira, que se identifique a falta de uma razão para acreditar que as demais condições abstractas antecedentes incluídas na generalização causal não se verificaram e, quanto à segunda, que se conclua pela existência de uma probabilidade suficientemente elevada de aplicação daquela generalização causal e não de uma outra generalização causal concorrente, nomeadamente em virtude de não ter ocorrido ou existir dúvida sobre a ocorrência de uma ou mais condições exigidas pela generalização concorrente.⁵³

Porém, a falta de certeza em relação ao preenchimento de duas das exigências consideradas necessárias para se considerar provada a causalidade não deverá constituir, segundo Wright, um obstáculo à realização de atribuições causais singulares justificadas, pois as mesmas estarão afinal fundadas na crença «that an incompletely known causal law, represented by some causal generalization, was fully instantiated on a particular occasion and that the condition which is believed to be a cause was a NESS element of the complete instantiation of the causal law».⁵⁴

4.4. As generalizações causais aplicáveis e a sua coerência com a prova particularística

Para além dos problemas do conhecimento imperfeito das leis causais e da necessidade de recurso a juízos inferenciais, um outro problema costuma ser referido e que tem a ver com as condições de realização do próprio juízo inferencial.

Como defendeu Wright, a exigência de produção de prova particularística concreta, ainda que recorrendo a juízos inferenciais, não será em muitos casos suficiente para provar o nexo de causalidade, pois essa prova particularística terá de se enquadrar coerentemente «into a story of what happened on the particular occasion» e «we cannot infer that the causal law underlying the causal generalization also has been instantiated».

⁵³ Richard W. WRIGHT, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof", 1046.

⁵⁴ Richard W. WRIGHT, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof", 1045.

ted unless we can rule out competing causal generalizations».⁵⁵

Assim, de acordo com Wright, o procedimento de prova do nexo causal exigirá, por um lado, que se compare, em termos de coerência, «the particularistic evidence with a possibly applicable causal story of what happened on the particular occasion», e, por outro lado, que sejam afastadas ou descartadas «other competing causal generalizations suggested by the evidence (...) as being either inapplicable, because some necessary element was missing, or implausible, due to their minimal probability».⁵⁶

Na minha opinião, esta posição assumida por Wright em relação à necessidade de fazer uma comparação entre a coerência da prova particularística com as várias histórias causais potencialmente aplicáveis tem importantes implicações no que se refere à escolha do modelo adequado para a prova da causalidade.

4.5. As semelhanças entre a posição de Wright e o funcionamento do modelo híbrido de Bex e outros

I. A posição de Wright ao propor comparar, nas situações de concorrência de generalizações causais, «the coherence of the particularistic evidence with the various possibly applicable causal stories»⁵⁷, faz recordar o procedimento pressuposto no funcionamento do modelo híbrido sustentado por Bex e outros.

Contudo, o procedimento de utilizar argumentos para verificar a coerência de cada história constitui apenas uma das etapas pressupostas pelo modelo híbrido de Bex e outros. Com efeito, a escolha entre possíveis histórias não depende apenas da sua conformidade com a prova ou com a capacidade da história explicar todas as observações no caso, como parece sugerir um tipo de raciocínio como o da «inference to the best explanation» (IBE).⁵⁸ É também o resultado

⁵⁵ Richard W. WRIGHT, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof", 1051. Uma anterior (mas idêntica) formulação pode ser encontrada em "Causation in Tort Law", 1824.

⁵⁶ Richard W. WRIGHT, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof", 1049.

⁵⁷ Richard W. WRIGHT, "Proving Causation: Probability versus Belief", 209.

⁵⁸ Para uma identificação dos problemas associados à IBE, para além da investigação de Michael S. Pardo; Ronald J. Allen, "Juridical Proof and the Best

da coerência das próprias histórias. Uma história é coerente se for consistente (isto é, não contiver contradições internas), completa (ou seja, não estão em falta partes relevantes) e plausível (isto é, as relações explanatórias individuais são prováveis, credíveis e verossímeis, uma vez que se conformam com o nosso conhecimento sobre o mundo e podem ser expressas em termos de uma generalização). E os argumentos podem ser utilizados para testar a coerência da história.

