

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

Leonard Ziesemer Schmitz

RACIOCÍNIO PROBATÓRIO POR INFERÊNCIAS
Critérios para o uso e controle das presunções judiciais

Doutorado em Direito

Orientador: José Manoel de Arruda Alvim Netto

SÃO PAULO

2018

Leonard Zieseimer Schmitz

RACIOCÍNIO PROBATÓRIO POR INFERÊNCIAS
Critérios para o uso e controle das presunções judiciais

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Livre-Docente José Manoel de Arruda Alvim Netto

SÃO PAULO

2018

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SCHMITZ, Leonard Ziesemer

Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e controle das presunções judiciais / Leonard Ziesemer Schmitz; orientador José Manoel de Arruda Alvim Netto -- São Paulo, 2018, 324f.

Direito processual civil; hermenêutica jurídica; decisão judicial; direito probatório.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

Nome: SCHMITZ, Leonard Zieseimer

Título: Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e controle das presunções judiciais.

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Livre-Docente José Manoel de Arruda Alvim Netto

Aprovada em:

Conceito:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Dedico este trabalho à guerreira que passou por uma tormenta
sem dar chance. Saiu mais forte que entrou, e hoje ri à toa,
cheia de juventude.

À Mamãe

AGRADECIMENTOS

Tudo nesta tese é resultado do apoio que recebi das pessoas que estiveram próximas durante os quatro anos de doutoramento. Devo agradecimentos sinceros:

Ao meu pai *Neilor*, fonte maior da minha inspiração, coração mais sonhador que já conheci. Agradeço por querer o mundo inteiro pra mim. À mamãe *Carla*, por ser minha melhor amiga sempre. À pessoa com quem cada vez mais me pareço e de quem invejo o talento, meu irmão *Konrad*, agradeço por me dar o porto seguro de saber que onde quer que eu vá, volto pra casa quando estamos juntos.

Ao professor *Arruda Alvim*, orientador em mais essa jornada, pelo aprendizado diário e pela análise minuciosa do trabalho. Agradeço também pelo contato próximo que me permitiu ter e por me mostrar o que são integridade e humildade no trato profissional. Ao professor *Scott Brewer*, pela gentileza de me receber e orientar na pesquisa realizada na Harvard Law School, e pela troca insistente de ideias. Aos professores da PUC/SP: *Teresa Arruda Alvim*, *Tércio Sampaio Ferraz Jr.*, *Cassio Scarpinella Bueno*, *Claudio Langroiva Pereira* e *Pedro Serrano*.

Aos amigos que perderam muito tempo relendo, revisando, aconselhando e corrigindo a tese: *Georges Abboud*, *Carolina Uzeda* e *Thiago Siqueira*, vozes ocultas do que está escrito adiante. Vocês fizeram deste trabalho algo muito mais maduro, e por isso sou sinceramente grato.

Àqueles que me apoiaram muito e aguentaram repetitividade de quem só sabia falar de “doutorado”. À *Barbara*, pelo incentivo, carinho e cumplicidade de anos e anos. *Álvaro* e *André Stahnke*, irmãos de outras famílias. Aos amigos *Underground*, por fazerem a vida em São Paulo mais divertida. Aos *Índios*, que trouxeram um pouco do Sul junto para São Paulo. Ao pessoal “das sete horas”, primeiras e ofegantes conversas madrugadas de todo dia: *Bernardo*, *Bruna*, *Guilherme*, *Julio*, *Loretta*, *Luiza*, *Nara*, *Pedro* e *Rafael*.

Sempre, aos amigos da vida toda: Irmãos *Lajús*, *Bruno Christofoli*, *Daniel*, *Felipe*, *Farinelli*, *Hack*, *Guilherme Simas*, *Luquinhas*, *Paolo*, *Quik*, *Rene* e *Saulo*. A amigos que foram importantes: *Danielle*, *Isadora*, *Monica*, *Sofia*, *Thaís*.

Finalmente, à CAPES, pela bolsa concedida que tornou possível a realização deste trabalho, meu muito obrigado.

“All you touch and all you see, is all your life will ever be”

Pink Floyd – Breathe

“A vida se rebela contra todos os esforços de simplificação do direito”.

Jerome Frank¹

“Filosofar consiste em inverter a marcha habitual do trabalho do pensamento”.

Henri Bergson²

¹ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor, 1936, p. 120 – tradução livre.

² BERGSON, Henri. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1979, p. 32.

RESUMO

A presente tese de doutoramento busca tratar das presunções simples ou presunções judiciais, assim entendidos os raciocínios inferenciais sobre fatos não conhecidos, a partir de fatos conhecidos e provados em um caso concreto. Quer-se, antes de tudo, identificar quais são os espaços de discricionariedade que se blindam por trás de fundamentos presuntivos insuficientes. O trabalho está dividido em duas partes, com três capítulos cada. A primeira parte serve para estabelecer premissas teóricas, e a segunda para abordar mais de perto o tema das presunções em juízo. O primeiro capítulo fala a respeito das condições de possibilidade para que o intérprete de um caso concreto tome conhecimento dos fatos narrados por outros Sujeitos-intérpretes. São feitas ainda anotações sobre a maneira como o resgate do passado ocorre quando o juiz analisa as provas e as narrativas probatórias das partes. O segundo capítulo trata da ciência e da racionalidade como fundamentos para a relação entre dois fatos – um sabido, outro não sabido. Fazem-se considerações sobre as generalizações a partir da experiência, que permitem raciocínios dedutivos, indutivos e analógicos. É também questionada a suficiência do uso do argumento “racionalidade”, muitas vezes insuficiente para presumir. O terceiro capítulo fala sobre a relação entre provas e verdade, especialmente quando uma presunção judicial frequentemente é feita em nome da “busca da verdade” no processo judicial. Dando início à segunda parte, o quarto capítulo discute a divisão de trabalho entre partes e juiz no acerto dos fatos, estabelecendo limites de atuação de cada Sujeito do processo. Fala-se também do ativismo judicial em matéria de provas e da possibilidade de produção oficiosa de provas. O quinto capítulo trata especificamente das presunções e das regras da experiência (art. 375, do CPC), que lhes servem de base. O sexto e último capítulo capta as presunções em seu uso prático e fala, com detalhe, da decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, do CPC), que pode ser um momento oportuno para o trato correto do tema. Por fim, são traçadas conclusões a respeito de uma possível criteriologia para o uso legítimo e discursivo do raciocínio inferencial probatório.

Palavras-chave: Direito processual civil; direito probatório; presunções judiciais; hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

The present doctoral thesis seeks to deal with judicial presumptions, thus understood inferential reasoning about unknown facts, from facts known and proven in a concrete case. First, we want to identify if there are the spaces of discretion that are shielded by insufficient presumptive arguments. The work is divided into two parts, with three chapters each. The first part serves to establish theoretical premises, and the second part to approach more closely the topic of presumptions in court. The first chapter discusses the conditions of possibility for the interpreter of a particular case to become aware of the facts narrated by other Interpreter-Subjects. Further notes are given on how the ransom of the past occurs when the judge analyzes the evidence and the probative narratives of the parties. The second chapter deals with science and rationality as grounds for the relation between two facts – one known, one unknown. Considerations are made about generalizations from experience, which allow for deductive, inductive, and analogical reasoning. Also questioned is the sufficiency of the use of the argument of "rationality", often insufficient to infer. The third chapter discusses the relationship between evidence and truth, especially when a judicial presumption is often made in the name of the "pursuit of truth" in the judicial process. Moving on to the second part, the fourth chapter addresses the division of labor between parties and judge in the correctness of the facts, establishing limits of action of each Subject of the process. There is also talk of judicial evidentiary activism. The fifth chapter deals specifically with the presumptions and rules of experience (Article 375 of the CPC), which serve as argumentative basis for inferences. The sixth and final chapter captures presumptions in their practical use and speaks, in detail, of the decision to reorganize and organize the process (article 357 of the CPC), which may be an opportune moment for the correct treatment of the subject. Finally, conclusions are drawn about a possible criteriology for the legitimate and discursive use of inferential reasoning.

Key words: Civil procedural law; Evidence law; Presumptions; Legal hermeneutics.

RIASSUNTO

La presente tesi di dottorato si propone di trattare le presunzioni semplici, inteso così il ragionamento inferenziale su fatti sconosciuti, da fatti noti e provati in un caso concreto. Prima di tutto, vogliamo identificare quali sono gli spazi di discrezionalità che sono protetti da fondamenti presuntivi insufficienti. Il lavoro è diviso in due parti, con tre capitoli ciascuna. La prima parte serve per stabilire le premesse teoriche e la seconda parte per avvicinarsi al tema delle presunzioni. Il primo capitolo discute le condizioni di possibilità per l'interprete di un caso particolare di prendere coscienza dei fatti narrati da altri Interpreti-Soggetti. Ulteriori note vengono fornite su come il riscatto del passato si verifica quando il giudice analizza le prove e le narrazioni probatorie delle parti. Il secondo capitolo riguarda la scienza e la razionalità come fondamento della relazione tra due fatti: uno conosciuto, l'altro non noto. Vengono fatte considerazioni sulle generalizzazioni dall'esperienza, che consentono ragionamenti deduttivi, induttivi e analogici. Viene anche messa in discussione la sufficienza dell'uso dell'argomento "razionalità", spesso insufficiente a presumere. Il terzo capitolo discute la relazione tra prove e verità, specialmente quando una presunzione viene spesso fatta in nome della "ricerca della verità" nel processo giudiziario. A partire dalla seconda parte, il quarto capitolo discute la divisione del lavoro tra le parti e il giudice nella correttezza dei fatti, stabilendo i limiti di azione di ciascun soggetto del processo. Si parla anche di attivismo giudiziario in termini di prove e sulla possibilità di produrre prove *ex officio*. Il quinto capitolo riguarda specificamente le presunzioni e le regole dell'esperienza (articolo 375 del CPC), che sono basi per l'inferenze. Il sesto e ultimo capitolo cattura le presunzioni nel suo uso pratico e parla, in dettaglio, della decisione di riorganizzare e organizzare il processo (articolo 357 del CPC), che potrebbe essere un momento opportuno per il corretto trattamento della materia. Infine, vengono tratte conclusioni su una possibile criteriologia per l'uso legittimo e discorsivo del ragionamento inferenziale.

Parole-chiavi: Diritto processuale civile; Diritto probatorio; Presunzioni; Ermeneutica giuridica.

SUMÁRIO

Introdução: Como é que Watson sabe o que é “elementar” no raciocínio de Sherlock Holmes?	14
PRIMEIRA PARTE – COMO COMPREENDEMOS OS FATOS QUE BUSCAMOS ACERTAR NO PROCESSO	24
1. O DISCURSO JUDICIAL COMO ESPÉCIE DE NARRATIVA	24
1.1. A Hermenêutica e porquê não temos como escapar da linguagem.....	24
1.1.1. O conhecimento do mundo e o mundo em si.....	24
1.1.2. Se não há mundo em si, não há sentido do texto em si.....	27
1.1.3. Modelo básico de atribuição de sentidos entre expectativa (projeção) e preenchimento – a circularidade da compreensão	29
1.1.4. A irrepetibilidade da interpretação.....	29
1.1.5. Vieses cognitivos: os pré-conceitos legítimos e ilegítimos do comportamento 36	
1.2. A verificação de fatos no processo e na história – o velho dilema do juiz e do historiador	43
1.2.1. Reconstrução do passado no presente – a dimensão histórica da prova..	46
1.3. A dimensão literária da narrativa judicial.....	51
1.3.1. O story-telling no acerto dos fatos	55
2. O ACHATAMENTO DA HISTÓRIA PELA CIÊNCIA.....	59
2.1. O paradigma do saber científico e a negação do momento hermenêutico	59
2.1.1. Ciência como religião – a pretensão de totalidade do pensamento científico	63
2.1.2. A experiência é o critério que permite movimentos cognitivos racionais?	66
2.1.3. Sobre conceitos e sua limitação	70
2.1.4. Método e ciência – podemos falar de caminhos predeterminados em matéria de provas?	76
2.2. Racionalismo como produto estético	80
2.2.1. Racionalização <i>posterior</i> ao conhecimento e o problema da discricionariedade	84
2.2.2. Respostas “irracionais” são inaceitáveis?	90
2.3. Movimentos racionais: dedução, indução e abdução	92
2.3.1. Sócrates é mortal.....	95
2.3.1.1. Entimemas como silogismos incompletos.....	98
2.3.2. ...Logo, todos os corvos são pretos	100
2.3.3. Abdução, ou inferência para a melhor explicação.....	103

2.3.4. Aplicando os conceitos racionais – a analogia e a igualação de situações iguais.....	109
3. RELAÇÃO ENTRE PROVA (PRESUNÇÃO) E VERDADE	115
3.1. Verdade e verdades – estamos falando de algo útil para o Direito?	115
3.2. Quem detém a verdade? A dimensão retórica e a dinâmica do exercício de poder através da última palavra sobre o real	119
3.3. Verdade “absoluta” e verdades possíveis – uma falsa dicotomia a serviço da discricionariedade.....	124
3.4. A verdade é finalidade institucional das provas? Os “truth-oriented judgements”	130
3.4.1. O argumento sedutor da busca da verdade no processo	132
SEGUNDA PARTE – INFERÊNCIAS E PRESUNÇÕES SOBRE OS FATOS DO PROCESSO.....	137
4. A POSIÇÃO OCUPADA PELO JUIZ NO ACERTAMENTO DOS FATOS	137
4.1. Ativismo judicial e a confiança nos bons juízes	137
4.2. Poderes do juiz na produção de provas e nas presunções	142
4.2.1. Princípio dispositivo e a titularidade do requerimento pela produção probatória.....	143
4.2.2. Poderes instrutórios do juiz e o ativismo em matéria de provas – alguém é conhecedor privilegiado da realidade?	146
4.2.3. A investigação e a suposta ignorância sobre o resultado da prova.....	152
4.3. Em busca de critérios para dizer que ‘p’ está provado.....	156
4.3.1. Convencimento judicial e o grau de suficiência demonstrativa das provas	157
4.3.2. Probabilidade e Certeza – estágios da verdade no processo?	164
4.3.3. São úteis os teoremas matemáticos de probabilidade, no campo do direito probatório?.....	169
5. AS PRESUNÇÕES JUDICIAIS E AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA	180
5.1. Visão geral das presunções	180
5.1.1. O conceito clássico de presunção – o fato ignorado e seu conhecimento	180
5.1.2. Classificação das presunções	184
5.1.3. Presunções legais, em especial as relativas	186
5.1.4. Presunções absolutas e ficções	190
5.1.5. Presunções simples ou judiciais	193
5.2. A presunção e a distribuição do ônus de prova	194
5.2.1. Julgamento por ônus e a situação de “dúvida” em face de presunções .	196
5.2.2. O que significa inverter o ônus da prova? – lições do direito norte-americano.....	200
5.3. Regras de experiência e o Sujeito que apreende aquilo que ordinariamente acontece	206

5.3.1. Estrutura das máximas – achatamento da realidade e as lacunas no “ordenamento completo”	212
5.3.2. A inevitabilidade dos juízos fáticos sobre o mundo da vida – em todo raciocínio há experiência	219
5.3.3. Essência das coisas e constância da ordem natural	221
5.3.4. As exceções à regra da experiência são casos de azar?	228
5.3.5. Fatos notórios são regras da experiência?	231
5.4. Regras de experiência, analogia e igualdade.....	236
5.4.1. Características da igualdade entre casos desiguais	239
5.4.2. Jurisprudência como fonte de presunções – os precedentes e a igualdade de situações de fato.....	245
6. EM BUSCA DE CRITÉRIOS CONTRA A DISCRICIONARIEDADE NO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO.....	250
6.1. Tema de prova – quais são os fatos que devem ser provados?	250
6.1.1. É útil diferenciar provas diretas de provas indiretas?	255
6.2. Saneamento e responsabilidade compartilhada dos sujeitos pelo acerto dos fatos.....	258
6.2.1. O contraditório como pressuposto do saneamento adequado.....	261
6.2.3. O problema do controle a posteriori dos juízos de fato	263
6.2.4. A participação das partes no conteúdo das presunções	265
6.3. A dinâmica das regras de experiência em juízo.....	270
6.3. A fundamentação da decisão que presume, e o controle das presunções na fundamentação.....	273
6.3.1. A valoração das provas e os fatos presumidos	277
7. Conclusão: critérios para inferências legítimas nas presunções judiciais.....	282
Bibliografia.....	292

Introdução: Como é que Watson sabe o que é “elementar” no raciocínio de Sherlock Holmes?

No conto *A study in Scarlet*, de Arthur Conan Doyle, o médico John Watson caminha pelo apartamento de seu amigo Sherlock Holmes quando se depara com uma revista que contém um artigo intitulado “O livro da vida” (*The book of life*). Nele, o narrador se empenha em demonstrar as vantagens de uma vida vivida na qualidade de observador atento dos detalhes da vida. O autor do texto garante que para aquele treinado na arte da dedução, o engano é uma impossibilidade. Suas conclusões são “infalíveis como as proposições de Euclides”. Um trecho chamou a atenção:

De uma gota de água, um lógico pode inferir a possibilidade de um Atlântico ou um Niagara, sem ter visto ou ouvido falar deles. Então toda a vida é uma grande corrente, cuja natureza é sabida assim que nos é mostrado um mero elo. Como todas as outras artes, a ciência da dedução e análise somente pode ser adquirida por um longo e paciente estudo. [...] pelas unhas de um homem, por seu casaco, suas botas, suas calças, os calos de seu indicador e polegar – por todas essas coisas sua essência é de plano revelada.³

Watson não consegue esconder o espanto com o exagero do artigo. Segundo ele, trata-se “evidentemente da teoria de um leigo, que retira esses conceitos gerais de sua experiência própria de vida. Não é algo prático”.⁴ Eis que Sherlock Holmes, ouvindo o amigo resmungar, revela ser ele próprio o autor do texto, e lhe assegura que a arte da dedução é infalível, pois até o momento não o levou a cometer nenhum equívoco na observação e na previsão de fatos não sabidos.

