



ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO REGIONAL DE LISBOA

Q&A

PROVA JUDICIAL e probabilidades

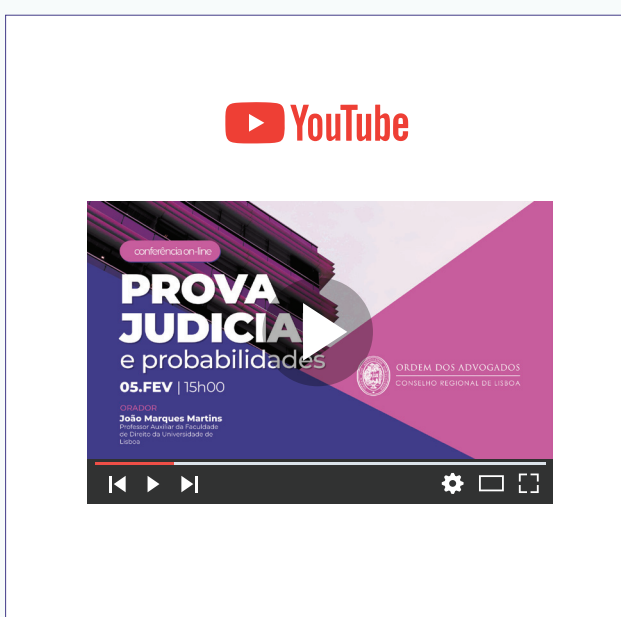
ORADOR

João Marques Martins

Professor Auxiliar da Faculdade
de Direito da Universidade de
Lisboa

conferência on-line

PROVA JUDICIAL E PROBABILIDADES



DIPLOMAS*

DECRETO-LEI N.º 47344

Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25

Código Civil

<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>

Artigo 346.º (Contraprova)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202103221125/73905831/diploma/indice>

Artigo 368.º (Reproduções mecânicas)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202103221125/73905857/diploma/indice>

Artigo 369.º, n.º 1 (Competência da autoridade ou oficial público)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202103221125/73905859/diploma/indice>

Artigo 563.º (Nexo de causalidade)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202103221125/73906098/diploma/indice>

Artigo 1859.º, n.º 3 (Impugnação)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202103221125/73907709/element/diploma#73907709>

LEI N.º 15/2002

Diário da República n.º 45/2002, Série I-A de 2002-02-22

Código de Processo nos Tribunais Administrativos

Republicação pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro de 2019 (Anexo III)

https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124738577/view?p_p_state=maximized

Artigo 54.º, n.º 2, al. b) (Impugnação de ato administrativo ineficaz)

https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/158286901/202104220445/74031068/diploma/indice?p_p_state=maximized

* A presente compilação não pretende ser exaustiva e não prescinde a consulta destes e de outros textos legais publicados em Diário da República, disponíveis em <https://dre.pt/>.

LEI N.º 7/2009

Diário da República n.º 30/2009, Série I de 2009-02-12

Código do Trabalho

<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34546475/view>

Artigo 403.º, n.º 1 (Abandono do trabalho)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123915628/202103221213/73775819/diploma/indice>

LEI N.º 41/2013

Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26

Código de Processo Civil

<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>

Artigo 368.º, n.º 1 (Deferimento e substituição da providência)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532393/202103221201/73790690/diploma/indice>

Artigo 607.º, n.º 4 (Sentença)

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532393/202104081401/73790974/diploma/indice>

PROVA JUDICIAL E PROBABILIDADES

JOÃO MARQUES MARTINS

05.02.2021

- SUMÁRIO

- 1. O discurso probabilístico na prova judicial
- 2. Os diversos significados de “probabilidade”
- 3. O significado adequado à prova judicial
- 4. Hipóteses de trabalho

1. O DISCURSO PROBABILÍSTICO NA PROVA JUDICIAL

■ Na lei

- Código Civil (artigo 563.º): *“a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”*
- Código de Processo Civil (artigo 368.º/1): *“A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão.”*
- Código do Trabalho (artigo 403.º/1): *“Considera-se abandono do trabalho a ausência do trabalhador do serviço acompanhada de factos que, com toda a probabilidade, revelam a intenção de não o retomar.”*
- Código de Processo nos Tribunais Administrativos (artigo 54.º/2-b): os atos administrativos podem ser impugnados, apesar de não terem produzido efeitos, quando *“seja seguro ou muito provável que o ato irá produzir efeitos, (...)”*