Tendo isto em consideração, a verdade é que, apesar de real, as semelhanças entre a posição de Wright sobre a prova da causalidade e o funcionamento do modelo híbrido de Bex e outros serão à par-tida apenas parciais. Mas será que o facto de existirem semelhanças parciais entre a posição de Wright e o funcionamento do modelo híbrido de Bex e outros permite concluir ou, ao invés, rejeitar a conclusão segundo a qual precisamos de uma teoria para provar a causalidade como a proposta por Bex e outros?

II. Aceitar o modelo híbrido de Bex e outros para provar a causalidade implicaria fazer alguns ajustamentos e melhorias na posição de Wright sobre a prova da causalidade, já que o funcionamento do modelo híbrido é um pouco mais complexo do que parece implicar a sugestão de Wright de, em situações de generalizações causais correntes, comparar «*the coherence of the particularistic evidence with the various possibly applicable causal stories*».⁵⁹

Haveria que testar a própria coerência de cada uma das generalizações causais potencialmente aplicáveis, ou seja, a sua consistência, completude e plausibilidade, eventualmente confrontando-as também com os elementos probatórios disponíveis.

Além disso, implicaria adoptar a perspectiva de Bex e outros em relação ao raciocínio no processo de prova. Como antes se referiu, o modelo híbrido de Bex e outros é «*argumentative-narrative*». A teoria de Wright também parece fazer apelo à utilização de um

Explanation”, *Law and Philosophy*, 27 (2008) 223-268; cfr. Russell Brown, “The possibility of ‘inference causation’: inferring cause-in-fact and the nature of legal fact-finding”, *McGill Law Journal*, 55/1 (March 2010) 1-46.

⁵⁹ Richard W. Wright, “Proving Causation: Probability versus Belief”, 209.

raciocínio argumentativo-narrativo para provar a causalidade, uma vez que pressupõe comparar, em termos de coerência, «*the particularistic evidence with a possibly applicable causal story of what happened on the particular occasion*» e, ao mesmo tempo, afastar ou descartar «*other competing causal generalizations suggested by the evidence (...) as being either inapplicable, because some necessary element was missing, or implausible, due to their minimal probability*».⁶⁰ Contudo, é controversa, quer a aceitação de uma perspectiva argumentativa-narrativa no direito, quer, adoptando aquela perspectiva, a perspetivação do problema da prova da causalidade como tratando-se de uma mera questão de coerência.

4.6. O problema de uma abordagem argumentativa-narrativa para provar a causalidade

4.6.1. As exigências da racionalidade jurídica

Segundo Castanheira Neves, a racionalidade jurídica deve ser incluída no domínio da racionalidade prática, mas não será suficiente uma racionalidade prática de natureza procedimental, como parecem sustentar as construções tópico-retóricas e argumentativas: «a racionalidade jurídica judicativo-decisória, ou da normativa realização do direito, haverá de ser uma racionalidade de fundamentação (não apenas processual) e material (não simplesmente formal)».⁶¹

Analogamente, para satisfazer as exigências da racionalidade jurídica não será suficiente uma racionalidade hermenêutica, pois o que interessa, não é o «*correcto comprender*» mas o «*justo decidir*», o que afasta a ideia de considerar a decisão judicial «*um acto simplismen-te hermenêutico*».⁶²

A racionalidade jurídica que deve ser considerada corresponde, como advoga Castanheira Neves, à «*dialéctica entre sistema e problema numa intenção judicativa de realização normativa*». O sistema obr-

⁶⁰ Richard W. Wright, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof”, 1049.

⁶¹ António Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 70-74.