A alegoria ao detetive da Scotland Yard pode nos servir como uma boa introdução para o tema do presente estudo. Os saltos lógicos exagerados, fantasiosos, que apenas Holmes é capaz de fazer, dão o tom cômico da obra de Conan Doyle e surpreendem a todos os expectadores (inclusive o leitor), que afinal teriam deixado de notar as obviedades de um caso investigado. As descobertas de Holmes, segundo o próprio, são meramente *elementares*. Nada além do ordinário, nada que não seja naturalmente deduzível. E justamente aí, a presente tese se coloca. Como membros da comunidade jurídica, todos somos a personificação do narrador John Watson, que invariavelmente é pego de surpresa pela astúcia do detetive que tudo sabe e está sempre certo. O que não fica claro para Watson é a *elementaridade* do raciocínio, afinal

³ DOYLE, Arthur Conan. *A study in scarlet*. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/244>, acesso em 02.07.2018, capítulo 2 – tradução livre.

⁴ DOYLE, Arthur Conan. *A study in scarlet*, cit., idem.

Holmes pula de generalização em generalização, rapidamente. Trata-se de um detetive hipotético, um investigador infalível, com poderes privilegiados de observação da realidade.

A alegoria se completa comparando Sherlock Holmes a todo intérprete que realiza uma *presunção judicial* e não apresenta, para seu sustento, um raciocínio suficientemente legítimo. Do ponto de vista científico, Holmes é um empirista, uma vez que concebe e ensaia hipóteses baseados no seu próprio repertório de experiências comuns.⁵ E no mundo real, qual a *experiência* suficiente para que um juiz deduza ou induza com precisão em um caso concreto?

Deixemos essa pergunta por ora e passemos a outra passagem histórica que envolve uma conhecida (talvez a mais famosa de todas) *presunção*. É o *hard case* decidido pelo Rei Salomão, narrado no Livro de Reis da Bíblia católica (Reis, 3, 16-28). Diz a história que duas prostitutas que moravam na mesma casa deram à luz em um curto intervalo de três dias entre si. Um dos dois bebês faleceu e, narra uma das mulheres, a mãe do filho falecido trocou-o pelo bebê vivo. E o texto segue: “Então disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho o morto. Replicou a primeira: Não; o morto é teu filho, e meu filho o vivo. Assim falaram perante o rei” (Reis, 3, 22).

A solução do sábio Salomão foi simples e efetiva: ordenou que partissem a criança viva em duas com uma espada, dando metade a cada mulher. Diante disso, uma delas gritou para que desse o bebê para a outra, se isso fosse necessário para mantê-lo vivo. A outra mulher contentou-se com a sugestão do Rei; o filho não seria nem dela, nem de sua adversária. Imediatamente Salomão respondeu que a primeira mulher ficaria com o bebê, eis que o amor pela criança era tamanho que preferia vê-la viva, mesmo que longe de seus braços.

O que a parábola bíblica nos conta é que a mãe verdadeira está disposta a perder seu filho para não o ver morrer. Do ponto de vista da *presunção*, temos que “partindo-se de um fato certo (a ternura da mulher que lhe narrou o fato), concluiu o Rei Salomão pela verdade provável de um fato incerto (que era mãe a mulher qualificada pela ternura), já que, na prática, em eventos semelhantes aos que lhe havia sido apresentado, ordinariamente, verificar-se-ia tal fato; a mãe, frequentemente, apresenta ternura em relação ao seu filho”.⁶

À parte do fato (assustador) de a solução ser tida como correta por *não envolver o assassinato da criança*, a *presunção* mais famosa da literatura ocidental é um bom exemplo de

⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151.

⁶ THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 58.

raciocínio inferencial. Oculta na decisão está generalização: *geralmente*, mães biológicas amam mais seus filhos do que mães não biológicas. A partir dessa premissa, é *provável* que a pessoa que prefere ver o filho vivo a tê-lo consigo *deve ser* mãe biológica. Em termos lógicos, temos a premissa maior – toda mãe ama seu filho; a premissa menor – essa é uma mãe; e a conclusão – então, ela ama seu filho.⁷

Ocorre que foram excluídas do raciocínio de Salomão questões igualmente importantes. A hipótese de que uma das mulheres – digamos, a mãe biológica verdadeira – tenha mais intenção em *ser mãe* (não importa de qual bebê) do que amor por seu próprio filho. Pense-se também no estado puerperal que pode ter interferido na relação entre mãe e bebê. E ainda mais, não seria mais fácil para a mulher que não é mãe biológica aceitar perder a criança – que não é sua de toda forma –, pedindo sua sobrevivência por pura solidariedade ou humanismo? A decisão do Rei, diz o texto bíblico, foi imediatamente respeitada por todos. Mas será mesmo que a presunção é legítima?

É de muita importância, para entender o caso do Rei Salomão, lembrar que o povo respeita a presunção relatada acima tendo em mente que Deus lhe deu o dom da sabedoria para governar (Crônicas, 1, 10). O fundamento que garante o acerto do raciocínio presuntivo é *divino, inquestionável*. Isso nos chama a atenção para o mesmo ponto ressaltado por Conan Doyle: só um homem dotado de capacidade sobrenatural – seja um rei bíblico, seja um detetive ficcional – toma decisões que valem por si próprias, por sua própria autoridade. O resto de nós deve encontrar *fundamentos legítimos* para justificar as decisões que tomamos.

A tese que a partir de agora será apresentada busca captar o momento inferencial do raciocínio jurídico quando da análise das versões de fato de um caso e das provas que lhes dão suporte. Mais especificamente, será enfrentado de maneira crítica o uso de presunções judiciais sem a devida legitimidade argumentativa. Muito mais frequentemente do que se imagina à primeira vista, conclusões presuntivas a respeito de fatos não provados são extraídas por julgadores, apoiadas em fundamentos absolutamente vazios e de pouquíssimo conteúdo. É comum que decisões judiciais utilizem *conceitos girando em falso*: enunciados que buscam convencer sem pretender exercer influência normativa concreta alguma sobre o que está sendo decidido no caso concreto.⁸ Tratam-se de *criptoargumentos*, na precisa definição de Friedrich

⁷ GIULIANI, Adolfo. “Civilian treatises on presumptions”. In: HELMHOLZ, R. H; SELLAR, W. DAVID H (org). *The law or presumptions: essays in comparative legal history*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 49.

⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* São Paulo: FGV, 2013, p. 43/44.

Müller.⁹ Justamente aí, encontramos espaços de discricionariedade que podem ser mascarados por argumentos que dão a aparência de um discurso legítimo.

A constatação ganha relevância especial quanto ao tema da presente tese. Isso, pois uma presunção judicial é um juízo que reconhece a existência, inexistência, ou modo de ser de fatos que admitidamente *não estão provados*. O fato presumido é, justamente, o fato sobre o qual não se pode afirmar nada de forma peremptória. O conhecimento que leva à presunção é conhecimento sobre fatos ligados ao que se quer presumir, ou sobre fatos semelhantes ocorridos no passado. Se não há prova sobre o fato em questão – e bem por isso se presume –, a questão está em honestamente admitir estarmos diante de uma inferência,¹⁰ e justificar detalhadamente esse juízo de pressuposição.

De certa forma, temos de concluir que não há verdadeiramente raciocínio jurídico que não envolva, ao menos de forma indireta, inferências ou pequenas presunções.¹¹ Nossa primeira tarefa é, então, identificar onde estão estes momentos inferenciais no discurso jurídico. Para examinar e combater a discricionariedade argumentativa no específico tema das presunções, devemos antes de tudo partir da premissa de que o direito probatório e a análise fática são campos de estudo que recebem menos atenção do que o merecido na cultura jurídica moderna.¹² É bastante fácil perceber que as discussões jurídicas mais ardentes, e em geral a literatura jurídica, olham com mais detalhes para as questões ditas “de direito”, e em muito ignoram a complexidade da análise dos fatos de um caso.¹³

⁹ Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 84.

¹⁰ Afirmando que “grande número de presunções costuma ser excluído da categoria convencional de presunção”: BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 543.

¹¹ “Se entendermos as presunções em seu sentido originário, tudo no direito é presumido. A própria condição linguística da ordem posta, inserida no cerne inapelável da linguagem, torna todo enunciado jurídico verdadeira estrutura presuntiva” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. XXVI).

¹² A respeito do direito português: “Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso déficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova” (CANOTILHO, José Joaquim. “O ônus da prova na jurisdição das liberdades”. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 169).

¹³ “Nota-se maior preocupação normativa em relação ao debate sobre a verdade do que fática. Embora o fato seja a matéria-prima do processo, não se nota maior preocupação com seu estudo, inclusive com discussão de métodos de controle acerca da seleção e valoração fática realizada pelo julgador” (GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 144); “A esmagadora maioria da literatura teórica sobre raciocínio jurídico lida quase exclusivamente com raciocínio sobre questões controvertidas de direito, às vezes sem nenhum reconhecimento de que a prática legal envolve argumentos sobre diversos outros tipos de questão” (TWINNING, William. *Rethinking evidence*, 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 306/307 – tradução livre).

É no mínimo estranho que exista essa distinção de tratamento: enquanto detalhes das interpretações da lei são esmiuçados pela doutrina, há pouco cuidado teórico e dogmático no tratamento dos fatos que servem de base para que o próprio direito seja aplicado.¹⁴ É o que nos lembra Francesco Carnelutti:

Sem dúvida uma curiosidade da ciência do direito está nisso de que todos os juristas, os quais falam continuamente de fato jurídico, ninguém se preocupa em explicar, além do adjetivo jurídico, o substantivo fato, que o sustenta. O fato em si mesmo é uma espécie de ilha misteriosa no reino do direito.¹⁵

Se o direito só é quando é aplicado,¹⁶ isto é, se apenas pragmaticamente temos condições de sair da potencialidade normativa e falar de interpretação jurídica, os fatos são centrais à discussão sobre discricionariedade hermenêutica. Daí porque é importante olhar para as narrativas jurídicas com mais atenção. O mesmo vale para as presunções: só se justificam o estudo e o exame dos critérios que autorizam uma presunção se observarmos como elas ocorrem na prática, para controlar seu uso.¹⁷ E é a partir da constatação de como as presunções ocorrem que a presente tese opta por atacar alguns dos fundamentos frequentemente utilizados para justificar raciocínios inferenciais.

Em primeiro lugar, serão enfrentadas as conclusões que repousam sobre o argumento da *causalidade*: o fato x deve ter ocorrido de tal maneira pois historicamente fatos dessa natureza são causados pela situação y, que está provada nos autos. A noção de continuidade histórica será abordada para pôr em evidência a dificuldade com que as cadeias causais são efetivamente demonstradoras dos fatos da vida. A premissa da qual se deve partir neste primeiro trecho da tese é bem resumida por Ian Hacking:

O evento mais decisivo da física do século XX foi a descoberta de que o mundo não é determinístico. A causalidade, por muito tempo o bastião da metafísica, foi derrubada, o ao menos abalada: o passado não determina exatamente o que ocorre em seguida. [...] Ao longo do século XIX foi possível perceber que o mundo pode ser regular sem se sujeitar a regras universais da natureza.¹⁸

¹⁴ “Deve ser ressaltada a relativa indiferença da doutrina e dos aplicadores do direito em relação ao julgamento sobre os fatos, muito embora essa atividade seja não somente tão importante quanto a da escolha da norma, mas sobretudo porque é justamente aqui que se manifesta com maior amplitude a discricionariedade judicial, o que deve ensejar, em consequência, um cuidado maior em relação ao seu controle” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 145). No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 226.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. São Paulo: Pillares, 2007, p. 54/55.

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 179.

¹⁷ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 315)].

¹⁸ HACKING, Ian. *The taming of chance*. New York: Cambridge, 1990, p. 1.

A identificação de relações de causalidade é parte de outro argumento, muito mais abrangente e profundo, que é o da *racionalidade*, assim entendido o modo científico de organizar os objetos interpretados a fim de categorizá-los para compreendê-los. Há uma tendência na comunidade jurídica brasileira de exacerbar a legitimidade daquilo que é dito *racional*, sem uma investigação profunda sobre o que significa, exatamente, ligar dois pontos (dois fatos, um provado e outro presumido) pelo selo dessa racionalidade. A conexão entre racionalidade e justiça, tão presente na doutrina,¹⁹ precisa ser posta em evidência. Além disso, é importante falar dos movimentos cognitivos racionais, com maior detalhe para a dedução, a indução, e a abdução e a analogia. As duas últimas serão tratadas ao longo da tese de forma detida, para compor a premissa de que o raciocínio presuntivo é, por um lado, o ato de selecionar a melhor dentre as hipóteses fáticas disponíveis, e por outro o ato de comparar o caso concreto com outros, semelhantes, identificando características relevantes e comuns entre eles. Aí será feita uma parada maior para discutir o tema da racionalidade científica como um produto estético, mais do que como uma técnica de obtenção de conhecimento. Intrínseca nesse debate está a premissa de que estrategicamente é sempre possível que o discurso mascare opções ideológicas e transpareça uma aplicação objetiva do direito.²⁰

Outra concepção muito arraigada na doutrina e na jurisprudência é a ideia de que o juiz presume para *atingir a verdade* a respeito da configuração fática de um caso concreto, quando pelas provas dos autos o resultado é “algo menos do que a verdade”.²¹ Deve então ser posta em primeiro plano a questão sobre a verdade: o que ela significa para o direito? Temos condições epistemológicas de atingi-la? Se sim, como? E se não, por que a insistência em se contentar apenas com julgamentos que são ditos *verdadeiros*? Se não nos esforçamos em busca da verdade, nos movimentamos sempre em direção da mentira?

O tema da verdade e das aproximações da verdade nos leva adiante, à discussão sobre *probabilidades* no campo do direito probatório. Afinal, ao respondemos à pergunta sobre o atingimento de uma verdade objetiva, temos que lidar com o estado de *certeza* do julgador a

¹⁹ Veja-se o seguinte trecho: “[a presunção] permite a realização de justiça, a justa composição do litígio, entregando a cada um o que lhe é de direito, fim último da ordem processual, mesmo naqueles casos em que a prova direta de um fato essencial para a procedência ou a improcedência da pretensão não está ao alcance da parte” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*. Belo Horizonte: D’Placido, 2016, p. 231).

²⁰ KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 15/16.

²¹ No sentido de que a presunção serve para preencher “lacunas” fáticas: COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 2.

respeito dos fatos que considera provados ou presumidos, e com sua vertente subjetivista, o *convencimento*. De forma semelhante, se a decisão judicial não chegar à “verdade absoluta”, qual a aproximação suficiente entre as narrativas das partes e aquilo que “efetivamente ocorreu”? Falaremos de qual é a concepção de *provável* que deve ser utilizada no processo judicial, enfrentando as ideias de plausibilidade epistêmica e, por outro lado, os modelos matemáticos de análise daquilo que é provado.

Com tudo isso em mente podemos dar um passo à frente e discutir a divisão de trabalho entre partes e juiz no ambiente processual, para estabelecer de quem é a titularidade do requerimento por provas relativas aos fatos alegados pelas partes. Neste momento chegaremos a conclusões sobre o papel dos sujeitos processuais e a possível desfiguração da imparcialidade pela produção oficiosa de provas. O tema é importante para a tese pois é frequente que o juiz, sentindo-se autorizado a determinar a produção de provas não requeridas, creia ser ainda menos problemático *presumir* determinados fatos, alegando a desnecessidade de provas a respeito.

O tema da presunção é então enxergado mais de perto, dogmaticamente. E aí, a questão central da presente tese: uma análise crítica das *máximas da experiência* (art. 375, do CPC), que dão origem à ideia de que é possível presumir com base naquilo que *ordinariamente acontece* através de regras abstratas que revelariam um suposto conteúdo verdadeiro a respeito do caso concreto.²² Tudo o que foi visto na tese até então será retomado e revolido na discussão de temas como: a *experiência do homem médio*²³ como fonte de conhecimento, a crença na regularidade dos eventos da vida, e a suposta suficiência do método indutivo como produtor de verdades jurídicas.

Encaminhando o fim do trabalho, alguns pontos pragmáticos precisam ser abordados. Dentre eles incluem-se a dinâmica das presunções em juízo (quem as alega e quando, e como apresentar prova contrária) e aquilo que encabeça a *tese*: o correto uso da

²² É o que se vê em passagens como a seguinte: “As máximas da experiência [...] e o chamado *senso comum*, como conjunto de afirmações universalmente aceitas na sociedade como verdadeiras, precisam encontrar o seu espaço como instrumentos reveladores da razão prática e como métodos racionais de apuração da verdade, dando impessoalidade ao julgamento dos fatos” (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Muniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005, p. 387).