1. O DISCURSO PROBABILÍSTICO NA PROVA JUDICIAL

■ Nos Tribunais

- STJ 16.12.2020 (Proc.º n.º 1976/17.4T8VRL.G1.S1 | Tomé Gomes): “No caso de perda de chances processuais, importa fazer o chamado “*juízo de probabilidade*” no sentido da solução jurídica altamente provável que o tribunal da ação em que a parte ficou prejudicada viesse a adotar.”
- STJ 25.10.2018 (Proc.º n.º 2581/16.8T8LRA.C2.S1 | Bernardo Domingos): “impõe-se concluir que se os funcionários da R. tivessem prestado a informação legal e contratualmente devida o A. muito provavelmente, com altíssima probabilidade, nunca teria subscrito aquela aplicação.”.
- RP 15.12.2010 (Proc.º n.º 1135/10.7TTPNF-A.P1 | António José Ramos): “No procedimento cautelar de suspensão de despedimento o tribunal não tem de se pronunciar sobre se existe ou não justa causa de despedimento, mas apenas formular um juízo de probabilidade, segundo os dados fornecidos (...) sobre se os factos atribuídos ao trabalhador são, ou não, susceptíveis de integrar a justa causa de despedimento.”

1. O DISCURSO PROBABILÍSTICO NA PROVA JUDICIAL

▪ A (problemática) medida da prova

- *Primeira perspetiva: a medida da prova da parte contrária.* Gradua-se a consistência processual da representação fáctica decorrente da prova tarifada ou livre segundo o tipo de efeito na convicção do juiz a obter pela contraparte interessada na insubsistência da referida representação.
- *Segunda perspetiva: a medida da convicção do julgador.* Discute-se a intensidade da convicção que o juiz deve alcançar sobre a veracidade de uma representação de facto para considerá-la provada e, em consequência, tomá-la como fundamento da decisão judicativa

1. O DISCURSO PROBABILÍSTICO NA PROVA JUDICIAL

▪ (Cont.) A medida da prova contrária

- *Prova plena.* A parte interessada atinge o seu objetivo fazendo prova do contrário, ou seja, demonstrando a verificação de facto espaciotemporalmente incompatível com o representado ou a verificação do facto cuja ocorrência se encontrava negada pela prova plena (ex.: confissão; prova documental).
- *Prova bastante.* A parte interessada em que ela não subsista atingirá o seu desiderato se colocar a dúvida, no espírito do julgador, sobre a veracidade da representação previamente construída (v. artigo 346.º CC).

1. O DISCURSO PROBABILÍSTICO NA PROVA JUDICIAL

▪ (Cont.) A medida da convicção do julgador

- *Prova total (ou stricto sensu)*. Corresponde a uma convicção do julgador incompatível com a admissão de que a realidade pode ser distinta da que se considera provada. Trata-se da certeza permitida pelas limitações epistemológicas e práticas impostas ao julgador.
- *Mera justificação*. Basta-se com a demonstração da verosimilhança ou plausibilidade a respeito da verificação ou não-verificação de um facto. Uma representação ou proposição de facto é, neste sentido, considerada justificada quando o juiz fica convencido de uma predominante probabilidade da sua veracidade. Dito de outro modo: o juiz fica mais convencido da verificação do facto do que da sua não-verificação. Tem lugar apenas quando a lei a prevê expressamente (ex.: artigos 368.º/1 e 369.º/1 CPC e artigo 1859.º/3 CC).

1. O DISCURSO PROBABILÍSTICO NA PROVA JUDICIAL

■ (Cont.) Os ensaio quantificadores da medida da prova

➤ *Dúvida*. O grau de convicção necessário para se considerar observado o ónus de prova pode ser quantificado?

➤ *Em particular nos EUA*.

❖ A probabilidade preponderante (*balance of probabilities; preponderance of evidence*). O facto considera-se provado se o julgador considerar que existe uma probabilidade superior a 0,5 de o facto se ter verificado.

❖ Prova além da dúvida razoável (*proof beyond reasonable doubt*). O facto considera-se provado se o julgador (júri) considerar que existe uma probabilidade muito superior a 0,5 de o facto se ter verificado. A literatura costuma falar de uma probabilidade de 0,9 ou 0,95.

2. OS DIVERSOS SIGNIFICADOS DE “PROBABILIDADE”:

▪ Frequentismo |

- *Noção.* A probabilidade diz-nos a *frequência* com que um evento se verifica, quando o fenómeno sob análise se repete muitas vezes.
- *Aplicação.* Difundido sobretudo na matemática e nas ciências naturais, mantendo interesse nos jogos de sorte. Ligada à estatística.
- *Limitações.* Incapacidade de captar a utilização do vocábulo “probabilidade” e seus derivados em diversos contextos. Exemplo: a antevisão de um jogo entre as equipas *A* e *B*, que nunca se defrontaram no passado. Se alguém sugere a elevada probabilidade de a equipa *A* ganhar, a sua previsão não assenta numa estatística pretérita nem, com semelhante declaração, pretende o analista significar que se *A* e *B* se defrontarem 300 vezes, *A* ganhará 290 partidas.