⁶² António Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 74-77.

ga a que «a realização do direito interroge continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do consenso *jurídico-co-munitário das intenções axiológico-normativas da "consciência jurídica geral", com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça*». E o problema jurídico concreto permitirá atribuir ao sentido normativo da norma previamente determinado «apenas um valor hipotético», o qual será «submetido como que a uma experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto». Com esta racionalidade podem então ser diluídos «os limites entre "o direito que é" e "o direito que deve ser"». ⁶³

No paradigma de Ronald Dworkin, o chamado «*chain novels*»⁶⁴, o fundamento último do sentido de validade das concretas decisões reside na coerência global da prática interpretativa. Essa coerência tem um significado argumentativo-narrativo. Para Castanheira Neves, o verdadeiro problema está em saber se a coerência pode ser «elevada à dimensão última e ao critério interpretativamente decisivo da normativo-judicativa validade das concretas decisões jurídicas». Por outras palavras, o que precisa de ser determinado é se fará, ou não, sentido admitir a «integração da decisão do caso» na «construída coerência global do direito», ou seja, «na coerência da prática judiciária como um todo». ⁶⁵

4.6.2. A coerência e o direito

Do ponto de vista da teoria do direito, a coerência pode: a) constituir apenas um cânone de racionalidade formal, sem qualquer relação com a verdade; b) ser um critério epistemológico para a identificação de normas e decisões correctas; c) ou ser ainda a constituição intrínseca do direito. ⁶⁶

⁶³ António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 79-81.

⁶⁴ Embora seja possível referir a existência de dois modelos de actividade literária sustentados por Dworkin - Bernard S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, 149.

⁶⁵ António Castanheira NEVES, "Dworkin e a Interpretação Jurídica - ou a interpretação jurídica, a hermenéutica e a narratividade", in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 413-495 (429-430).

⁶⁶ Anna PINTORE, *Law without Truth*, Liverpool: Deborah Charles Publica-

De um ponto de vista estrutural, a coerência apresenta as seguintes características: em primeiro lugar, consiste num predicado relacional, uma vez que implica que o seja em relação a alguma coisa; em segundo lugar, é um atributo sujeito a gradações, isto é, de maior ou menor intensidade; em terceiro lugar, admite a possibilidade de três valores (coerência, incoerência ou nenhum dos anteriores); em quarto lugar, não é sempre o resultado de um juízo meramente descritivo. ⁶⁷

Todavia, é importante distinguir a coerência enquanto noção sintáctico-semântica utilizada pelas teorias da verdade que «*translates into relationships of non-contradictoriness and decidibility between the elements of the system*», e a coerência, enquanto noção pragmática utilizada pela teoria do direito, a qual, podendo dispensar a «*non-contradictoriness or logical-deductive ties*», exigirá sempre «*that the contents of the normative system be compared with elements external to it, i.e., with the historical and factual context in which the order in question exists*». ⁶⁸

O facto de a coerência parecer ter um papel no direito, ainda que seja um papel modesto e subsidiário de acordo com Neil MacCormick,⁶⁹ não preclui a necessidade de entender a racionalidade que lhe está subjacente no direito. No caso de Dworkin, a coerência tem um «*sentido construtivamente narrativo (argumentativo-narrativo)*». ⁷⁰ Mas será aceitável uma abordagem argumentativa-narrativa no direito?

4.6.3. Sobre a aceitabilidade de uma abordagem argumentativa-narrativa no direito

Aparentemente, a racionalidade narrativa tem a vantagem de nos oferecer «a inteligível determinação de acontecimentos, de factos e acções, pela sua coerente conexão num unitário todo integrante», mas

tions, 2000, p. 133.

⁶⁷ Anna PINTORE, *Law without Truth*, 153.

⁶⁸ Anna PINTORE, *Law without Truth*, 155-156.

⁶⁹ Ainda assim, cfr. a relevância atribuída por Neil MacCORMICK à coerência (normativa e narrativa) em *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005, 189-236.