²³ “Os estudiosos cometeram um equívoco analítico ao crer que o ‘homem médio’ fosse uma pessoa. O homem médio é uma heurística institucional, e é uma heurística cuja forma antropomórfica tende a obscurecer questões importantes” (NOURSE, Victoria. After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity/Objectivity Question. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 11, No. 1 (Winter 2008), p. 34 – tradução livre).

decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, do CPC) e da fundamentação das decisões, como meios de prevenir a respeito de presunções e dar legitimidade às decisões que contenham inferências sobre provas circunstanciais. É este o trecho que dá ensejo à conclusão do trabalho, na qual se traçará uma criteriologia para o uso das presunções simples no raciocínio sobre o acerto dos fatos do caso.

Ao longo do texto, deveremos lidar com o fato de que presumir implica, sempre, crer que o acerto da decisão possa repousar sobre conclusões a respeito de *outros fatos* que não o analisado. O tema das presunções é intimamente ligado ao da confiança e da admissão da possibilidade de erro. Por isso mesmo, estamos frequentemente no campo das ficções, onde fatos que não foram provados são tidos por provados, no mais das vezes por *conveniência* judicial.²⁴ Daí porque, a partir da identificação de onde estão as presunções em uma narrativa, o próximo passo é permitir o *controle* das generalizações que estão, muitas vezes, ocultas no raciocínio. É o que chama a atenção Charles Laughlin, em artigo a respeito do tema:

Um juiz experiente disse certa vez a um advogado jovem: “se você algum dia for juiz, nunca dê motivos às suas decisões. Suas conclusões provavelmente serão certas, mas suas razões serão provavelmente equivocadas”. Essa assertiva pode ser aptamente aplicada aos pronunciamentos judiciais sobre presunções. Decisões são largamente livres de críticas a respeito dos resultados alcançados, mas o raciocínio que leva a eles são frequentemente uma confusão sem tamanho.²⁵

Daí porque, ao final da tese, será dado enfoque à necessidade de correta fundamentação daquilo que se presume. A estrutura do presente trabalho é propositadamente formada ao redor de questionamentos a respeito da prática forense. O ponto de partida para o desenvolvimento dos temas é mais filosófico que dogmático; mais em forma de perguntas – por que isto é assim? O que podemos fazer a respeito? –²⁶ do que de sistematizações. A premissa da qual partiremos é a de que não há como objetivar *a priori* o conhecimento a respeito do mundo. E como diz Jerome Frank, a atividade decisória do juiz que se pauta apenas em regras gerais é uma vã tentativa de controlar o futuro. O problema é que é da natureza do futuro o fato de que ele nunca chega.²⁷

²⁴ “Presunções são, em sua maioria, invenções judiciais para servir a fins judicialmente almejados” (MORGAN, Edmund. Some observations concerning presumptions. *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 6 (Apr., 1931), p. 928 – tradução livre).

²⁵ LAUGHLIN, Charles. In support of the Thayer theory of presumptions. *Michigan Law Review*, Vol. 52, No. 2 (Dec., 1953), pp. 195 – tradução livre.

²⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *A índole filosófica do direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 44/45.

²⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*, cit., p. 154.

Vale aqui fazer uma primeira parada para um lembrete que serve de premissa. Ao longo do trabalho que adiante se segue, por várias vezes serão criticadas algumas dicotomias típicas de um pensamento metafísico clássico, como conhecimento objetivo/subjetivo, racional/irracional, verdade/mentira. O que desde já precisa ficar claro é que a fuga do pensamento dicotômico, que será proposta através da hermenêutica filosófica, implica que a negação de um valor não desemboque necessariamente no entusiasmo em relação ao outro. Assim, por exemplo, se no capítulo 3 será questionada a funcionalidade do critério “verdade” para o processo, não se está a encorajar o resultado “mentira” em uma demanda qualquer. O trecho a seguir, de Martin Heidegger, é preciso e didático sobre o que vem dito neste ponto:

Porque se fala contra a ‘lógica’, crê-se que se pretenda renunciar ao rigor do pensamento, para entronizar em seu lugar a arbitrariedade dos impulsos e sentimentos e, assim, proclamar, como o verdadeiro, o ‘irracionalismo’. Pois o que é mais lógico do que isto: quem fala contra o lógico, defende o ilógico?²⁸

Heidegger prossegue para dizer que, nessa dinâmica, tudo o que se opusesse à “bitola do positivo” seria lançado na vala da negação, e negando-se tudo chegaríamos a um niilismo que é inventado com a ajuda da própria lógica.²⁹ Essa atitude ocorre tipicamente com quem já desde sempre se situa em um dos lados do debate, pronto para tachar de equívoca qualquer posição contrária. E com o “constante recurso ao lógico dá-se a impressão de que se empenha em pensar, quando, na verdade, se abjurou o pensamento”.³⁰

Assim que, se ao longo da tese serão feitas críticas frontais ao uso pragmático da “lógica” e do “racionalismo”, não se avança a favor de qualquer tipo de pensamento ilógico. É evidente que o funcionamento da justiça não busca conscientemente o equívoco.³¹ Queremos apenas nos empenhar em repensar o *logos*, como lugar de morada do argumento legítimo, sem nos furtarmos à sua análise aprofundada. Afinal, o que é mais ilógico do que a defesa cega e desmedida da *racionalidade*? Assim, como diz Edgar Morin: “a razão carrega consigo seu pior inimigo! É a racionalização, que corre o risco de sufocá-la”.³² Cabe pôr em evidência o uso que a comunidade jurídica faz das dimensões argumentativas da racionalidade (como a causalidade, a proporcionalidade, a lógica, a certeza, e até mesmo a verdade) e estudá-las com cautela.

²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2009, p. 74.

²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*, cit., p. 76.

³⁰ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*, cit., p. 76.

³¹ SAKS, Michael J; KIDD, Robert F. Trial by heuristics. *Law & Society Review*, Vol. 15, No. 1 (1980 - 1981), pp. 123.

³² MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 118.

Um ponto final merece ser dito neste trecho introdutório. Em geral, os esquemas de presunção resumem-se ao fato de que se há uma aparência de algo (de que uma proposição seja verdadeira), na ausência de proposições em sentido contrário, haveria motivo suficiente para uma crença justificada na adequação desse algo. David Schum, em obra de grande importância para o tema do direito probatório nos Estados Unidos, lembra que essa crença quase cega na verdade que surge da eliminação de hipóteses falsas é típica dos detetives à moda de Sherlock Holmes, e relembra uma célebre frase do investigador: “Uma vez que você elimina o impossível, aquilo que sobre, ainda que improvável, deve ser verdade”.³³

A conclusão de Holmes é válida para percepções diretas (do tipo científicas), mas em relação às percepções indiretas e inferenciais (que são típicas das presunções), o raciocínio precisa ser mais cauteloso. O esquema, no caso, se resumiria a: se há uma aparência de ‘x’, e se se sabe que ‘y’ geralmente se segue a ‘x’, então haveria uma crença justificada na veracidade de ‘y’.³⁴ Como se pode notar, existe um salto inferencial não justificado, que merece ser posto em evidência.

A ilegitimidade dessa conclusão está em que, frequentemente, o intérprete de uma dada situação de fato é levado a crer que há uma continuidade intrínseca naquilo que avalia. Assim, ainda que um fato não necessariamente leve a outro (presumido), o intérprete pode deixar-se levar pela narração e dar-se por convencido do fato presumido. Em outras palavras, ainda que uma prova não dê suporte ao fato presumido, o intérprete convence-se a si mesmo de que sim. Nas precisas palavras de Erich Döhring: “quando o investigador se apega com excessiva prontidão a uma versão determinada, a converte em dona e senhora do procedimento”.³⁵ E é exatamente este o ponto de combate da tese que a seguir se desenvolve.

³³ SCHUM, David. *Evidentiary foundations of probabilistic reasoning*. Chicago: Northwestern University Press, 2001, p. 100. À mesma conclusão chegam: FOGELIN, Lars. Inference to the Best Explanation: A Common and Effective Form of Archaeological Reasoning. *American Antiquity*, Vol. 72, No. 4 (Oct., 2007), p. 609; DALL’AGNOL, Deltan. *The best explanation of circumstantial evidence: an analysis of circumstantial evidence with abductive glasses*. Dissertação de mestrado defendida na Harvard Law School, sob a orientação do prof. Dr. Scott Brewer, em Abril de 2013, p. 83.

³⁴ JACKSON, Alexander. Appearances, Rationality, and Justified Belief. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 82, No. 3 (MAY, 2011), pp. 564-593.

³⁵ DÖHRING, Erich. *La prueba*. Buenos Aires: Valetta, 2003, p. 37.

PRIMEIRA PARTE – COMO COMPREENDEMOS OS FATOS QUE BUSCAMOS ACERTAR NO PROCESSO

A primeira e introdutória parte da tese pretende abordar temas relativos aos meios através dos quais os Sujeitos tomamos conhecimento dos fatos da vida narrados por outros Sujeitos. De quais formas ocorre a compreensão, e quais as maneiras adequadas de justificar o que ocorreu? É a isso que buscaremos responder.

1. O DISCURSO JUDICIAL COMO ESPÉCIE DE NARRATIVA

1.1. A Hermenêutica e porquê não temos como escapar da linguagem

A principal premissa do presente trabalho, que servirá como base para o que vier a ser dito a respeito das presunções judiciais, tem a ver com a interpretação e a compreensão de textos. Afinal, as narrativas que compõem o processo são histórias contadas e reduzidas a textos. Até mesmo depoimentos pessoais e a prova testemunhal são documentados, ainda que por gravação audiovisual (art. 460, do CPC), e posteriormente tudo será compilado na decisão, que é também texto. Como mais adiante falaremos sobre as circunstâncias que autorizam a realização de inferências presuntivas sobre o que *deve ter ocorrido* em um caso, precisamos nos aproximar do tema tendo em mente *como se dá a compreensão* de um objeto pelo Sujeito cognoscente.

Em seguida, a questão será contrastada com a metodologia e o pensamento científico, que tentam (sem sucesso) capturar o raciocínio e descrevê-lo em termos racionais. Já desde logo, saiba-se que o fenômeno hermenêutico – o momento da interpretação – não é um problema de método. É a dinâmica metodológica que vem posteriormente e busca ocupar o lugar da compreensão, racionalizando-a.³⁶ Interpretamos, portanto, e apenas em seguida entra a razão, conformadora do pensamento a esquemas lógicos e representativos. Como nessa representação, algo sempre se perde, cabe atacar os problemas daí decorrentes.

1.1.1. O conhecimento do mundo e o mundo em si

Quando, em um caso concreto, há uma presunção sobre a existência, inexistência, ou o modo de ser de um determinado fato, o que se fala é sobre os arredores desse fato, e não

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 29.

sobre o fato em si. Admitidamente não se pode concluir nada peremptoriamente a respeito do fato presumido; ele é presumido justamente porque tudo o que se sabe é a respeito de outros fatos, semelhantes, análogos, que podem indicar a ocorrência do que se presumiu. Compreendemos o mundo a partir do que conhecemos sobre ele, e pressupomos o restante.

Temos então que atacar o tema exatamente onde ele se mostra mais frágil: na construção da ponte entre consciência e mundo;³⁷ na nossa representação da realidade e na pergunta sobre a existência de uma realidade que transcenda essa representação. Falamos da relação entre o Sujeito e os Objetos, no sentido atribuído pioneiramente por Immanuel Kant.³⁸

A metafísica clássica punha nos Objetos a primazia dessa relação. Haveria uma essência a ser descoberta naquilo que se interpreta. Mais tarde e em decorrência do pensamento kantiano, a eliminação da categoria da *coisa em si* (*Sachlichkeit*, objetividade)³⁹ fez concentrar no Sujeito a responsabilidade pela atribuição dos sentidos dos objetos. Das coisas, só conheceríamos o que nós mesmo colocamos nelas.⁴⁰ Tanto uma quanto outra abordagem pecam, note-se bem, por inflar um dos dois polos dessa relação entre Sujeito e Objeto.⁴¹ E se é assim, encontrar a verdade de um objeto interpretado seria uma mera questão de *correspondência* entre intelecto e coisa.⁴²

Ocorre, no entanto, que já há mais de século se sabe que nesse movimento de compreensão existe algo que, por ser inescapável e inafastável, macula a relação simples e unidirecional entre Sujeito e Objeto. Fala-se da *linguagem*, que é condição de possibilidade para a nossa compreensão do mundo.⁴³

Precisamos ter em mente que a nossa capacidade de conhecer não pode ser afastada da nossa capacidade de falar e agir. Só conhecemos na medida em que já estamos mergulhados

³⁷ “Ou seja, como pode o aparelho humano cognoscente, que é interior, afirmar ou negar algo exterior? [...] Como é possível estabelecer uma ponte entre consciência e mundo? Para Kant, esse é o verdadeiro escândalo da filosofia: não ter ainda encontrado a ponte” (OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 102).

³⁸ “O mérito, que se pode atribuir ao criticismo de Kant, de se visualizar o conhecimento como uma relação entre um sujeito e um objeto, da qual surge uma imagem do referido objeto, feita pelo sujeito, reside no fato de que há correntes na filosofia que em geral atribuem demasiada ênfase a apenas um dos polos dessa relação” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e a sua ciência*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38).

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 83 e ss.

⁴⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril, 1980, p. 13.

⁴¹ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: UNESP, 2015, p. 188.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 162; REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 174.

⁴³ Sobre o nosso acesso ao mundo ser sempre mediado pela linguagem: FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*, 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2016, p. 22.

em linguagem. Não temos diante de nós a opção de não interpretar, portanto. E isso implica concluir pela inexistência tanto da *coisa em si*, quanto do *Sujeito em si*: não há mundo independente da nossa compreensão de mundo. Não há realidade além da realidade que nós mesmos criamos e constituímos através da linguagem.⁴⁴

O valor dos objetos, portanto, não existe *em si*, independentemente da nossa representação do valor incutido no objeto. Isso vale para a hermenêutica da obra de arte,⁴⁵ bem como para outros absolutos, como “justiça” e “verdade”, que serão focos centrais deste trabalho. Sim, pois no esforço para a fixação de fatos e atribuição de consequências jurídicas, os raciocínios presuntivos e inferenciais são justamente aqueles a que o juiz se sente autorizado, em busca do “belo” (= do justo) no caso concreto. E veremos mais adiante que essa justiça não existe *em si*, e não deve ser visualizada como um objetivo a que se possa chegar.

A revelação, pela filosofia, de que os limites do mundo cognoscível são os próprios limites da linguagem, altera significativamente nossa relação com as coisas a que temos acesso. Afinal, entre consciência e mundo não há ponte alguma a ser construída; o mundo já é a consciência, e vice-versa.⁴⁶ Em uma alegoria útil para o que agora vem dito, Lenine nos ensina sobre a falta de essências da hermenêutica, na canção “*A ponte*”:

A ponte não é de concreto, não é de ferro
Não é de cimento
A ponte é até onde vai o meu pensamento;
A ponte não é para ir nem pra voltar
A ponte é somente pra atravessar
Caminhar sobre as águas desse momento.

Daí decorre uma junção dos momentos hermenêuticos, que até então eram imaginados separadamente: interpretar, compreender e aplicar. Claro, pois se se parte da ideia de que existe *algo em si* cuja essência precisa ser interpretada para ser compreendida, falaríamos

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 38. Em sentido contrário, há quem defenda o seguinte: “A crença, portanto, mesmo quando proveniente de alguém instruído, como um juiz de direito, não tem o condão de transformar ou criar a realidade; mas a realidade faz com que a crença possa ser considerada verdadeira ou falsa. Em outras palavras, o ser humano não faz ‘mundos’, mas sim descrições do mundo, que podem nesse ‘encaixar’ ou não” (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 26).

⁴⁵ “Não existe objeto belo em si, mas unicamente objetos nos quais o sujeito tem um prazer estético. O belo não é um dado absoluto: é o resultado, sempre contingente, de uma relação de conveniência entre as propriedades de um objeto e o gosto daquele que o avalia. O que define a relação estética, portanto, não é a natureza do objeto apreendido, mas o tipo de olhar que se lança sobre ele” (JOUVE, Vicent. *Por que estudar literatura?* São Paulo: Parábola, 2012, p. 16).

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 224; OLIVEIRA, Rafael Thomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, cit., p. 145.

de dois eventos sucessivos. Se, por outro lado, não podemos interpretar o que ainda não compreendemos, e não há *essência* alguma a ser revelada (senão sentido a ser construído), não podemos mais distinguir com precisão o que é interpretação, o que é compreensão, e o que é aplicação prática daquilo que é compreendido.⁴⁷ Compreendemos apenas quando aplicamos. Conhecer o sentido de um texto é desde já aplicá-lo a uma situação concreta, ou, em outras palavras, só compreendo inteiramente o texto quando aplico-o, e não antes disso.⁴⁸

Disso decorre uma série de consequências para o mundo do direito – afinal, partes e juiz são todos intérpretes de textos, que não escapam do que foi dito sobre a inevitabilidade da linguagem. Em primeiro lugar, a percepção da hermenêutica nos auxilia a encontrar momentos nos quais a *discrecionalidade* ocorre (muitas vezes mascarada por argumentos ou fundamentos pretensamente legítimos), fruto de uma visão solitária, *solipsista*, do mundo. Como se pudesse haver um mundo independente da linguagem, reduzível àquilo que é apreensível pela experiência imediata de um Sujeito que acredita estar de posse da verdade e da certeza sobre esse mundo.⁴⁹

1.1.2. Se não há mundo em si, não há sentido do texto em si

Do que foi dito no tópico anterior se segue que, diferentemente do que propunha a hermenêutica clássica, a interpretação não se presta a revelar aquilo que está escondido no texto, contido desde sempre ali, à espera de iluminação.⁵⁰ Nesse sentido, interpretar um texto consistiria em reconstruir o significado que o autor do texto intencionou. Os sentidos das coisas estariam pré-estabelecidos, e seriam objetivamente re-constatáveis a cada nova interpretação.⁵¹ A hermenêutica se encarregaria de um processo reprodutivo de sentidos, nunca construindo nada novo.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, cit., p. 242.