2. DIVERSOS SIGNIFICADOS DE “PROBABILIDADE”

▪ Subjetivismo

- *Noção.* A probabilidade expressa a medida da convicção que quem a atribui tem a respeito da verificação/existência de determinado facto. A ideia de uma interpretação subjetivista das probabilidades assenta na pressuposição de um agente racional cuja convicção é dinâmica e varia em função da aquisição de nova informação, *nova prova*.
- *Aplicação.* Particularmente útil nas circunstâncias em que inexistem dados que indiquem a frequência relativa de um fenómeno.
- *Limitações.* Dúvidas sobre a sua admissibilidade como interpretação de probabilidades. Acordo sobre o método adequado à quantificação da convicção do agente.

2. DIVERSOS SIGNIFICADOS DE “PROBABILIDADE”

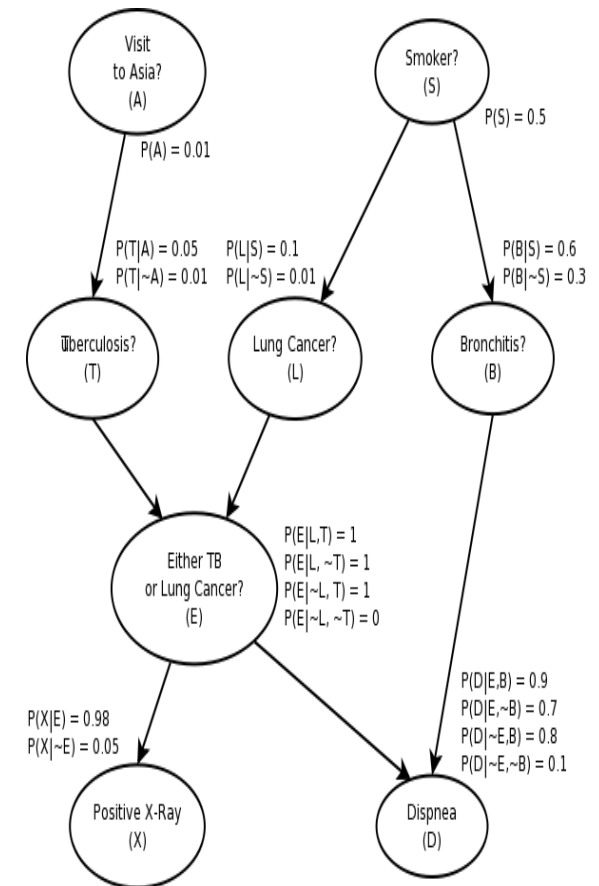
▪ Bayesianismo

➤ *Noção.* aprender é inferir, ou seja, ajustar convicções através de novos dados. O teorema de Bayes computa essa relação.

$$p(h/e) = \frac{p(h) \times p(e/h)}{p(e)}$$

➤ *Redes Bayesianas.* descrição explícita das dependências diretas entre um conjunto de variáveis, através de um gráfico acíclico dirigido.

➤ *Limitações.* tarefas classificatórias ou de construção conceptual.



3. O SIGNIFICADO ADEQUADO À PROVA JUDICIAL

- Frequentismo | A nossa noção de probabilidade não é, ao menos, sempre frequentista; particularmente no foro.
- Subjetivismo / Bayesianismo | Desvaloriza a necessidade de rigor quanto às probabilidades prévias, mas não pode deixar de pedir esse rigor na determinação da relação probabilística entre a prova e a hipótese. Dificilmente esta relação se encontra determinada no foro.
- Em geral | A estrutura formal do discurso probabilístico na prova judicial é incompatível com o sentido matemático da teoria das probabilidades. Os paradoxos propostos por L. Johathan Cohen. A quantificação da convicção aparenta ser ficcionada, infundada. Outros paradoxos: pode a prova disponível ser fraca relativamente a q e a $\sim q$; não obstante: $p(q) + p(\sim q) = 1$ (S. Haack). Apreciação holística e não unitária da prova (Amalia Amaya).
- É necessário aclarar o sentido de “probabilidade” na prova judicial?

4. HIPÓTESE DE TRABALHO 1

■ Problema:

- O Senhor X tomou um suplemento vitamínico que causou uma reação alérgica grave, de que resultou sofrimento nos dias posteriores, bem como algumas sequelas para o futuro. Provou-se que o agente alergénico não era referido na bula nem devia sê-lo, pois a sua presença nas cápsulas só podia explicar-se por um processo de contaminação durante o fabrico. X pretende ser indemnizado.
- O suplemento vitamínico em causa é produzido e distribuído por dois laboratórios: o LAB-Y, com uma quota de mercado equivalente a 30%, e o LAB-Z, com uma quota de mercado equivalente a 70%.
- O suplemento vitamínico em causa é vendido em frascos de 20 cápsulas e em frascos de 40 cápsulas. Cerca de 90% da produção do LAB-Y corresponde a frascos de 20 cápsulas, sendo equivalente a percentagem da produção do LAB-Z que consiste em frascos de 40 cápsulas.
- Admitindo que X consegue provar que era de 20 cápsulas o frasco de onde provieram as que lhe causaram a reação alérgica, qual é a probabilidade de o mesmo ter sido produzido e distribuído pelo LAB-Y?