⁷⁰ António Castanheira NEVES, "Dworkin e a Interpretação Jurídica", 423.

não nos oferece uma justificação ou um fundamento normativo; apresenta-nos apenas «uma plausível e unitária conexão entre os elementos», o que significa que estabelece a validade fornecendo somente plausibilidade.⁷¹

O mesmo poderá ser dito em relação à racionalidade hermenéutica. Ainda que sejam muito diferentes, nomeadamente no que respeita aos significados atribuídos à coerência⁷², os paradigmas narrativo e hermenéutico têm certas afinidades e, em qualquer dos casos, estão ambos sujeitos a críticas.⁷³

Além disso, no que especificamente concerne à racionalidade narrativa, segundo Castanheira NEVES, se é verdade que o mundo jurídico pode ser narrado e admite inclusive a inteligibilidade através da coerência narrativa, também é verdade que não podemos esquecer a «específica dimensão jurídico-normativa». A relevância da narrativa apresenta-se na «determinação do “facto”, na determinação/constituição da referente factualidade relevante do caso *decidendo*» e na «comprovação probatória». Mas a intenção aí manifestada não é «exclusiva e essencialmente narrativa». Por isso, o facto de a narrativa se basear num outro tipo de raciocínio, por exemplo o raciocínio abductivo, que pode ser relevante para a determinação factual e comprovação probatória, não permite desconsiderar, de acordo com Castanheira Neves, que «a final e decisiva determinação factual» tem a «ândole de uma particular “verdade prática”». Essa verdade práti-

⁷¹ António Castanheira NEVES, “Dworkin e a Interpretação Jurídica”, 431-433.

⁷² António Castanheira NEVES, “Dworkin e a Interpretação Jurídica”, 454-457.

⁷³ Tais como: a) a «validade não se afere directamente pela justeza problemático-normativa do juízo decisório do caso e em específica referência a ele, mas pela possibilidade de esse momento da prática jurídica, que é o juízo decisório, se integrar na coerência dessa prática considerada como um todo» (ou integrity) e «orientada por uma também coerente legal theory»; b) «a validade das decisões jurídicas concretas acaba (...) por ter o seu último fundamento na coerência da prática como um todo, na possibilidade de se integrarem coerentemente no desenvolvimento totalizante da prática jurídica» - “Dworkin e a Interpretação Jurídica”, 424-425.

ca⁷⁴ não é capturada por uma «intencionalidade narrativa» e a única que interessa.⁷⁵

Por seu turno, o paradigma hermenéutico também não é suficiente, pois coloca-nos, segundo Castanheira Neves, perante uma «alternativa problemática» para a qual não tem uma resposta: ou se aceita ser «“justo” todo e qualquer direito que daquele modo se realize e manifeste» ou não é resolvido «o problema de validade do direito». Mas

«entre as intencionalidades reflexivo-transcendental da hermenéutica e a problemático-metodológica do pensamento jurídico há toda a capital diferença a reconhecer entre a intencionalidade às condições do compreender (...) numa certa situação cultural e a intencionalidade às condições de um problematizadamente justo (...) judicativo decidir de um prático caso jurídico-concreto».

ou seja, existe uma grande diferença «entre o *correcto compreender e o justo decidir*». Esta a razão pela qual alguns autores, como Castanheira Neves, afirmam que a coerência hermenéutica ou a visão do direito de Dworkin como «*integrity*» não pode ser aceite.⁷⁶

Tendo em consideração estes ensinamentos, acredito que, desde que seja fornecida uma justificação ou um fundamento normati-

⁷⁴ Com diferentes pressupostos e perspectivas sobre o direito e a verdade, uma referência a uma verdade prática no que respeita à decisão judicial pode também ser encontrada em Francesco VIOLA, “The Judicial Truth”, *Persona y Derecho*, 32 (1995) 249-266.