⁴⁸ Amplamente: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 406 e ss. Igualmente: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119 e ss.

⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1086. O Solipsismo tem origem cartesiana. No entanto, é comum que o fenômeno, no Brasil, ocorra de forma conjunta com argumentos de base empírica-lógica, algo que foi extremamente criticado pelo próprio Descartes: “Quer estejamos despertos, quer dormindo, jamais devemos nos deixar convencer exceto pela evidência de nossa razão” (DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 45).

⁵⁰ O tema faz lembrar a canção “As coisas do mundo, minha nega”, de Paulinho da Viola, na qual o narrador inocentemente diz: “Hoje eu vim, minha nega; sem saber nada da vida; querendo aprender contigo a forma de se viver; as coisas estão no mundo só que eu preciso aprender”.

⁵¹ Uma análise detalhada desse momento de desenvolvimento da hermenêutica está em: LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 185.

O que precisa ficar bastante claro, no contexto em que nos inserimos atualmente (tanto jurídica quanto filosoficamente falando), é que o texto não guarda consigo sentido íntimo algum; nem o querido pelo autor, tampouco algo que permaneça consigo indefinidamente. O texto, a narrativa, a história, contêm apenas traços que auxiliarão uma construção interpretativa sempre historicamente datada. Tentar apreender o real sentido do texto, ou a *vontade do autor*, é uma empresa ingênua, que já nasce fadada ao insucesso.⁵² Disso percebemos que o autor de um texto não é seu intérprete qualificado, nem tem nenhuma primazia básica de autoridade em relação aos leitores/intérpretes futuros. Na medida em que o autor compreende sua obra, torna-se seu próprio leitor.⁵³

Veja-se bem: a reconstrução das condições sob as quais uma obra ou um texto foi elaborado originalmente é uma operação *auxiliar*, mas importante para a compreensão. Daí, no entanto não se segue que a captura da vontade do autor entregue desde já o significado do texto a ser interpretado.⁵⁴ Essa vontade de reproduzir intenções do autor remonta à hermenêutica bíblica, em especial ao ponto de vista de Lutero durante a Reforma da Igreja durante o século XVI. A ideia, basicamente, é a de que a escritura sagrada seria interpretável em si mesma, independentemente de qualquer tradição ou resgate histórico, tampouco uma técnica interpretativa específica. Fala-se de uma dignidade do texto que seria superior e imune a contaminações subjetivas ou à passagem do tempo.

Apenas posteriormente os estudos linguísticos deram-se conta de que a bíblia, como outros tantos textos do passado, não é uma obra una, tampouco escrita em um só momento histórico por um só Sujeito.⁵⁵ Supor que um tal Sujeito exista não passa de uma ficção que falseia o raciocínio interpretativo. E com isso, fica prejudicado o dogma da unidade: a temporalidade e a restauração histórica voltam a ser de importância central para a compreensão do texto bíblico. É ao redor deste momento que se percebe também que as palavras de um texto não são capazes de produzir sentidos unívocos, dada a diversidade de intérpretes que se

⁵² JOUVE, Vicent. *Por que estudar literatura?*, cit., p. 59.

⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 362/364; JOUVE, Vicent. *Por que estudar literatura?*, cit., p. 63.

⁵⁴ “Face à historicidade de nosso ser, a reconstrução das condições originais, como toda e qualquer restauração, não passa de uma empresa impotente. A vida reconstruída, recuperada do alheamento, não é a original” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 234).

⁵⁵ NASUTI, Harry. Identity, Identification, and Imitation: The Narrative Hermeneutics of Biblical Law. *Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 1 (1986), pp. 9-23.

debruçará sobre ele. A linguística dá-se conta de que “quando se busca compreender seus escritos pode-se chegar a pensar, e, com razão, em coisas que aos autores não ocorreria”.⁵⁶

De certa forma, podemos falar que o Sujeito que produz o texto (para o presente trabalho: a parte que conta uma história; a testemunha que depõe sobre um fato, o juiz que profere uma decisão) deixa-o livre a partir do momento da sua produção. Daí em diante tudo será interpretação, mesmo que realizada pelo próprio produtor.⁵⁷

Devemos lembrar deste momento, pois a pergunta agora passa a ser feita a respeito de quais são os *limites* legítimos dessa plurivocidade intrínseca, ou seja, até onde pode a interpretação “fugir” do sentido do texto, e ainda assim atribuir a ele um sentido autêntico.

1.1.3. Modelo básico de atribuição de sentidos entre expectativa (projeção) e preenchimento – a circularidade da compreensão

É comum que se debata a compreensão a partir de esquemas lógicos dedutivos, indutivos e abduativos. Como veremos em seguida, os instrumentos da lógica servem ao controle posterior da compreensão, à redução de complexidade e à racionalização.⁵⁸ Não se prestam, no entanto, à criação conhecimento. Seguindo rente à premissa hermenêutica fixada no início deste capítulo, podemos concluir que só compreendemos aquilo que se insere em uma estrutura *circular*, não metodológica, que joga com projeções e predições, em um movimento bem descrito por Rui Cunha Martins:

(i) a expectativa inspira-se no real e arranca dele, estimando-o enquanto campo de experiência (reduzido de tudo aquilo que costuma acontecer e repetir-se, segundo padrões de ‘normalidade’) por ele filtrado a fim de eleger o que pode presumir-se como expectável; (ii) dado que o expectável visa ser respondido, toda a expectativa antecipa um determinado preenchimento, podendo dizer-se que a projeção de um conhecimento prévio naquilo que há-de-vir é o modelo por excelência da parelha expectativa/preenchimento; (iii) o sentimento de preenchimento corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um desejo e que, de uma maneira ou de outra, deve, absolutamente, ser cumprido; (iv) o caráter alucinatório da expectativa radica tanto nesta vontade de preenchimento quanto na prévia instrução dessa vontade a partir de uma lógica do presumível; (v) em resumo, qualquer regime de expectativas é sequestrável pela lógica epistêmica da evidência e compreende três coisas: um campo de experiência, um dado horizonte de expectativa e uma dada vontade de preenchimento.⁵⁹

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 253.

⁵⁷ “A produção do enunciado decreta a morte do autor e dá nascimento aos intérpretes. (IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 91).

⁵⁸ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 322.

⁵⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42/43.

Esse modelo básico servirá de diretriz para analisarmos com mais detalhe as particularidades envolvidas no raciocínio presuntivo, desde seu início, com a projeção de sentidos (como em qualquer exercício de interpretação) até os possíveis desvios decorrentes do desejo de preenchimento das expectativas. Devemos conseguir, ao final desta tese, desvendar onde estão os espaços de discricionariedade e propor uma criteriologia para solucioná-los.

Como diz Foucault, toda produção de conhecimento pressupõe uma violência em relação ao que já é conhecido, um ato violento que cria algo novo, algo que não estava lá.⁶⁰ O conhecimento não é, então, derivado ou deduzido, ou mesmo encontrado onde estivesse escondido. E mais do que justificar hipóteses, *conhecer* implica testar e errar; na descoberta daquilo que havia de equivocado nas nossas projeções de sentido é que se produz conhecimento sobre um determinado objeto.⁶¹

Daí se segue que não é possível compreender um objeto – no caso desta tese, um fato ou uma sequência de fatos – sem agregar algo a tal compreensão. O que se agrega é algo do próprio intérprete;⁶² um pré-juízo, uma noção conceitual balizada por conhecimentos seus.⁶³ Isso não quer dizer que toda decisão seja pré-estabelecida pelo julgador, e sim que uma escolha interpretativa já nasce comprometida, e se se mostrar inadequada ao caso, precisa ser discursivamente abandonada e dar lugar a outra.⁶⁴ O que é dito aqui, aliás, vale tanto para o direito quanto para outros campos de conhecimento.⁶⁵

Diante desse contexto surge a noção dos *preconceitos* de Gadamer: desvios de neutralidade que inescapavelmente ocorrerão ao intérprete. Por sua inevitabilidade, não devem ser negados ou rejeitados – como o pensamento racionalista busca, em vão, fazer –, mas

⁶⁰ “O conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 25).

⁶¹ MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*. Madrid: Catedra, 1980, p. 160.

⁶² “Assim, o mundo está no interior da nossa mente, que está no interior do mundo” (MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 43); SHERMAN, Brad. Hermeneutics in law. *The Modern Law Review*, Vol. 51, No. 3 (May, 1988), p. 389.

⁶³ “A interpretação sempre se funda numa visão prévia, que ‘recorta’ o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa ‘visão providente’ torna-se conceito através da interpretação. [...] a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa concepção prévia” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, vol. 1. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 207).

⁶⁴ KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 528.

⁶⁵ Sobre o movimento circular na arqueologia, por exemplo: FOGELIN, Lars. Inference to the Best Explanation: A Common and Effective Form of Archaeological Reasoning. *American Antiquity*, Vol. 72, No. 4 (Oct., 2007), pp. 612 e ss.

abraçados e incluídos no jogo de tentativa e erro que faz parte do momento da compreensão. Se, como vimos, toda leitura implica projeções que estão em busca de preenchimento ou satisfação, o papel do intérprete é tomar consciência da necessidade de constante revisão dos sentidos que são projetados, até que se chegue a respostas adequadas sobre o que se quer dizer sobre o objeto interpretado.⁶⁶

O raciocínio e a compreensão não ocorrem independentemente das expectativas dinamicamente reformuladas do intérprete. Todo projeto compreensivo, afinal, só se completa com uma resposta ativa do intérprete.⁶⁷ E a tarefa de afastar-se das projeções de sentido inautênticas, abraçando as autênticas, é a responsabilidade assumida por quem se põe na posição de compreender. Assim, o intérprete não se deixa levar por preconceitos; antes, é guiado por eles.

Por outro lado, o intérprete não se entrega ao arbítrio de suas próprias opiniões, ignorando o que diz o texto, pois como diz a também célebre frase de Gadamer: “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”.⁶⁸ No entanto, a receptividade ao texto não significa uma neutralidade em relação à coisa interpretada, tampouco um anulamento do Sujeito de si mesmo. É no meio do caminho entre Sujeito e Objeto que se situa o círculo interpretativo. Entre duas ficções inexistentes (o sentido próprio do Objeto – sua essência – e a onipotência do Sujeito solipsista) mora a compreensão. Por isso, Gadamer nos lembra de que o caráter “preconceituoso” da compreensão é essencial para levar o problema hermenêutico a soluções não tendenciosas ou arbitrárias.⁶⁹

⁶⁶ “O que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 355/356). Uma boa interpretação desta passagem, expressamente repetindo que preconceitos não são verdades eternas, está em: PALMER, R. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 74.

⁶⁷ FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*, cit., p. 8.

⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 358.

⁶⁹ “Esses pré-conceitos são nossos aliados na empresa compreensiva a ponto do filósofo chegar a afirmar que, sem o chão compreensivo possibilitado por esses pré-conceitos, sequer seria possível algo como a compreensão e a interpretação, visto que seria infactível atribuir sentido às coisas” (ABBOUD, Georges. *Discricionariiedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 405). Sobre o caráter aberto próprio da linguagem ser a causa da inevitabilidade dos pré-conceitos: MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso e análise do discurso*. São Paulo: Parábola, 2015, p. 55.

Pré-conceitos, de forma alguma, significam algo negativo – embora a expressão seja utilizada comumente nesse sentido. Antes, os pré-juízos, ou juízos prévios, indicam a expectativa do intérprete sobre uma situação interpretada (para nós, um conjunto de fatos apresentado pelas partes à espera de instrução e acerto).⁷⁰ Certamente os preconceitos não indicam juízos *falsos*. Pelo contrário, são apenas pareceres anteriores à decisão final, que penetram no raciocínio justamente para serem avaliados e corrigidos constantemente, até que se chegue à conclusão sobre o que se quer compreender.⁷¹ Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam, e é essencial deixar-se expor, sem neutralizar o raciocínio ou colocar-se em uma posição distante, “científica”, já que a investigação não ocorre através de métodos ou caminhos predeterminados. E é na insuficiência do método que se percebe que a abordagem proposta pela ciência dos fatos da vida não dá conta de resolver o problema da compreensão.⁷²

Note-se que no círculo hermenêutico, entre projeções e expectativas, não há um método de raciocínio ou qualquer espécie de prescrição sobre como *deveria ocorrer* o pensamento. Ao contrário, o círculo oferece uma possível solução para o problema de identificar como ocorre ontologicamente a compreensão.⁷³

De certa forma, já desde a filosofia dialética kantiana preserva-se a ideia de que as categorias fundamentais do nosso entendimento do mundo dependem de fatores subjetivos. A atribuição de sentido a um objeto implica a consciência da tarefa de buscar as origens subjetivas dos conceitos que utilizamos nesse processo.⁷⁴ O mito da objetividade pura na identificação dos objetos pelo Sujeito é fruto de um momento histórico posterior, no qual a razão elimina a presença do Sujeito no processo interpretativo, e leva inevitavelmente a um falseamento da

⁷⁰ Sobre a reabilitação dos preconceitos como condição de possibilidade para o juízo: SHERMAN, Brad. *Hermeneutics in law*, cit., p. 388; SILVA, Maria Luisa Portocarrero. *O preconceito em H-G Gadamer: Sentido de uma reabilitação*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995; SCHMIDT, Lawrence. *The Epistemology of Hans-Georg Gadamer: An Analysis of the Legitimization of Vorurteile*. New York: P. Lang, 1985; MOLINER, Fernando Montero. *Fenomenologia del prejuicio*. Isegoría, 1992, p. 28/42.

⁷¹ Sobre a importância do constante reprojeter e do processo de tentativa e erro que fazem parte da compreensão: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 356.

⁷² “Os inconvenientes do método dogmático são dois: de uma parte, pode perder-se de vista o mundo dos fenômenos e, de outra, pode-se considerar que esse mundo esgota a realidade; quando não se cuida de corrigir esse defeito a dogmática se converte em dogmatismo ou a positividade converte-se em positivismo, o que dá lugar a uma grave degeneração da ciência” (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o direito penal*, t. 1. Campinas: Bookseller, 2004, p. 63).

⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 355; SHERMAN, Brad. *Hermeneutics in law*, cit., p. 388.

⁷⁴ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 105.

compreensão.⁷⁵ A partir daí, e mais modernamente, autores como Duncan Kennedy falam em uma *hermenêutica da suspeita*, na qual o objetivo da teoria da decisão judicial é a busca por motivos ideológicos ou políticos que estejam escondidos por trás da blindagem da objetividade. Kennedy afirma que é comum que os juízes neguem que suas decisões sejam algo a mais que o seguimento de procedimentos interpretativos neutros e impessoais. Levantam, em outras palavras, a suspeita pelos “reais motivos” das justificativas que oferecem aos casos concretos.⁷⁶

Diante do avanço da ciência como modo de pensar hegemônico, o Sujeito é eliminado do processo investigativo sobre o Objeto.⁷⁷ Espera-se que a revelação dos sentidos ocorra independentemente da interferência do investigador. É a filosofia hermenêutica que traz de volta o Sujeito para o processo de investigação, que não é *neutro* no sentido querido pela ciência; o discurso, não apenas descreve os objetos, mas os transforma à medida em que são descritos.⁷⁸ Aliás, aí reside um ponto importante do presente trabalho: a impossibilidade de afastamento do Sujeito (que é parte do círculo de compreensão) faz com que toda referência a uma investigação “científica” e “neutra” de um fato não passe de um falseamento do raciocínio. E justamente aí abrem-se portas para que sejam tomadas decisões discricionárias. O caso é, como vimos, de enfrentar conscientemente os preconceitos que de forma inevitável integrarão o processo interpretativo.

O conhecimento verdadeiro, isto é, a compreensão do texto, só ocorre quando o intérprete está disposto conscientemente a aprender algo de novo com o objeto da interpretação. Isto é, de um lado o passado de quem interpreta condiciona desde logo a leitura; de outro, é imprescindível estar aberto àquilo que o texto traz de novo, a ser acrescentado à interpretação (e, por consequência, ao passado de quem interpreta). Por isso mesmo, também no direito, algo só é no momento em que é construído; o sentido jurídico de um caso concreto é constituído e, só aí, passa a *ser* direito. Assim, a relação entre o processo de produção do direito e o seu produto não é de meio-fim, mas sim “de natureza substancial, integrativa. O direito é o que dele faz o processo de sua produção”.⁷⁹

⁷⁵ ADORNO, Theodor. Observações sobre o pensamento filosófico. In: _____. *Palavras e sinais – modelos críticos II*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 19.