4. HIPÓTESE DE TRABALHO 2 (BGH III Zivilsenat de 14.12.1953)

▪ Contexto:

- Em 25.06.1942, a senhora Y recebeu uma transfusão de sangue, para a qual foi utilizado sangue doado por Z.
- Em 11.06.1942, Z havia sido submetido a um teste de Wassermann, cujo resultado veio a revelar-se positivo, tendo a inscrição dessa informação no processo clínico do dador ocorrido apenas em 01.07.1942.
- Em 1947, Y pretendeu dar sangue. Nessa ocasião, foi submetida ao teste de Wassermann, cujo resultado foi positivo.
- Y viria a falecer.
- O marido de Y demandou o Estado de Schleswig-Holstein, pedindo uma indemnização pelos danos sofridos em resultado de aquela ter, através da transfusão, contraído sífilis.

4. HIPÓTESE DE TRABALHO 2 (BGH III Zivilsenat de 14.12.1953)

■ Factos/provas:

➤ Teria Y sífilis?

- X, marido de Y, não era portador da doença.
- Teste de Wassermann positivo; todavia, o mesmo sucede na presença de outras doenças (tuberculose, lúpus, etc.), que não a sífilis.
- Y apresentava deposição óssea; todavia, esta condição pode ser causada por outras doenças, além da sífilis.

➤ Se sim, teria Y contraído a doença na transfusão?

- Porque Z era portador da doença (sífilis) no estadio III, afigura-se improvável a infeção via transfusão de sangue.
- Um sintoma característico, qual fosse o *rash* cutâneo, que se deveria ter verificado nos 3 meses após a transfusão, caso esta tivesse sido a causa da doença em Y, não ocorreu.
- Os filhos do casal não eram portadores da doença, sendo certo que haviam nascido pouco antes de Y receber a transfusão de sangue.

- CONCLUSÕES

- Os limites ou ficcionismo da quantificação da convicção
- A quantificação subjetivista da convicção, enquanto modo de argumentação.
- A ponte para a inteligência artificial

QUESTÕES*

QUESTÃO 1

“Gostaria de saber a opinião do Sr. Professor quanto às cláusulas de limitação e de exclusão da responsabilidade existentes em contratos comerciais (junto exemplo abaixo). Estas cláusulas são admissíveis na ordem Jurídica Portuguesa em contratos entre comerciantes? Em caso afirmativo, qual o impacto destas cláusulas de limitação e de exclusão da responsabilidade existentes em contratos comerciais no juízo de probabilidade?”

Ex:

O Vendedor não é responsável em qualquer circunstância por quaisquer prejuízos ou danos especiais, indiretos, imateriais, acidentais, incidentais, ao Comprador ou a terceiros, incluindo a título meramente exemplificativo e sem carácter limitativo, danos emergentes e lucros cessantes, perda de receita ou de negócios, perda de produção, que tenham causa ou estejam por qualquer forma relacionados com os produtos, serviços, qualquer pedido, encomenda, contrato ou respectiva resolução, não-renovação ou extinção, ficando os danos diretos limitados ao preço contratual.

Em qualquer circunstância, a responsabilidade do Vendedor fica estritamente limitada, independentemente da causa ou do motivo da reclamação/pedido de indemnização, ao valor líquido do contrato de venda que ocasionou a reclamação/pedido de indemnização.”

RESPOSTA

1:21:36 a 1:32:39

https://www.youtube.com/watch?v=pw_XEi_Z2to#t=1h21m36s

QUESTÃO 2

“O programa / sistema que está a mostrar é um modelo AI para cálculo probabilidades? Existe um modelo open source programável que possa disponibilizar?”

RESPOSTA

1:32:40 a 1:35:43

https://www.youtube.com/watch?v=pw_XEi_Z2to#t=1h32m40s

* A presente compilação transcreve, sem revisão, as questões colocadas pelos advogados aos oradores relativamente a cada temática.

FICHA TÉCNICA

Título

Prova Judicial e Probabilidades

Edição

Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados

Rua dos Anjos, 79

1050-035 Lisboa

T. 21 312 98 50 E. crlisboa@crl.oa.pt

www.oa.pt/lisboa

Coordenação

João Massano

Centro de Publicações

Ana Dias

Marlene Teixeira de Carvalho

Colaboradores

Isabel Carmo

Susana Rebelo

Sofia Galvão