⁷⁵ António Castanheira NEVES, “Dworkin e a Interpretação Jurídica”, 458-465, em especial 461. Assim, de acordo com o mesmo autor (*ibid.*), não poderá ser aceite, por exemplo, o «*monismo narrativista*» defendido por Bernard S. Jackson, pois esse monismo pretende «reduzir a intencionalidade e o logos *normativo próprios do juízo jurídico* (...) a uma *intencionalidade narrativa*». Mas, uma vez que «nem tudo se passa na imanência discursiva» e que a um nível *narrativo* não podemos negligenciar «dimensões normativas», a proposta de Jackson é, para Castanheira Neves, nada mais do que «uma tentativa de reconstrução teórica *a posteriori*, em perspectiva narrativa, de um *a priori* problema prático-normativo e da sua solução também especificamente normativa», que não pode ser aceite.

⁷⁶ António Castanheira NEVES, “Dworkin e a Interpretação Jurídica”, 466-488.

vo e que seja tida em conta a índole de uma particular verdade prática da determinação factual, é possível fazer uso de uma perspectiva argumentativa-narrativa para o direito.

A racionalidade subjacente ao modelo de Bex e outros é argumentativa-narrativa, mas sofre da crítica geral anteriormente referida. Não obstante, entendo que não precisamos de rejeitar ou de substituir os aspectos essenciais e inovadores da sua teoria, pois, como vimos, existem formas de superar os problemas apontados à teoria de Bex e outros, o que permite considerar a racionalidade que lhe está subjacente compatível com as exigências relativas à contro-
vêrsia global.

Porém, interessa perguntar: será isto suficiente para sustentar a necessidade de uma teoria argumentativa-narrativa para provar a causalidade? Creio que algo continua a faltar. Mas permitam-me dizer que essa falta é propositada. Julgo que não teria sido possível ir mais longe antes ou sem ter construído o caminho que foi entretanto apresentado.

4.6.4. Será necessária uma teoria argumentativa-narrativa para provar a causalidade?

Estando o caminho neste momento construído, podemos então perguntar: precisaremos de uma teoria argumentativa-narrativa como a que foi apresentada por Bex e outros para provar a causalidade? Julgo que sim.

Repare-se que, por exemplo, a teoria desenvolvida por Wright para a prova da causalidade acentua que, para provar o que sucedeu num caso particular, é necessário estabelecer que o facto existiu, o que implica demonstrar, de acordo com o grau de crença exigível, que todos os elementos abstractos contidos numa generalização causal (que não se afasta muito de uma narrativa causal) e nas leis causais subjacentes foram instanciados. Devido ao nosso conhecimento imperfeito desses elementos e à falta de prova particularística directa da instanciação de cada um destes elementos, em muitos casos será inevitável a realização de um juízo inferencial. Também será inevitável a comparação, em termos de coerência, da prova par-

ticularística com a história causal potencialmente aplicável ao que sucedeu no caso particular e, quando existam generalizações causais (histórias ou narrativas causais) concorrentes, a comparação da prova particularística, para aferir do respectivo grau de coerência, com as possíveis histórias/narrativas causais.⁷⁷