⁷⁶ KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*, cit., p. 36.

⁷⁷ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 30/40.

⁷⁸ É o que conclui Dominique Maingueneau, baseado no que diz Michel Foucault: MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso e análise do discurso*, cit., p. 31.

⁷⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. A função social do processo. *Ensaio e artigos*, vol. II. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 425.

Isso nos mostra que não há como compreender uma série de proposições fáticas sem jogar-se nelas e deixar que elas mostrem o que têm a dizer. Até mesmo para concluir que não há nada de novo em um caso – isto é, que o caso merece a aplicação de um *standard* precedente, por ser praticamente idêntico a outro caso passado –, o intérprete já se terá permitido abrir para o sentido do texto. Já terá, em outras palavras, atravessado a ponte que construiu hermeneuticamente.⁸⁰ O que parece ser ilegítimo é tomar conclusões sobre a interpretação antes mesmo de realizar esse processo compreensivo. Como diz com precisão Scott Brewer, a articulação da justificação de uma decisão jurídica “é uma tarefa filosófica, uma tarefa socrática na qual o juiz é chamado a honrar a máxima ‘conheça-te a ti mesmo’”.⁸¹ Quem busca interpretar e não se abre ao texto acaba por deixar com que seus prejuízos dominem, descontroladamente, o objeto, transformando-o em algo que não é.

1.1.4. A irrepetibilidade da interpretação

Consequência direta da constatação de que o sentido das coisas não é dado antes do nosso contato com elas é a conclusão pela *irrepetibilidade* da interpretação. Mesmo fatos muito semelhantes, quase idênticos, ainda são fenômenos distintos, e a compreensão de um deles não garante a resposta para os demais. O tema é de particular importância para a hermenêutica jurídica e para o tema do presente trabalho, uma vez que as presunções judiciais dão-se tendo por base fatos análogos de *outros casos* judiciais. A presunção não é mais do que um juízo de confiança na ideia de que é possível extrair de uma série de casos repetidos uma regra geral apta a prever com segurança o que ocorrerá em casos semelhantes no futuro. De certa forma, o espaço da presunção pode ser indevidamente enxergado como um convite à renúncia de se interpretar o caso concreto.

É diante disso que Gadamer faz uma pergunta pertinente e introduz o debate:

Será que isso vale também para a compreensão de qualquer texto? Será que o sentido de todo texto se realiza somente em sua recepção por quem o compreende? Dito de outra forma, será que o compreender faz parte do acontecer semântico de um texto, como o fazer com que se torne audível parte da música? Quando frente ao sentido de

⁸⁰ Como diz a canção “O vento”, da banda Los Hermanos: “Como pode alguém sonhar o que é impossível saber? Não te dizer o que eu penso já é pensar em dizer”.

⁸¹ BREWER, Scott. *Traversing Holmes’s Path toward a jurisprudence of logical form*. BURTON, Steven (ed.). *The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 124.

um texto nos comportamos com tanta liberdade como o artista reprodutivo frente ao seu modelo, será que ainda podemos chamar a isso de compreensão?⁸²

Devemos então nos concentrar, se quisermos permanecer atentos às premissas que aqui estão sendo desenvolvidas, na *responsabilidade* que tem o intérprete (juz) de construir, para cada caso concreto – isto é, para cada *objeto interpretado* – uma resposta nova. Se a resposta coincidir com outras já dadas anteriormente, só se saberá ao certo no momento em que a decisão tiver sido proferida. E aí, a compreensão já terá ocorrido.⁸³

Não necessariamente falando de hermenêutica jurídica, Gadamer nos chama a atenção para o fato de que o caso individual que receberá um juízo do intérprete não é apenas uma particularização de uma lei ou de um conceito universal. Ele é em si um caso próprio, e seu julgamento “não se restringe a aplicar o padrão do universal – de acordo com o qual ele ocorre –, mas o codetermina, completa e corrige”.⁸⁴ Os parâmetros que são fontes normativas (lei, doutrina, precedentes) não se aplicam ao caso; é o caso que dialoga com as fontes para buscar balizas para a sua resolução. E particularmente quanto ao tema do presente trabalho, o caso concreto levará em conta – mas não necessariamente se submeterá a – padrões de comportamento passados baseados no que “ordinariamente acontece” (art. 375 do CPC), como guia interpretativo para o raciocínio presuntivo.

Assim, antes da interpretação tudo o que há são narrativas à espera de interpretação.⁸⁵ O mesmo ocorre com as regras da experiência, que são meros enunciados linguísticos, que podem ou não servir como explicação (racionalização) de um determinado caso, mas jamais indicarão de antemão o seu resultado possível.

Como veremos no tópico sobre conhecimento através da ciência, as regras da experiência que frequentemente embasam juízos presuntivos são como normas abstratas; não passam de ordens que fornecem um quadro de possibilidades decisórias, todas equivalentes

⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 230/231.

⁸³ “Para que uma decisão seja justa e responsável, é necessário que em seu preciso momento, se é que acontece, ela seja simultaneamente regrada e sem regra, conservadora da lei e também destrutiva ou suspensiva da lei ao ponto de dever em cada caso rejustificá-la, reinventá-la ao menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio” (DERRIDA, Jacques. Force of law: the mystical foundation of authority. *Cardoso Law Review*, vol. 11, Jul-Ago/1990, p. 962 (pp. 919/1.046). Derrida com isso quer dizer que cada caso é outro, e cada interpretação é única, jamais garantida de antemão pela lei codificada.

⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 80.

⁸⁵ “Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas, e sim, meros enunciados linguísticos esparramados pelo papel. Enunciados prostrados em silêncio. Em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido” (IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica: o cerco da linguagem. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4. Rio de Janeiro: Padma, out/dez 2000, p. 38).

entre si se consideradas em abstrato.⁸⁶ Apenas na contextualização do caso é que se poderá atribuir sentido aos fatos que são objeto da interpretação. Não há, portanto, meio pré-determinado de se chegar a respostas legítimas em direito.

1.1.5. Vieses cognitivos: os pré-conceitos legítimos e ilegítimos do comportamento

Os pré-conceitos, no sentido atribuído por Gadamer, são parte daquilo que nos constitui como intérpretes do mundo. É saudável que tomemos consciência deles, em vez de buscar negá-los e perder controle sobre os influxos que estarão de toda forma presentes no momento da tomada de uma decisão.⁸⁷ Diante dessa constatação, vale a pena abordar o tema a partir do ponto de vista da psicologia comportamental, que a partir dos anos 1970 dedicou-se ao estudo dos *vieses cognitivos* (*cognitive biases*).

Não é nossa intenção dizer que a hermenêutica filosófica e a psicologia do comportamento sejam teorias completamente compatíveis. O que para esta tese faz sentido é enxergar uma e outra abordagens como complementares em prol de entendermos o fenômeno da compreensão sobre fatos passados narrados pelas partes de um processo.

A ideia que nos interessa é a já conhecida e muito utilizada proposta dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky, estudiosos dos *decision making processes*. O estudo “*Judgment under certainty*”, de 1970, desafiou os modelos racionais de análise de comportamento e sistematizou alguns influxos cognitivos que estariam presentes, inconscientemente, nos esforços compreensivos realizados por todos nós.⁸⁸ A partir da década de 1970, foram reconhecidas e desenvolvidas inúmeras propensões cognitivas comprovadas empiricamente – algumas das quais serão tratadas logo adiante.⁸⁹

⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: RT, 2013, p. 44.

⁸⁷ O enviesamento não é algo “negativo” em si mesmo. Muito pelo contrário, é um fator inerente ao pensamento e à compreensão: “De fato, enviesamento é frequentemente um termo pejorativo para algo que todos nós fazemos: nós compreendemos a experiência presente encaixando-a em uma narrativa mais ampla formada em grande parte por nossas experiências passadas. Nesse sentido fundamental, enviesamento é um aspecto indelével do juízo” (GREENSTEIN, Richard K. Determining facts: the myth of direct evidence. *Houston Law Review*, n. 45, 2009, p. 1.825). Mais sobre a tomada de consciência a respeito da dimensão não racional do pensamento probatório em: KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: _____ (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 565.

⁸⁹ Uma detalhada e muito didática lista de vieses cognitivos pode ser vista em: COSTA, Eduardo José Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese de doutoramento defendida na PUC/SP, em 2016, pp. 48/59.

Uma teoria consequente do estudo dos *cognitive biases*, também de autoria de Daniel Kahneman, é o chamado sistema dual de pensamento.⁹⁰ Diz o autor que podemos dividir as formas de observação e compreensão da vida em dois *sistemas*: o “sistema 1” representa a forma quase automática e eficiente com a qual lidamos com as informações, enquanto o “sistema 2” exige maior esforço cognitivo, é quase rudimentar em seu funcionamento, e de certa forma enxerga com mais vagar a realidade apresentada ao intérprete.

O sistema 1 é típico do instinto, e embora o autor não trate dessa maneira, é nossa opinião que tenha afinidades com a definição de racionalidade apresentada no próximo capítulo do presente trabalho. As respostas que o sistema 1 oferece a problemas práticos são notadamente embasadas na percepção do Sujeito sobre aquilo que ordinariamente acontece em casos análogos; há um recorte pré-fabricado da realidade que se enquadra nas situações descritas por Kahneman, que chega a denominar o sistema 1 de “máquina de tirar conclusões precipitadas”.⁹¹ Os vieses cognitivos são em grande parte atribuídos à preferência que damos, instintivamente, ao sistema 1, que funciona a partir da “substituição de atributos”: respondemos a perguntas complexas substituindo-as, ou partes delas, por questões mais simples, de acordo com, justamente, pré-conceitos.⁹²

Por sua vez, o sistema 2 é o que *compreende*, mais do que entrega respostas prontas. É um mecanismo deliberativo, cauteloso, e de certa forma mais *ineficiente*. Quando as primeiras impressões oferecidas pelo sistema 1 são endossadas pelo sistema 2, estamos diante de uma crença. Quando entra em funcionamento, o sistema 2 controla os impulsos do sistema 1, e demonstra frequentemente que há, também, boas razões que sustentam soluções contrárias àquelas sugeridas instintivamente. E, no entanto, à primeira vista a dinâmica de funcionamento do sistema 2 leva a conclusões que poderiam ser denominadas “irracionais”. Não obstante, as respostas corretas – usualmente contraintuitivas e surpreendentes – para os problemas testados por Kahneman também são racionalizáveis, a partir de outros recortes da realidade, de seleções conceituais diversas, e de abordagens *a posteriori* que reduzem a solução a esquemas lógicos.⁹³

⁹⁰ KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 267-293.

⁹¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 103.

⁹² SUSTEIN, Cass R; JOLLS, Christine. The law of implicit bias. *California Law Review*, Vol. 94, No. 4 (Jul., 2006), p. 974; KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 127.

⁹³ Já nos anos 1920, John Dewey sugere que há duas formas (uma rápida e intuitiva, e outra lenta e cognitiva) de encarar problemas jurídicos: DEWEY, John. Logical method and the law. *Cornell Law Review*, 17 (1924) p. 17/18.

Quer dizer, mesmo o que aparenta ser irracional deixa de sê-lo, se o critério de validade do raciocínio for racional. Isto também será abordado no próximo capítulo.

A teoria de Kahneman e Tversky é usada amplamente em economia e no direito,⁹⁴ especialmente para ilustrar que aquilo que parece ser irracional muitas vezes apenas decorre da ignorância do observador em relação aos verdadeiros fatores que influenciam a tomada de decisão. E, por outro lado, respostas que à primeira vista aparentam racionais são equivocadas.⁹⁵ Um exemplo muito simples que pode nos ajudar é o do jogo de roleta em um cassino, no qual o resultado pode ser uma casa preta ou vermelha, em iguais proporções. Se em um determinado momento do jogo, por vinte vezes seguidas o resultado foi vermelho, um jogador amador terá confiança de que dentre as próximas vinte jogadas a chance de um resultado preto é maior. Este é o nosso sistema 1 em funcionamento. Ocorre que, como na verdade cada jogada abre uma possibilidade independente de resultados, a conclusão do jogador não é verdadeira: a cada jogada, a chance permanece em cinquenta por cento. Quem nos dá essa última informação é o sistema 2.

O mesmo ocorre com o julgamento das presunções e das inferências, especialmente na falsa ideia de que a somatória de inferências faz mais forte uma presunção. Se são todas inferências independentes, dá-se o mesmo que com a roleta, e, no entanto, é possível que nos deixemos levar a uma conclusão que não será legítima. A questão que ganha importância é então a forma de mitigação destes preconceitos quando a sua invasão nos leva a conclusões equivocadas sobre os objetos interpretados.⁹⁶

Ao longo dos anos a doutrina deu conta de identificar grandes grupos ou categorias de enviesamento, denominadas *heurísticas*, que nos auxiliam a prevenir equívocos de

⁹⁴ Veja-se: FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 120 e ss; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e a sua ciência*, cit., p. 23 e ss; SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 96. Belo Horizonte: Forum, out-dez/2016, p. 58.

⁹⁵ Estudo empírico feito nos EUA com juízes apontou uma taxa muito grande de respostas erradas a problemas matemáticos muito simples, enunciados de forma ambígua ou voltada a confundir o leitor desatento. E o dado mais relevante dessa pesquisa foi o fato de que os juízes que se equivocaram na resposta relataram que as questões eram mais simples do que os juízes que suprimiram suas intuições e forneceram uma resposta deliberativa e acertada. Isso demonstra que os julgadores não estão imunes à ação do sistema 1: COSTA, Eduardo José Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, cit., pp. 64/65.

⁹⁶ “Os conhecimentos prévios dos sujeitos podem interferir perigosamente no processo inferencial até torna-lo errôneo, se resulta que a conclusão inicialmente exposta já lhes parece crível de entrada, dado que, ao fim e ao cabo, sempre nos parece mais provável aquilo que podemos imaginar ou evocar. Ao contrário, se de princípio não lhes parece verossímil – crível –, buscarão outros modelos alternativos, o que aumentará a possibilidade de acerto da inferência” (FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*, cit., p. 115).

julgamento a partir da consciência de que tais desvios comumente existem. O presente tópico serve, portanto, apenas para elencar algumas das *heurísticas* e incluir estes fatores como possíveis e inconscientes – pois é comprovado que os próprios juízes subestimam sua susceptibilidade aos vieses –⁹⁷ espaços de discricionariedade que precisam ser controlados.

O primeiro comportamento cognitivo que merece estudo é a *heurística da disponibilidade*, assim chamada a tendência dos intérpretes a deixar-se convencer por uma hipótese quando um exemplo semelhante vem rapidamente à mente e possibilita uma comparação ou uma analogia. Uma série de estudos empíricos⁹⁸ identificou que a facilidade ou a dificuldade em imaginar cenários nos quais encaixar uma determinada situação de fato interpretada serve como uma pista para a nossa percepção da probabilidade (no sentido epistemológico, não matemático) do evento. Tendemos, então a julgar eventos de acordo com exemplos que mais diretamente nos são disponibilizados.

Uma possível situação de ocorrência da heurística da disponibilidade é o julgamento de casos repetitivos, de complexidade reduzida, por um mesmo juiz. De acordo com o que demonstram estes estudos psicológicos, há uma tendência do intérprete de, ao tomar contato com o caso, categorizá-lo como “mais um dos tantos outros casos” em que uma configuração fática semelhante ocorreu. Se nessa hipótese um fato ou seu modo de ser não forem corretamente comprovados, é possível que o julgador se deixe levar pelo enviesamento da heurística da disponibilidade e *presuma* ter ocorrido o mesmo que nos demais casos semelhantes por ele julgados.⁹⁹

Outra dimensão da heurística da disponibilidade é que os julgadores, quando confrontados com um evento que lhes parece crível (a partir da lembrança de outro evento passado em que algo idêntico ocorreu), podem ser dominados pela coerência aparente do evento a ponto de superestimar a sua probabilidade ou representatividade em uma classe de referência. Esse comportamento pode nos ajudar a entender os motivos pelos quais uma presunção é forçosamente adotada, na esperança de preenchimento de uma expectativa criada pelo

⁹⁷ REINERT, Alexander A. The burdens of pleading. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, No. 7 (June 2014), p. 1.787.

⁹⁸ SUSTEIN, Cass R. Behavioral analysis of law. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 4 (Autumn, 1997), p. 1.188; DAILEY, Anne C. Imagination and choice. *Law & Social Inquiry*, Vol. 35, No. 1 (Winter, 2010), pp. 182/183.