Ora, a meu ver, a teoria híbrida apresentada por Bex e outros poderia ser utilizada para resolver as diferenças entre as duas principais abordagens em relação à prova de uma forma que a tornariam também bastante eficaz para a prova da causalidade, uma vez que: a) determinar a causalidade factual poderá envolver compreender um processo causal factual concreto e não apenas determinar a existência de uma relação entre dois eventos, o que passa por recorrer a leis causais ou a generalizações causais; b) o modelo híbrido utiliza narrativas, as quais parecem estar em conformidade com a necessidade de se proceder a uma descrição do processo causal concreto e também com a possibilidade de explicações causais baseadas no senso-comum (ou, como se costuma também dizer, em generalizações causais); c) no modelo híbrido as «stories can be used to causally explain the explananda» e «these hypothetical stories can be supported and contradicted by evidential arguments based on evidence or general world knowledge», o que assegura a possibilidade de utilizar outros elementos da lógica, formal ou informal e que são particularmente úteis nas situações de conhecimento imperfeito das leis causais e de falta de prova particularística directa da instanciação dos elementos das generalizações causais de que nos socorremos; d) a teoria híbrida recorre a uma ideia de coerência, não só para avaliar a conformidade da narrativa com a prova ou a capacidade daquela para explicar todas as observações no caso, mas também para se certificar que a mesma narrativa é consistente, completa e plausível, o que poderá ser útil para comparar a prova particularística com a história causal potencialmente aplicável ao que sucedeu no caso particular e, quando existam generalizações causais (histórias ou narrativas causais) concorrentes, afastar ou descartar possíveis histórias/narrativas causais.

⁷⁷ Richard W. WRIGHT, "Proving Causation: Probability versus Belief", 208-209; e "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof", 1049.

As necessidades verificadas nas situações de causalidade demonstram assim que, para provar a causalidade, é importante fazer uso de um modelo argumentativo-narrativo como o apresentado por Bex e outros, ainda que provavelmente o mesmo deva ser complementado com a proposta de Jackson de narrativização da pragmática, a tese de Aroso Linhares da unidade metodológica e a teoria de Fischer, a fim de evitar as críticas que foram dirigidas à teoria sustentada por aqueles, nomeadamente no que respeita à aceitação da contraposição entre facto e direito e da correcção de uma teoria da correspondência da verdade, as quais seriam sempre dificilmente compagináveis com situações em que os lesados enfrentam dificuldades probatórias.

Mas, mesmo que se considere aceitável para provar a causalidade a utilização de um modelo argumentativo-narrativo que aponta para a ideia de coerência, existe uma questão que permanece e que terá de ser resolvida: de que forma poderá a racionalidade argumentativa-narrativa do modelo compatibilizar-se com a racionalidade que está subjacente à causalidade no direito?

4.7. É possível compatibilizar a racionalidade de um modelo de prova argumentativo-narrativo com a racionalidade subjacente à causalidade no direito?

Esta parece-me ser a parte mais difícil de uma investigação sobre a causalidade e a sua prova no contexto jurídico e é uma questão para a qual não estou ainda em condições de fornecer uma resposta adequada.

Mas talvez possa dizer para já algumas coisas.

Um grande problema suscitado pela causalidade no direito resulta do facto de o direito, para além de ter de enfrentar as dificuldades que a ciência, a filosofia e o conhecimento comum têm para capturar a causalidade, está obrigado a fornecer uma resposta normativa a uma questão causal. E essa resposta normativa poderá estar dependente do contexto de responsabilidade (por exemplo, civil ou penal) em que se discute a questão causal ou, assumindo um ponto de vista da teoria da eficiência sobre a causalidade e responsabilidade

de, dos fins relevantes de eficiência, como o *least cost harm avoider* do direito delitual.⁷⁸

As propostas de Jackson, Linhares e Fischer não resolvem o problema de estabelecer umnexo causal no contexto jurídico, nomeadamente em situações de incerteza factual, mas ajudam a reduzir ou até a eliminar a suposta dicotomia que persegue o problema da causalidade no contexto jurídico, pois não favorecem a distinção entre questões-de-facto e questões-de-direito e, no caso de Aroso Linhares, é sublinhada a inserção da controvérsia probatória na controvérsia global. Assim, aqueles autores demonstram, com Castanheira Neves, que o problema (substantivo ou processual) da causalidade no direito terá necessariamente de ser pensado no contexto da racionalidade jurídica ou normativa.