⁹⁹ SAKS, Michael J; KIDD, Robert F. Trial by heuristics, cit., pp. 123-160.

intérprete.¹⁰⁰ Muito semelhantemente, a *heurística do ancoramento* é a formação de um juízo de probabilidade a partir de um valor inicial que pode, ou não, ser correto. É a tendência que temos de tomar uma informação como *ponto de partida* (âncora), ainda que ela não seja legítima ou correta, o que naturalmente pode levar a conclusões equivocadas sobre um caso.¹⁰¹

Todos estes padrões de comportamento resumem-se na tendência em exacerbar a probabilidade de ocorrência da *primeira hipótese* que nos pareça coerente, quando tomamos contato com um determinado caso. A importância das primeiras impressões é algo que não pode ser deixado de lado quando tentamos controlar a discricionariedade de julgamento. A partir de um primeiro convencimento, é possível que tentemos desconsiderar evidências que sejam contrárias à nossa hipótese de preferência, e exagerar a importância das que a confirmem.¹⁰²

A deturpação do enviesamento, em especial da heurística da disponibilidade, é a situação na qual o julgador deixa-se convencer por uma determinada versão de fatos e perde a capacidade crítica de colocá-la à prova, passando a defendê-la em face de qualquer outra hipótese que possa parecer plausível no caso. É o *confirmation bias*,¹⁰³ situação na qual o juiz passa a ser vítima de um esquema de *expectativa* e *preenchimento*, ou como denomina Francisco Cordero, de um *quadro mental paranoico*,¹⁰⁴ no qual a percepção que o observador tem da coisa é convertida em verdade absoluta.¹⁰⁵

O quadro mental paranoico é o primado da hipótese sobre os fatos, no qual o intérprete escolhe (ou elege, de acordo com padrões de “normalidade”) uma hipótese e persegue-a cegamente, fazendo pouco caso das outras narrativas possíveis.¹⁰⁶ Essa “heurística

¹⁰⁰ SCHAUER, Fredrick. Do cases make bad law? *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 3 (Summer, 2006), pp. 894/895.

¹⁰¹ “Frequentemente as pessoas formam juízos de probabilidade com base em um valor inicial, ou âncora, a partir do qual fazem ajustes insuficientes. O valor inicial pode ter uma fonte irracional ou arbitrária. Quando isso ocorre, a avaliação da probabilidade pode resultar terrivelmente equivocada, assim como o serão futuras avaliações baseadas na ‘ancoragem’ original” (SUSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*, cit., p. 1.188 – tradução livre); REINERT, Alexander A. *The burdens of pleading*, cit., p. 1.788.

¹⁰² Eirch Döhring, sobre o tema, diz que o julgador contaminado se torna mais “inacessível” a dados novos que não compadecem bem com a concepção global que ele mesmo construiu para o caso. Mais em: DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 37.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. La motivazione dela sentenza. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 31. Curitiba: Gênese, jan/mar. 2004, p. 184; COSTA, Eduardo José Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, cit., p. 116.

¹⁰⁴ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51.

¹⁰⁵ GIL, Fernando. *Tratado da evidência*. Lisboa: Casa Da Moeda, 1996, p. 271; MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 32.

¹⁰⁶ “Neste ponto o processo penal acerta contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro mental paranoico. Decide-se antes (o que é normal no humano, repita-se; e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha” (COUTINHO, Jacinto. *Glosas ao verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito.

da confirmação”, ou tendência a ver confirmada a hipótese de preferência do intérprete, faz com que o julgador se distancie do caso e, por exemplo, fundamente sua decisão fazendo menção apenas às provas que corroboram o que pretende concluir.¹⁰⁷

Mirjan Damaska, por exemplo, em excelente texto sobre os grandes sistemas de direito probatório mundiais, conclui que em sistemas nos quais o julgador é também investigador, há uma inevitável formação antecipada de hipóteses sobre a realidade, e uma constante tentativa de reconstruir essa realidade ao longo do procedimento. E como a realidade é seletivamente enxergada, o julgador passa a ser mais receptivo a provas que confirmem suas hipóteses já criadas.¹⁰⁸ A opinião não é nada nova: já a clássica obra de Nicola Malatesta destaca que a valoração de provas indiretas, através de presunções, pode criar no intérprete uma “certeza artificial e inexata”, que toma o lugar do seu convencimento, e pode levar a erros de julgamento.¹⁰⁹

É esse caráter dos vieses que precisa ser enxergado com cuidado.

Parte dos estudiosos do tema chega a afirmar que *toda prova oficiosa* tem caráter alucinatório, mas para esta tese, não parece adequado ir tão longe. A questão novamente precisa ser reposicionada do ponto de vista hermenêutico: o que deve ser dito é que a prova de ofício – e assim também a presunção judicial oficiosa – apresenta grandes riscos de esconder uma busca alucinatória. Riscos velados, que não são perceptíveis ou identificáveis. O perigo mora aí, na impossibilidade de se saber quando é que o aspecto alucinatório se manifesta, e não na certeza de que ele está se manifestando em um dado caso concreto.

Ligeiramente diferente é a heurística retrospectiva, ou *hindsight bias*.¹¹⁰ De forma bastante resumida, existe um viés de parcialidade que atinge o julgador ou o intérprete ao tomar decisões após os fatos já terem ocorrido, tendo de imaginar estes mesmos fatos no momento em que ocorreram. Um exemplo: para determinar se um médico, acionado por negligência,

Anuário ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 186); KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., pp. 208 e ss.

¹⁰⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.

¹⁰⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 95/96. Idem em: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

¹⁰⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, 2 ed. Lisboa: Livraria Teixeira, 1927, pp. 226/227.

¹¹⁰ A nomenclatura foi pioneiramente utilizada no seguinte artigo: FISCHHOFF, Baruch. For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight. In: KAHMENMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (org.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 335, 341.

falhou em um determinado diagnóstico, o intérprete deve trabalhar com o conhecimento de que dispunha o réu no momento do tratamento do paciente/autor. E deve fazê-lo após já saber que, afinal, o resultado do tratamento foi prejudicial ao paciente.¹¹¹ O *hindsight bias* é a nossa tendência em superestimar a coerência e a probabilidade de ocorrência de um evento quando já sabemos como ele ocorreu.¹¹² É a nossa falsa percepção de *inevitabilidade* de um evento cujo desfecho já sabemos qual é.¹¹³

Podemos traçar um paralelo dessa dinâmica cognitiva com a situação em que um caso concreto que contém um fato desconhecido é julgado análogo a outro, cujo resultado final se sabe e cujos fatos estão devidamente provados. O evento provado no caso precedente *não é prova, ou evidência*, de qualquer coisa em relação ao evento análogo no caso concreto. Mas é possível que haja uma tendência a que a presunção judicial funcione nesse sentido, a favor da equiparação dos casos.

Esta heurística também tem especial relevância em casos repetitivos e de menor complexidade, nos quais há farta informação sobre a maneira como as partes costumeiramente se comportam em uma dada situação, ou mesmo informação sobre o comportamento de um litigante frequente. De posse do conhecimento dos fatos, há uma tendência natural em reescrever a história de modo a que o início e o meio estejam conectados ao fim, por meio de relações de causalidade. O foco nessa relação causal age, nesse contexto, como uma cortina de fumaça que dificulta ao indivíduo enxergar como outros possíveis resultados seriam extraíveis daquela situação de fato.¹¹⁴ No imaginário enviesado, a explicação causal passa a ser a única explicação possível. A passagem do tempo, em outras palavras, é por si só um deformador dos fatos, e o julgamento no presente com base em fatos passados dificilmente será um juízo que atenda à realidade do que ocorreu. Tudo o que podemos fazer são técnicas de aproximação dessa realidade.

¹¹¹ PITERA-STALLARD, Merrie Jo. *When jurors use the past to decide the future: a study to reduce hindsight bias in the courtroom*. Kansas City: University of Kansas Press, 1996.

¹¹² SAKS, Michael J; ‘, Robert F. Trial by heuristics, cit., pp. 143 e ss.

¹¹³ “Descobrir que o desfecho do caso ocorreu aumenta a percepção da sua inevitabilidade. Juízes, no entanto, não têm consciência sobre o efeito que o conhecimento do desfecho tem em suas próprias percepções. Assim, juízes tendem a crer que essa relativa inevitabilidade era largamente aparente e previsível, mesmo antes de saber o que ocorreria” (FISCHHOFF, Baruch. Hindsight = foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. *Journal of experimental psychology*, vol. 1, 1975, p. 298 p. 288/299). Mais em: RACHLINSKI, Jeffrey. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, No. 2 (Spring, 1998), pp. 571-625.

¹¹⁴ ROESE, Neal; Vohs, Kathleen. Hindsight Bias. *Perspectives on Psychological Science*, Vol. 7, No. 5 (SEPTEMBER 2012), p. 414.

Este enviesamento em particular, para o tema da presente tese, é algo praticamente incontornável. Afinal, a presunção judicial ocorre sempre no presente, a respeito de fatos passados não provados. Ou bem já se sabe o que ocorreu (e aí não há o que presumir), ou não se sabe, e a presunção preenche o espaço de dúvida. O *hindsight bias* é reconhecidamente um fator de difícil controle, já que o intérprete não consegue jamais desprender-se da sua posição privilegiada no tempo, de observador em retrospectiva dos fatos a serem interpretados.¹¹⁵

Há outros vieses de utilidade para o nosso campo de estudo, como a tendência dos intérpretes em preferir versões intermediárias e rejeitar hipóteses que lhes pareçam extremadas, excessivamente elaboradas, ou excepcionais.¹¹⁶ O que fica para os próximos tópicos é a lembrança de que é sempre necessário observar se os influxos presentes na decisão são conscientemente enfrentados, ou se não passam, por exemplo, de estereótipos ilegítimos a respeito do grupo de referência em que se insere a parte contra quem milita uma presunção.¹¹⁷ Afinal, quando o julgador presume a ocorrência ou modo de ser de um fato, ele deve falar também a respeito da *sua visão de mundo*, como justificativa para a presunção. É a estrutura compreensiva do intérprete, mais do que a estrutura da narrativa, que deve ser objeto de descrição.¹¹⁸

1.2. A verificação de fatos no processo e na história – o velho dilema do juiz e do historiador

Ao longo do presente trabalho falaremos de acerto dos fatos e, como nossa preocupação é específica quanto aos fatos que admitidamente não são provados, mas presumidos, surgem questões a respeito das formas de investigação que o juiz desempenha

¹¹⁵ “Ignorar um resultado conhecido ao recriar uma decisão é uma tarefa cognitiva difícil. Ao formar tais juízos, as pessoas superestimam tanto a probabilidade do resultado conhecido quanto a habilidade dos decisores em prever tal resultado. Ao tentar reconstruir a percepção de um estado mental prospectivo, as pessoas permanecem ancoradas no ponto de vista retrospectivo. Isso faz com que o resultado pareça ser muito mais provável do que seria para uma pessoa razoável sem o benefício da visão retrospectiva” (RACHLINSKI, Jeffrey J; KIM, A. Kamin. *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*. Law and Human Behavior, Vol. 19, No. 1 (Feb., 1995), p. 90 – tradução livre).

¹¹⁶ SUSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*, cit., p. 1.181.

¹¹⁷ “As pessoas tendem a fazer previsões intuitivas selecionando o resultado que é mais semelhante ao estereótipo que têm em mente. Elas têm grande confiança nessas previsões, ignorando fatores que limitam a precisão preditiva. Dada uma breve descrição da personalidade [do sujeito julgado], elas se apoiam em estereótipos, ou teorias implícitas da personalidade, e vão da descrição – embora escassa, sem credibilidade, ou ultrapassada – para a previsão” (SAKS, Michael J; ‘, Robert F. *Trial by heuristics*, cit., p. 135).

¹¹⁸ PURVES, Alan C. Putting readers in their places: some alternatives to cloning Stanley Fish. *College English*, Vol. 42, No. 3 (Nov., 1980), pp. 228/229.

quando atua. Seu mergulho no passado, guiado pelas narrativas das partes, tem limites impostos pelo próprio direito processual. Não obstante, é interessante comparar a atividade do juiz com a de um historiador, como frequentemente fazem a filosofia e a teoria do direito.¹¹⁹

A analogia entre historiador e juiz é também uma comparação entre provas históricas e provas judiciais. Afinal, a história se propõe a estabelecer o modo de ser de fatos pretéritos, e algo muito semelhante ocorre no processo. Ambos utilizam rastros, vestígios deixados pelos fatos narrados.¹²⁰ O que cabe ressaltar aqui são as semelhanças e, mais ainda, as diferenças entre a investigação histórica e a judicial. Em primeiro lugar, é de se notar que para o juiz, o raciocínio histórico é um modo de pensar, e não a finalidade do pensamento mesmo. Conhecer o passado é uma passagem obrigatória para a decisão. Já para o historiador, o conhecimento crítico do passado é, desde logo, o fim da pesquisa.¹²¹

Piero Calamandrei é um dos pioneiros na analogia aqui proposta. Sua abordagem do tema conclui que o juízo *crítico* (a qualificação jurídica dos fatos) é algo que se segue ao juízo histórico, como se o accertamento dos fatos fosse um jogo exato de correspondência, e a análise ou exame valorativos ocorressem posteriormente. Quanto a isso, devemos discordar para lembrar que todo resgate de traços do passado é desde já a sua interpretação; a transposição da história para o presente é sua conformação a parâmetros que resultam da hermenêutica sobre o objeto estudado. Esse ponto à parte, as conclusões de Calamandrei parecem bastante acertadas. Afirma que os meios de investigação dos historiadores, filólogos, e mesmo críticos de arte, são muito próximos daqueles utilizados pelo juiz.

Um ponto importante de distinção é que, enquanto a pesquisa historiográfica tem início e é delimitada pela vontade do próprio investigador, o oposto se passa com o juiz: por conta do princípio da demanda (art. 2º do CPC) e da imparcialidade que é característica da jurisdição, o julgador é *jogado* no caso, não escolhendo sequer até onde pode investigar. Os limites são dados pelas partes. Assim, diz com clareza Calamandrei, a curiosidade que empurra o historiador à sua investigação, inspira-o a aprender com suas descobertas, é *vedada* ao juiz.¹²²

¹¹⁹ Em especial: CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di diritto processuale*, vol. XVII. Padova: CEDAM, 1939, p. 105/128.

¹²⁰ “Juizes e historiadores se associam pela preocupação com a definição dos fatos, no sentido mais amplo do termo, incluindo tudo o que se inscreve, de alguma forma, na realidade” (GINZBURG, Carlo. *Relações de força: história, retórica, prova*. São Paulo: Cia das Letras, 2002, p. 62). Também: DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*. Campinas: ME, 2001, p. 30.

¹²¹ CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. São Paulo: Pillares, 2007, p. 85.

¹²² CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico, cit., p. 109.

A lei impede a curiosidade do juiz-investigador, e com isso garante a sua imparcialidade. Já o historiador não se limita pelas *regras do jogo*, e dispõe de liberdade, inclusive na escolha dos métodos historiográficos que pretende desenvolver em prol da finalidade da sua investigação.¹²³

Outra limitação material à atuação do juiz – que, em tese, não se impõe ao historiador – são as balizas materiais ditadas pelas narrativas das partes. A investigação histórica, diz a própria lei, dá-se sobre fatos *controvertidos* e apontados pelas partes (art. 374, I e II do CPC). Se os sujeitos do processo concordam com o modo de ocorrência de um ou alguns fatos, não há motivos – salvo excepcionais casos de suspeita de vício de vontade – para que se produzam provas sobre eles.¹²⁴

Diga-se, ademais, que de uma pesquisa historiográfica podem resultar dados inconclusivos, sem que isso macule a investigação em si. Ao deparar-se com uma perplexidade decorrente da insuficiência de fontes, ou de fontes contraditórias, o historiador poderá dar o estudo por inconcluso, ou continuar a pesquisar. Fatos não resolvidos são, também, fatos pesquisados.¹²⁵ No processo, por conta da proibição de *non liquet*, o mesmo não acontece: a lei toma para si a responsabilidade de distribuir os riscos decorrentes dos estados de *dúvida* que possam resultar da instrução probatória em um caso concreto (art. 373 do CPC).¹²⁶ Estes temas serão importantes ainda neste trabalho, quando abordarmos as provas de ofício e os poderes instrutórios.

Não pode, então, o pesquisador do passado de um caso judicial desistir de julgá-lo.¹²⁷ Por outro lado, *nada indica, nem sugere, que deva prosseguir pesquisando* quando esgotarem-se as iniciativas probatórias das partes, como veremos em tópico específico, pois aí sim o papel de investigação se deformaria em um jogo de expectativa e preenchimento.¹²⁸

Ainda comparando as atividades, diz Salah Khaled Jr. que a sentença, assim como a história, é sempre provisória, conducente a uma perpétua reescrita e aberta a novos elementos. Quanto a isso, temos de discordar: na realidade, no âmbito do processo civil a *coisa julgada*

¹²³ KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 318.

¹²⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Do julgamento antecipado da causa. *Ensaios e artigos*, vol. II. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 70.

¹²⁵ KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., pp. 319/320).

¹²⁶ RAO, Padmanabharao A. *Law and the use of scientific evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 1996, pp. 16/17; CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*, cit., p. 114.

¹²⁷ GINZBURG, Carlo. *Micro-história e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989, p. 183.

¹²⁸ “Nossa expectativa antecipa o acontecimento. Neste sentido, ela faz um modelo do acontecimento” (GIL, Fernando. *Modos da evidência*. Lisboa: Casa da Moeda, 1998, p. 67).

tem como consequência a imunização de qualquer que seja o conteúdo da decisão final de mérito. Não há reescrita, salvo nas hipóteses limitadas de rescindibilidade (art. 966, do CPC).

De todo modo, nenhuma das limitações descritas acima tira da investigação probatória a sua dimensão histórica, necessária e imprescindível. E se a finalidade da arte – outra dimensão do discurso jurídico – é nos emancipar da tirania das limitações do mundo, a função da história é conhecer exatamente essa realidade bruta, como ela existiu.¹²⁹ Cabe, então falar sobre a relação da temporalidade com o processo.