Ao mesmo tempo, e assumindo que a causalidade existe e pode ser provada, vale a pena sublinhar que as situações de incerteza factual causal verificadas no contexto jurídico serão talvez apenas casos paradigmáticos da dificuldade geral que o direito enfrenta quando discute a relação entre o discurso jurídico e a realidade. Para resolver esta dificuldade poderemos eventualmente fazer uso da ideia de coerência, designadamente como possível critério: para a realização de inferências quando o nosso conhecimento do mundo seja imperfeito ou para atender à multiplicidade de elementos abstractos existentes nas leis causais que estão subjacentes a uma generalização causal potencialmente relevante; para nos ajudar a comparar a prova particularística com as várias histórias/narrativas causais potencialmente aplicáveis e, nas situações de generalizações causais concorrentes, para verificar quais delas deverão ser atendidas. Mas nunca poderemos esquecer a ideia de uma particular verdade prática: esta

⁷⁸ Contra a perspectiva dos teóricos da eficiência sobre a causalidade e a responsabilidade, como Calabresi, Shavell, Landes e Posner, e Cooter, e favorecendo antes a tradicional teoria do direito delitual baseada na justiça correctiva, cfr. Richard W. Wright, "Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, 14 (1985) 435-456; e "The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics", in, *Chicago-Kent Law Review Symposium, Causation in the Law of Torts*, 63 (1987) 553-578.

estará necessariamente envolvida na determinação factual para assegurar que a decisão judicial sobre a causalidade possa ser um verdadeiro *jus dicere*.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

As situações de causalidade tipicamente suscitaram dúvidas em matéria factual. Os problemas e as dificuldades que normalmente surgem no que respeita à chamada "causalidade factual" apontam para a necessidade de modelos de prova que sejam adequados e capazes de acomodar os testes e as metodologias utilizados para a explicar e demonstrar num contexto jurídico. A configuração das situações de incerteza factual causal e os modelos de prova disponíveis justificam, a meu ver, a utilização de um modelo argumentativo-narrativo para provar a causalidade no direito.

Floris J. Bex e outros desenvolveram uma teoria híbrida, segundo a qual é possível criar uma ponte integrada entre duas abordagens principais para raciocinar sobre a prova jurídica: as chamadas «*evidential arguments based approach*» e a «*stories based approach*». O modelo híbrido proposto por Bex e outros é argumentativo-narrativo e pressupõe que: a) a combinação de histórias causais com argumentos e a sua abertura a críticas constitui uma forma racional de pensar; b) são necessários argumentos e histórias e, ao mesmo tempo, reconhece a interação entre prova, argumentos e histórias. Na sua teoria híbrida, as histórias e os argumentos são considerados «*communicating vessels*», permitindo-nos combinar as vantagens da abordagem baseada nas histórias e da abordagem baseada nos argumentos e resolver a maior parte dos problemas de cada uma destas abordagens. Em minha opinião, os pontos de partida utilizados para a construção do modelo, a simplicidade, a metodologia e a completude do modelo e as vantagens da sua teoria tornam bastante apelativo o modelo híbrido de Bex e outros. Todavia, também defendo, seguindo Aroso Linhares, que a teoria de Bex e outros parece fazer

uso de concepções demasiado estreitas e redutoras de argumento e de narrativa. Além disso, o modelo de Bex e outros sofre de uma crítica geral identificada por Aroso Linhares e anteriormente mencionada. Não obstante, creio que existem formas de superar os problemas que foram apontados à teoria. Os aspectos problemáticos da teoria de Bex e outros não surgem no paradigma narrativo de Fischer e, se utilizarmos a proposta de Jackson de narrativa de pragmática em conjugação com a tese da unidade metodológica de Aroso Linhares, será possível sustentar uma teoria argumentativa-narrativa alternativa sem correr o risco de virem a ser apontadas as críticas que foram dirigidas à teoria de Bex e outros. Deste modo, não precisamos de rejeitar ou substituir os principais ensinamentos da sua teoria.