1.2.1. Reconstrução do passado no presente – a dimensão histórica da prova

Como vimos no tópico acima, mesmo que haja uma série de distinções claras entre o juiz e o historiador, nada desdiz o fato de que a instrução probatória judicial se assemelha muito a uma investigação historiográfica.¹³⁰ Devemos, pois, tratar essa busca como o que ela é: uma pesquisa por traços documentados que não estão mais disponíveis diretamente ao intérprete, senão através daquilo que narram as partes.

A visão clássica sobre o tema diria que os fatos são os fatos, e sua evidência mesma já demonstra não serem necessárias digressões ou qualquer argumentação sobre eles. Reside aí uma confiança na razão empírica.¹³¹ Ocorre que a história produz algo mais do que sequências constantes de eventos, interconectados por nexos de causalidade. Precisamos nos livrar da ideia de que a história é linear e livre de contradições internas. Em outras palavras, a linearidade e a causalidade da história são criações do intérprete, naquilo que Nietzsche denomina de dimensão *monumental* da história.

A história monumental é aquela na qual, pela seleção de eventos ou fatos contados e na sua particular ordenação a partir de uma lógica de causa e efeito, pode-se sugerir uma quase inevitabilidade dos eventos da maneira como ocorreram. A impressão é a de que o que se sucedeu foi uma ininterrupta e única cadeia de eventos, voltados a uma progressão.¹³² O uso

¹²⁹ DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, p. 41.

¹³⁰ Calmon de Passos diz ser “inútil, errado, e prejudicial tentar separar o direito da história” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A missão das faculdades de direito. Ensaios e artigos*, vol. II. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 411.

¹³¹ Uma crítica pertinente do tema está em: GASCÓN, Marina Abellán. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 7.

¹³² JENKINS, Joseph. Heavy Law/Light Law: Walter Benjamin, Friedrich Nietzsche, Robert Bork, Duncan Kennedy. *Law and Literature*, Vol. 17, No. 2 (Summer 2005), p. 250; SOARES, Luis Eduardo. *Hermenêutica e ciências humanas*. In: GAUER, Ruth (coord.). *A qualidade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 43.

monumental da história, embora não seja tratado como algo inerentemente negativo, apresenta o perigo da romantização e da distorção da nossa imagem do passado. A prática da história monumental torna-se uma invenção livre que produz uma ficção de continuidade, de cronologia, de progresso e de causalidade. Estamos, assim, flertando com a falsificação do passado em prol de um ideal de causalidade.¹³³

É algo parecido o que diz Walter Benjamin em sua terceira *tese sobre a história*: “O cronista que narra profusamente os acontecimentos, sem distinguir grandes e pequenos, leva com isso a verdade de que nada do que alguma vez aconteceu pode ser dado por perdido para a história”.¹³⁴ Não há, então, como *achatar a história* e deixá-la de fora de um conceito ou de um enunciado textual.¹³⁵ Por isso veremos adiante a inadequação de reduzir a vivência coletiva e os resultados do empirismo às chamadas “regras da experiência”, e esperar que sozinhas (ou mediante justificações singelas) deem conta de resolver intrincadas situações fáticas em casos concretos.

De certo modo, o tema da temporalidade passado/presente é também a questão do *ser hermenêutico*, que compreende o objeto historicamente, e não através de métodos racionais. A história precisa ser absorvida, não achatada e posta em segundo plano. Assim, a narrativa das partes e o discurso do juiz trabalharão a *memória*, que é um amontoado de experiências, e não um todo organizado, identificável, separável, individualizável.¹³⁶ Ao buscar no nosso passado, selecionamos instintivamente, e ao recortar, desde já nos comprometemos com o que deixamos de fora.¹³⁷

¹³³ JENKINS, Scott. Nietzsche's use of monumental history. *Journal of Nietzsche Studies*, Vol. 45, No. 2 (Summer 2014), p. 172/173.

¹³⁴ A análise da tese está em: LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 54 e ss. Mais adiante, no comentário à quarta tese de Benjamin, Löwy destaque que “o passado é iluminado pela luz dos combates de hoje, pelo sol que se levanta no céu da história” (p. 60). É esse o risco do uso monumental da história, como forma de ressaltar um suposto progresso cronológico no que se narra.

¹³⁵ “As definições adquirem seus sentidos plenos no decorrer do processo histórico. Elas não podem ser usadas inteligentemente a não ser que aceitemos humildemente que suas penumbras não são facilmente penetráveis por atalhos linguísticos. Se, por medo, concordamos em eliminar os elementos históricos e passamos a oferecer sentenças supostamente atemporais como definições, negamos a nós mesmos a herança intelectual legada à filosofia desde o início do pensamento da experiência” (HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 182).

¹³⁶ “O que a memória fornece não é um passado especificado por itens, mas uma continuidade de consciência na qual me reconheço como uma identidade contínua” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 61). E ainda: “A questão é que a memória é menos uma gravação que um mecanismo seletivo, e a seleção, dentro de certos limites, é constantemente mutável” (HOBBSAWM, Eric. *Sobre a história*. São Paulo: Cia das Letras, 1998, p. 221).

¹³⁷ A sexta tese sobre a história, de Benjamin, fala sobre a impropriedade de tentar conhecer o passado “tal como ele propriamente foi”. A tarefa do historiador é, segundo ele, articular o passado “apoderando-se de uma lembrança tal como ela lampeja em um instante de perigo”. O perigo é, justamente o momento de contato do intérprete com a narrativa (LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*, cit., p. 65/66).

A história está sempre presente nos objetos (fatos) que se quer interpretar – embora deles não seja a essência. Não há maneiras de se evitar que, quando um caso é processado, a história já esteja pronta, que já tenha ocorrido. E, no entanto, não conhecemos plenamente a história dos objetos. O que devemos, portanto, é cuidar dos meios através dos quais ela é (re)construída no presente. Afinal, a reconstrução do passado diz mais sobre o presente do que sobre o passado em si.¹³⁸

Os fatos ocorrem no presente, e têm uma particular importância naquele mesmo momento. Qualquer análise que no futuro é feita do fato (que terá então ocorrido no “passado”) é desde logo um exame condicionado a essa passagem temporal. É, então, preciso ao mesmo tempo resgatar o que significava aquele presente do momento da ocorrência do fato, e tomar consciência sobre o inescapável presente atual, que em relação ao fato analisado terá sido o futuro.¹³⁹ Quer dizer, nossa análise de um fato passado não altera a conclusão de que, no presente do fato (nosso atual passado), ele teve sua função e seu contexto específicos. O que não pode ocorrer é a castração dessa temporalidade e a tentativa de representar os fatos passados no atual presente, sem juízo crítico sobre o que representa a passagem do tempo no caso concreto. A temporalidade é, inclusive, um auxiliador do juízo crítico sobre fatos, e pode ser crucial na distinção entre preconceitos legítimos e falsos. Analisar uma situação passada, entendida essa diferença temporal entre o presente da análise e o passado do ocorrido, é saudável, na medida em que sejam preservadas as memórias sobre o objeto compreendido.

A investigação histórica leva em conta que os objetos analisados são sobreviventes do passado, que em si mesmos não carregam características verdadeiras nem falsas. É o juízo crítico que fazemos do objeto que lhes dá esse selo de verdade/falsidade.¹⁴⁰

O trabalho do historiador é então o de reunir os fragmentos do passado e recobrar o que pode ter sido perdido na sua “sobrevivência” até o presente, lembrando que as características essenciais do fato são aquelas do passado, e não as circunstâncias da própria sobrevivência do fato até o presente. A historicidade do objeto ou do fato, portanto, é crucial e não pode ser perdida de vista.

¹³⁸ SOARES, Luiz Eduardo; GUINDANI, Miriam. A construção social de uma acusação criminal. In: *Revista de Estudos criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 19, 2005, p. 49.

¹³⁹ “Um pote minoico foi feito para cozinhar um jantar ou para carregar água da fonte, não para dar informações a Sir Arthur Evans sobre uma civilização minoica que não sobreviveu. [...] Seu modo é o do presente-futuro, e o fato de seus sobreviventes ocuparem o presente do discurso histórico em nada contribui para qualificar esse modo” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 81).

¹⁴⁰ OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 82.

Isso também quer dizer que não devemos atribuir qualidades ou características aos objetos que sobreviveram até o presente pelo simples fato de terem sobrevivido; não significa atribuir-lhes uma posição no passado, mas apenas considerar sua atual utilidade no presente.¹⁴¹ E provavelmente desfigurá-los para nosso próprio uso, reconhecendo e valorizando aquilo que têm a oferecer em nossos compromissos atuais. Daí se segue uma possível utilização discricionária dos fatos, que não respeita a relação passado-presente.¹⁴²

É possível fazer uma comparação entre a história “contada pelo vencedor”, na terminologia de Benjamin, e o enviesamento que pode resultar do juiz/historiador que toma contato com os fatos de um caso e tem a impressão de conhecer, ele mesmo, o curso progressivo do que ocorreu, preenchendo as lacunas fáticas com juízos de probabilidade e de causalidade seus. Quem assim age – Benjamin o chamaria de “historiador do historicismo” – ignora que toda história contada com pretensão de neutralidade é um reforço estético de uma das possíveis visões sobre o passado. A verdadeira função do investigador histórico é a de *escovar a história a contrapelo*, na feliz expressão de Nietzsche utilizada por Benjamin. Com isso, o autor quer lembrar que é necessário considerar o passado também do ponto de vista do vencido, do excluído; é imprescindível pensar nas exceções às regras gerais de causalidade que à primeira vista se formam para o intérprete.¹⁴³

Há uma inegável intersecção entre a história e a literatura, nesse contexto. Isso pois uma característica marcante do texto literário é sua significação indireta; o sentido passa pela mediação de uma representação, que é permeada pela história do tempo entre a ocorrência do texto e a sua leitura. Ou, no caso do presente trabalho, entre a ocorrência dos fatos e a atribuição de sentidos a eles, possivelmente incluindo um raciocínio presuntivo.

Quando o juiz toma contato com os fatos narrados pelas partes e prossegue à instrução processual, não conhece a realidade, mas deve montar uma imagem, um retrato, dessa mesma realidade. Mesmo sem dispor de todos os elementos necessários a essa representação,

¹⁴¹ “Tudo o que constitui uma crença baseada em memória está acontecendo agora, não naquele tempo passado ao qual a crença é dita se referir [...]. Portanto as ocorrências que são chamadas conhecimento do passado são logicamente independentes do passado; elas são totalmente analisáveis como conteúdos presentes, os quais poderiam, teoricamente, ser apenas o que elas são mesmo se nenhum passado tivesse existido” (RUSSEL, Bertrand. *The analysis of mind*. Disponível em https://www.gutenberg.org/files/2529/2529-h/2529-h.htm#link2H_4_0007, acesso em 16.11.2017 – tradução livre).

¹⁴² GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 105; LOPES Jr, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, 2ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 266.

¹⁴³ LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*, cit., p. 70/79.

deve reconstruir o passado no processo.¹⁴⁴ É este o desafio, portanto, com o qual devemos lidar, conscientes de que soluções que impliquem falseamento do raciocínio e da compreensão não devem ser levadas adiante.

Isso, pois o retrato que se monta do passado não é, jamais, igual à realidade retratada.¹⁴⁵ Seguimos, como intérpretes (partes e julgador, indistintamente) na relação com os fatos narrados no caso, *rastros*, em busca da sua relação com o caso ou de boas explicações que ele possa oferecer às perguntas que temos sobre o caso.¹⁴⁶ Isso não significa, como veremos logo adiante, que encontrar relações de causalidade entre fatos já seja, por si só, suficiente para determinar o modo de ocorrência destes mesmos fatos. O que é aqui dito vale especialmente para as presunções: uma boa e lógica explicação não é legitimação suficiente para que se presuma que um fato tenha ocorrido. É preciso mais do que isso. Distanciando-nos do modo estritamente racional de pensamento, o sequenciamento histórico de fatos pode ser imaginado para fora dos limites da causalidade e da necessariedade, se falarmos meramente em termos de “relacionamentos significativos”, assim entendidos os eventos antecedentes e subsequentes que especificam um o caráter e a natureza dos outros. Por meio destes relacionamentos entre fatos é que podemos entender o que de fato eles representam historicamente.

A narrativa judicial pretende ser fiel ao acontecido, mas jamais pode pretender interferir nos fatos para traduzi-los a si mesmos. A narração recria o sentido do ocorrido, mas deve respeitar o fato narrado como algo que passou, que está sendo representado mediatamente no processo.¹⁴⁷ Embora possa ser voltada – e espera-se que o seja – para a aproximação do real, a narrativa deixa o real onde ele foi vivido: no passado. Põe-se então como uma representação sabidamente disforme desse passado, e não como sua fotografia verdadeira.

Nesse movimento histórico, há sempre um jogo de inferências, que são parte componente do juízo sobre o passado a ser reconstruído. Quer dizer, além de a tarefa histórica consistir em analisar os rastros *sobreviventes* (documentados ou documentáveis) como tais,

¹⁴⁴ REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 154.

¹⁴⁵ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 141.

¹⁴⁶ “seguir um rastro é raciocinar por causalidade ao longo da cadeia das operações constitutivas da ação de passar por ali; por outro lado, voltar da marca à coisa marcante é isolar, dentre todas as cadeias causais possíveis, aquelas que, além disso, veiculam a significância própria da relação do vestígio com a passagem” (RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*, t. 3. Campinas: Papirus, 1997, p. 202).

¹⁴⁷ “Por precária que seja, a própria ideia de narração preserva o espaço de acontecimento do narrado nele mesmo; refere-se a um outro dela mesma, por mais que, ao narrar, recrie o sentido do acontecido” (SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 75).

mantida a temporalidade que os distancia do presente, é também responsabilidade do investigador buscar nestes rastros as evidências das circunstâncias que *não sobreviveram*. E justamente por conta de sua não sobrevivência, precisam ser interpretadas por *indícios*, através de raciocínios presuntivos.¹⁴⁸

Assim, toda conclusão a respeito da história é composta por inferências através das quais os registros que sobreviveram servem como “evidência circunstancial” do passado que não sobreviveu. Está delineada a premissa básica com a qual devemos trabalhar para nos referirmos ao acerto dos fatos no processo que envolva raciocínios presuntivos para considerar provados fatos desconhecidos.

1.3. A dimensão literária da narrativa judicial

Não é intenção deste tópico falar sobre aquilo que de jurídico há nas grandes obras literárias, mas sim enxergar as similaridades entre o discurso utilizado no mundo do direito e as narrativas do mundo literário.¹⁴⁹ Essas semelhanças nos servirão como uma chamada de atenção para encarmos a argumentação jurídica além dos métodos típicos do racionalismo, que serão tratados no próximo capítulo com mais detalhe. Assim, o tópico se apresenta para nos lembrar que, assim como na literatura, no processo judicial o que fazem as partes e o juiz não passa de *contar histórias*.¹⁵⁰

É premissa importante da visão de direito como literatura que todos os sujeitos do processo se comportam narrativamente, da mesma forma. Assim, não são as partes responsáveis por convencer o juiz, e este ditar a verdade dos fatos.¹⁵¹ Se há algo que a teoria literária pode nos ensinar no campo do direito processual é que tanto as partes quanto o juiz vêm aos autos com *narrativas*. Ninguém é observador privilegiado da realidade; as histórias permeiam a compreensão do caso. Aliás, nenhum discurso fala sobre o objeto que descreve; fala, isso sim,

¹⁴⁸ “Uma investigação preocupada em reconstruir uma situação passada que não sobreviveu não está preocupada em estabelecer a veracidade ou a credibilidade do que é confundido com relatos dessa situação ou das ocorrências que a compõem; está preocupada com a validade das conclusões inferidas dos artefatos e expressões sobreviventes” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 113).

¹⁴⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. The chain of Law: How is law like literature? In: *Legal philosophy: General aspects*. New York: Franz Steiner Verlag, p. 201; GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, pp. 51/52;

¹⁵⁰ “O ofício do agente do direito, assim como o do romancista é fazer um mundo – e fazê-lo com o único instrumento de seu domínio – a linguagem” (SIQUEIRA, Ada Bogliogo Piancastelli de. *Notas sobre direito e literatura: o absurdo do direito em Albert Camus*. Florianópolis: Boiteux, 2011, p. 52).

¹⁵¹ Embora assim proponha parte da doutrina, como por exemplo: TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 190/191

sobre outros discursos que circundam esse objeto. Se a linguagem é mediadora da realidade, toda palavra dialoga com outras palavras, é rodeada por outras palavras.¹⁵² Ademais, se enxergarmos a prática do direito (e a dinâmica do litígio judicial, que é o foco deste estudo) como uma atividade ontologicamente interpretativa, concluiremos que nem sempre a linguagem e o modo de compreensão dos fatos passados é racionalizável. A literatura nos auxilia a compreender que esse aspecto arremido às regras pré-fixadas é típico dos processos de comunicação, e que não há problema algum nisso.¹⁵³

A possível influência da literatura sobre o juízo de acerto de fatos em um caso judicial envolve a maneira como a narrativa penetra na história e, ao mesmo tempo em que preserva o passado no passado, traz o que lá está para o presente, reinventando-o. O texto literário (e também assim a narrativa judicial) é a sobrevivência do seu transmitir a si mesmo para o leitor.¹⁵⁴ E não há escapatória: nosso juízo sobre fatos passados é sempre permeado por essa temporalidade que se manifesta durante a compreensão, e fechar os olhos para isso dificulta o processo interpretativo autêntico. Dessa maneira, como dissemos no tópico anterior, a ilusão de que a cronologia do tempo é perfeitamente traduzida na história contada é algo típico de uma idealização racional. Compreender a atividade interpretativa como parte de uma narrativa literária serve também como alerta para o fato de que a falta de cronologia é inerente à memória e à interpretação.¹⁵⁵

O movimento do *law and literature* teve origem nos Estados Unidos, particularmente na obra *Legal Imagination*, de 1973, na qual o autor James Boyd White defendeu a inclusão de estudos narrativos e literários como parte da educação nas escolas de direito.¹⁵⁶ Uma justificativa para essa inserção era a de que tanto na literatura quanto no direito os sujeitos lidam com a linguagem e a retórica de modo que importa a maneira como textos são

¹⁵² FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*, cit., p. 22.