Os testes habitualmente utilizados para determinar a causalidade factual parecem basear-se numa condicionalidade lógica. Porém, é preciso tomar em consideração um conhecimento não lógico do mundo quando avaliamos as relações causais. Além disso, a condicionalidade lógica em que se baseiam os testes em questão não fornece uma resposta adequada para todos os problemas de causalidade. De acordo com alguns autores, a inadequação e insuficiência dos testes baseados na condicionalidade lógica conduz à necessidade de ser explicada a génese causal do resultado. Tendo isto em consideração e assumindo que uma combinação de elementos de prova poderá garantir uma conclusão causal melhor do que qualquer um dos componentes da prova, deverá ser então utilizado um modelo narrativo para provar a causalidade?

Uma demonstração adequada da causalidade «*in ginezio*» parece exigir a demonstração da existência de uma lei de cobertura respeitante ao caso em questão. Richard W. Wright defendeu que, sem prova particularística, não existirá fundamento para aplicar uma generalização causal a um caso. O mesmo autor também sustentou que, devido ao nosso conhecimento imperfeito do mundo e à multiplicidade de elementos abstractos existentes nas leis causais que estão subjacentes a uma generalização causal potencialmente rele-

vante, em certos casos será necessário inferir circunstanciadamente da prova particularística prova dos elementos desconhecidos e inclusive de alguns elementos conhecidos. Mas isso não será ainda suficiente: também precisamos, segundo Wright, de demonstrar a coerência da prova particularística com a narrativa causal aplicável que sucedeu no caso particular e, em caso de generalizações causais concorrentes, afastar ou descartar aquelas que tenham elementos em falta ou devam ser consideradas implausíveis pela sua menor probabilidade. Assim, para Wright, provar a causalidade envolverá comparar a coerência da prova particularística com as várias narrativas causais (ou generalizações causais) potencialmente aplicáveis.

A teoria de Wright faz recordar o procedimento pressuposto no funcionamento do modelo híbrido de Bex e outros. Mas as semelhanças entre a teoria de Wright e o funcionamento do modelo híbrido de Bex e outros serão talvez apenas parciais. Se aceitarmos o modelo híbrido de Bex e outros para a prova da causalidade será necessário fazer alguns ajustes e melhorias na teoria de Wright, nomeadamente no que se refere à avaliação e teste da consistência, complexidade e plausibilidade das histórias causais potencialmente aplicáveis e implicará adoptar a perspectiva sustentada por aqueles autores sobre o raciocínio no processo de prova, para o qual a teoria de Wright também parece fazer apelo: uma perspectiva argumentativa-narrativa.

Ora, em relação a este último ponto, desde que seja fornecida uma justificação ou uma base normativa e seja tomada em consideração a índole de uma particular verdade prática no que respeita à determinação factual final e decisiva, julgo que poderemos fazer uso de uma perspectiva argumentativa-narrativa no direito. Em minha opinião, os problemas e as dificuldades verificadas em relação aos casos de causalidade parecem apontar para o facto de ser importante, em matéria de prova da causalidade, a utilização de um modelo argumentativo-narrativo, tal como o que foi apresentado por Bex e outros, ainda que provavelmente deva ser complementado com as propostas, teses e teorias de Jackson, Aroso Linhares e Fischer.

Estas propostas não resolvem o problema de estabelecer um nexo causal no contexto jurídico, mas, em minha opinião, demonstram, em conformidade com o ensinamento de Castanheira Neves, que o problema da causalidade no direito terá de ser pensado no contexto da racionalidade jurídica ou normativa. Poderemos fazer uso da ideia de coerência como possível critério para a realização de inferências, para ajudar à comparação da prova particularística com as várias narrativas causais potencialmente aplicáveis e também para verificar se as próprias narrativas causais estão em conformidade com o nosso conhecimento sobre o mundo, mas sem esquecer ainda a ideia de uma particular verdade prática: esta estará necessariamente envolvida na determinação factual, para assegurar que a decisão judicial sobre a causalidade possa ser um verdadeiro *jus dicere*.