¹⁵³ “A literatura põe em evidência a linguagem, elabora os interstícios, não se mede com os enunciados já feitos, mas com o próprio jogo do sujeito que enuncia, que descobre o sal das palavras. Sabe muito bem que pode ser recuperada pela força da língua, mas justamente por isso está pronta a desdizer-se, diz e renega o que disse, persiste e se desarticula com volubilidade, não destrói os signos, faz com que brinquem e se diverte com eles” (ECO, Umberto. *Viagem na irrealidade cotidiana*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, p. 316).

¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 227.

¹⁵⁵ “A sentença, enquanto narrativa, permite uma série de imposições de sentido, sendo que um dos mais evidentes é a sua curiosa estrutura cronológica. Trata-se de uma escrita que toma como ponto de partida o ponto de chegada, pois quem escreve já decidiu e narra para fundamentar, embora a estrutura narrativa da sentença esconda isso a partir da aparência de rigorosa linearidade temporal” (KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 567).

¹⁵⁶ WHITE, James B. *Legal Imagination*. Chicago: Chicago University Press, 1973.

escritos, como são lidos, e como são apresentados pontos de vista.¹⁵⁷ A partir daí, foi possível oferecer uma nova forma de didática nas Universidades americanas que, antes de tudo, questionou os cânones tradicionais da interpretação jurídica.¹⁵⁸

O caráter crítico e quase revolucionário da didática narrativa teve importância como desenvolvimento daquilo que Walter Benjamin já havia feito na sua crítica da violência, e que posteriormente Jacques Derrida detalhou na conferência “força de lei” (*force of law*): o uso institucionalizado da linguagem como um elemento racional é uma forma de violência, que nos impede de encurtar a distância entre o pensamento (hermenêutica) e a sua tradução (discurso). E é na tentativa desse encurtamento que encontra espaço a “narratologia” que compõe o direito como literatura e envolve “o processo geral de como os humanos dão sentido ao mundo através do contar de histórias”.¹⁵⁹

De modo geral, o movimento tomou para si a tarefa de questionar dogmas universais do pensamento jurídico norteamericano e advogou um “uso ético da linguagem institucional” jurídica.¹⁶⁰ Assim, o tema é de particular relevância para o direito quando o que está sob observação são, justamente, *histórias* e versões de fato a respeito da existência, inexistência, ou modo de ser de fatos controvertidos que são objeto de prova em um caso concreto. Daí a importância da doutrina que fala em *direito como literatura* (*law as literature*), mais do que *direito na literatura*.¹⁶¹ O universo jurídico apreendido através de uma metódica literária, avançando na dimensão jurídica do *story-telling*.

Assim como formamos nossa opinião – atribuímos determinado sentido a um objeto – de acordo com o contato que temos com o texto, a ordem em que os argumentos de uma demanda são apresentados ao intérprete podem ter influência (às vezes decisiva) na formação do convencimento. Não apenas a história contada, portanto, mas a maneira como ela é contada, têm papel fundamental no desfecho de um litígio.

¹⁵⁷ MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. New York: NYU Press, 1995, p. 150.

¹⁵⁸ Um bom aprofundamento da dimensão crítica do direito como literatura está em: HEILBURN, Carolyn; RESNIK, Judith. Convergences: Law, Literature, and Feminism. *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 8 (Jun., 1990), pp. 1913-1956.

¹⁵⁹ OLSON, Greta. De-Americanizing Law and Literature Narratives: Opening Up the Story. *Law and Literature*, Vol. 22, No. 2 (Summer 2010), p. 340/348.

¹⁶⁰ MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, cit., p. 159.

¹⁶¹ WEISBERG, Richard H. Wigmore and the law and literature movement. *Law and Literature*, Vol. 21, No. 1 (Spring 2009), p. 135; BARON, Jane. Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity. *The Yale Law Journal*, Vol. 108, No. 5 (Mar., 1999), p. 1.072; MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, cit., p. 151.

O que é dito aqui vale como premissa para o restante do trabalho, uma vez que as presunções judiciais frequentemente estão presentes sem serem ditas; influem, sem aparecer. E o caráter genérico do vocabulário e da sintática jurídicas faz com que a linguagem facilite um número significativo de operações semânticas nem sempre percebidas. O código linguístico do direito visto racionalmente deseja que sejam formados esses significados jurídicos genéricos, passíveis de impessoalidade, e justamente daí surgem quase inevitavelmente as paráfrases e generalizações típicas da dinâmica forense.¹⁶² É necessário então repensar a conexão entre direito e linguagem, incluindo nessa relação a visão literária do fenômeno linguístico.

Claro, pois o direito, mais do que ser composto por linguagem, *é ele mesmo linguagem*.¹⁶³ O estudo separado e independente destes campos de conhecimento tem relegado o direito à ciência, o que cria a ilusão de que é possível a análise do direito como uma linguagem unitária, formal e completa. Essa ilusão é, no mínimo, “um modo tendencioso de descrever a comunicação jurídica”.¹⁶⁴ O alerta de Stanley Fish sobre o ponto vale ser transcrito:

A diferença entre a ciência ou o direito, de um lado, e a crítica literária, de outro, não é a diferença entre retórica (ou estilo) e outra coisa, mas sim entre diferentes retóricas que são poderosas no campo de diferentes disciplinas. E a diferença entre a retórica da ciência – dedução e certeza matemática – e outras retóricas na sociedade moderna é a diferença entre um discurso de prestígio, que por razões históricas tornou-se associado com a apresentação da verdade, e discursos que de certa forma marginais.¹⁶⁵

A distinção entre ciência e temas não estritamente científicos, portanto, é uma construção histórica, mais do que uma diferença presente e ontológica. Por isso mesmo, é preciso reabilitar as noções linguísticas, retóricas e literárias do discurso judicial, e (re)unir arte e direito, no sentido aqui exposto, eliminando a ideia de que isso se trataria de uma mera tentativa de interdisciplinarizar o ensino jurídico.¹⁶⁶ Afinal, o historiador cria a ordem a partir do caos; confere sentido aos traços dispersos do passado. Não existe história – tampouco direito – sem essa dimensão construtiva de algo que antes encontrava-se perdido: “Sem esse enredo poético, não há história propriamente dita. Toda história, concebida como o sentido relevante

¹⁶² GOODRICH, Peter. Law and Language: An Historical and Critical Introduction. *Journal of Law and Society*, Vol. 11, No. 2 (Summer, 1984), p. 189.

¹⁶³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: *Ensaio e artigos*, vol. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 39.

¹⁶⁴ GOODRICH, Peter. Law and Language: An Historical and Critical Introduction. *Journal of Law and Society*, Vol. 11, No. 2 (Summer, 1984), p. 174.

¹⁶⁵ FISH, Stanley. Don't Know Much about the Middle Ages: Posner on Law and Literature. *The Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 5 (Apr., 1988), p. 781.

¹⁶⁶ Para a academia, o movimento do direito e literatura pareceu muito pouco interdisciplinar, e para os advogados, aparenta ser interdisciplinar demais. Isso faz com que nem em um nem em outro ambientes esse campo de estudo tenha sido devidamente explorado, como se vê em: BARON, Jane. *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, cit., p. 1.061.

do passado, é ‘poético’, quer ou não se anuncie como tal. Não há história fora da estética”.¹⁶⁷ Por paradoxal que pareça ser, a inclusão da questão literária no direito pode ser um remédio contra a proliferação das fantasias criadas pelo racionalismo.

Ademais, e para finalizar essa curta digressão, vale lembrar que se no direito e no contexto do processo judicial o que fazemos é contar e ler histórias, não há motivo relevante para que exista uma hermenêutica especificamente jurídica, descolada das escolas de interpretação da arte. É o que sugere a autora Jane Baron, sob a categoria de “hermenêutica do direito e literatura”. Ela sugere que juristas leiam sobre teoria literária, como meio de obter mais ferramentas interpretativas do que as mecânicas e abstratas fornecidas pelo direito. De fato, estudiosos da literatura preocuparam-se com os problemas da interpretação por muito tempo. Não há motivo, diz, para “reinventar a roda da interpretação”.¹⁶⁸

1.3.1. O story-telling no acerto dos fatos

Dito o que foi dito sobre a importância das histórias para o direito, analisemos com mais detalhe como o *story-telling* e a narrativa atuam no campo probatório. De forma bastante resumida, a discussão aqui girará em torno de duas possibilidades de encarar o conjunto de provas produzidas em um caso. De um lado, uma visão *atomista*, particularizada de cada elemento de prova, no qual se perguntará pela probabilidade individual. De outro, a abordagem *coerentista* ou *holística*, que busca a força probatória do *conjunto* de provas referentes a um fato ou a uma configuração de fatos. No último capítulo desta tese, o tema será retomado sob o ponto de vista da fundamentação das decisões, e lá tentaremos traçar um possível meio termo entre as duas maneiras de análise de prova. Por enquanto, cabem noções introdutórias.

A primeira coisa que precisa ser estabelecida quanto ao tema é que os intérpretes de uma situação narrada formam, eles mesmos, uma história a respeito dos fatos que lhes faça sentido. Nos Estados Unidos, o chamado *story model*¹⁶⁹ é uma teoria cognitiva a respeito da maneira como o júri (e, analogicamente, o juiz) compila as informações probatórias trazidas pelas partes em um determinado caso. Diz a teoria que, para poder explicar a si mesmos a função e relevância do material probatório, os indivíduos tendem a organizá-lo em forma de

¹⁶⁷ DORAN, Robert. Nietzsche: Utility, aesthetics, history. *Comparative Literature Studies*, Vol. 37, No. 3 (2000), pp. 326.

¹⁶⁸ BARON, Jane. *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, cit., p. 1.065.

¹⁶⁹ PENNINGTON, N; HASTIE, R. A cognitive theory of juror decision making: the story model. *Cadroz law review*, vol. 13, 1991, p. p. 519/557.

histórias, com começo, meio e fim. As provas ganham uma estrutura narrativa própria, diferente (ou derivada) das narrativas apresentadas pelo autor e pelo réu.

Uma visão mais tradicional do tema é oferecida por John Henry Wigmore, para quem a narrativa não é mais do que uma forma casual de análise, organização e apresentação das provas. Construção de histórias e *story-telling* não tinham nenhum papel significativo em sua “ciência da prova”.¹⁷⁰ Em outras palavras, Wigmore subordina a história à sua teoria. A hipótese da presente tese é razoavelmente diferente. Arguimos que o processo de convencimento e de compreensão ocorre, em si mesmo, narrativamente, e os espaços entre uma e outra afirmações são comumente preenchido pelos preconceitos (legítimos) do intérprete.¹⁷¹ Esta tese, então, parte da premissa de que entendemos uma série de fatos através da colocação destes fatos em um contexto narrativo.

Um exemplo dessa premissa aplicada em um caso concreto é o precedente norte-americano *Old Chief v. US*, de 1997.¹⁷² O mérito do caso envolve acusação por porte ilegal de armas, mas o que merece ser destacado aqui é a maneira como o Ministro David Souter, da Suprema Corte dos Estados Unidos, lidou com o material probatório. O ponto de partida do seu raciocínio é que “as provas têm força além de qualquer esquema linear de raciocínio, e no que suas peças se juntam, ganha impulso uma narrativa”.¹⁷³ E continua para dizer o seguinte:

Histórias são desenvolvidas da ação central identificada na acusação criminal ou requerimento [civil]. Essa ação central serve de moldura básica na qual é adicionada substância através de inferências sobre eventos correlacionados, estabelecendo-se uma rede de relacionamentos que é complexa devido [...] à variada natureza das conexões que precisam ser estabelecidas, incluindo as causais, motivacionais, e intencionais.¹⁷⁴

Em uma narrativa judicial, há a história central e tramas secundárias, que só ganham total sentido se avaliadas conjuntamente.¹⁷⁵ A “ação central”, ou fato principal, é a partir de onde se formam as histórias. Daí surge o contexto, e o conhecimento prévio do intérprete sobre o mundo é o que permite estabelecer conexões entre essa ação central e outros elementos da

¹⁷⁰ TWINING, William. *Rethinking evidence*, 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 307.

¹⁷¹ HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 161.

¹⁷² O voto do Min. David Souter, relator do caso, está disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/519/172/case.html>, acesso em 15.05.2018.

¹⁷³ *Old Chief v US* (1997) 519 US 172, p. 187. No mesmo sentido, de que o discurso tem sentido além das palavras que compõe a frase onde é veiculado: MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso e análise do discurso*, cit., p. 25.

¹⁷⁴ *Old Chief v US* (1997) 519 US 172, p. 162.

¹⁷⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3º ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 285 e ss; JACKSON, Bernard S. *Law, fact and narrative coherence*. Liverpool: Deborah Charles, 1988, p. 85.

história.¹⁷⁶ Os critérios para a identificação de uma “boa” história, portanto, são comumente associados a parâmetros de coerência entre as proposições que a compõem.

De modo muito semelhante e antes mesmo do desenvolvimento, nos Estados Unidos, do *story model*, o alemão Erich Döhring nos apresenta a seguinte premissa de trabalho com o material probatório:

Elaboração de um quadro global: o observador se forma desde o começo uma visão em conjunto, na qual as circunstâncias singulares conhecidas se unem para formar um todo homogêneo. Toda pessoa desejosa de esclarecer um estado de fatos opaco necessita, como marco para seu trabalho investigativo, de um quadro de como podem ter acontecido tais fatos.¹⁷⁷

Esse quadro, segundo Döhring, é repleto de suposições sobre configurações ainda não provadas dos fatos. O autor completa dizendo: “pode-se dizer que o averiguador estabelece assim uma hipótese de trabalho, sobre a qual embasa suas pesquisas ulteriores”. Em muito isso se assemelha, do ponto de vista narrativo, à inferência para a melhor explicação. O levantamento de hipóteses serve, assim, de bússola¹⁷⁸ para a investigação, devendo ser corrigida a cada passo em falso ou a cada constatação de equívoco. Voltamos a dialogar aqui com o esquema antepredicativo de Gadamer descrito no item 1.1.3 deste trabalho.

Assim como o modelo de atribuição de sentidos descrito pelo círculo hermenêutico, o modelo narrativo de abordagem das histórias contadas no processo exige que o intérprete leia cada versão de fatos como essencialmente provisória. A hipótese precisa ser testada e contrastada com outras concorrentes, sempre.¹⁷⁹ Em vez de encontrar um fundamento auto evidente para justificar o conhecimento sobre determinada proposição, a teoria narrativa explica o conhecimento em termos de congruência de um dado grupo ou sistema de crenças. Uma crença é justificada quando ela é coerente com o dito sistema e, dessa forma rejeita expressamente o mito de uma sucessão linear, contínua, de crenças individualmente consideráveis. Nosso sistema interno de crenças contém um emaranhado não organizado de ideias que se justificam umas às outras, mutuamente.¹⁸⁰ No entanto, o critério da coerência não faz todo o trabalho epistemológico por conta própria. Não é a coerência, em si mesma, que dá conta de justificar por qual motivo um determinado grupo de crenças é pertinente à realidade.

¹⁷⁶ BEX, Florix. Analysing stories using schemes. In: KAPTEIN, Hendrik; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart (orgs.). *Legal evidence and proof: statistics, stories, logic*. Burlington: Ashgate, 2009, p. 96.

¹⁷⁷ DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 34 – tradução livre.

¹⁷⁸ DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 35.

¹⁷⁹ DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 38.

¹⁸⁰ PARDO, Michael S. The field of evidence and the field of knowledge. *Law and Philosophy*, Vol. 24, No. 4 (Jul., 2005), p. 345.

Isso porque, internamente, uma série de enunciados pode ser congruente, e mesmo assim representar uma surrealidade.

A história “boa” é aquela cujos sentidos se constroem em uma constante e circular relação entre os fatos e o narrador. O processo de descoberta da crença em si envolve essa capacidade dialética de identificar proposições contrárias e satisfatoriamente rebatê-las. É nessa justificação que mora o conhecimento.

O juízo sobre a valoração de provas apoia-se largamente na narrativa que é criada pelo julgador e na análise sobre a sua plausibilidade. Se a narrativa do intérprete apresenta suficientes relações de causalidade a ponto de tornar crível a história, a tendência é que essa versão se torne premissa do raciocínio no momento do julgamento. A partir daí, forma-se um viés que dificilmente será desfeito ao longo do processo.

Para o *story model*, a maneira como a narrativa é construída depende da experiência pessoal de quem a constrói. Trata-se, em verdade, de um modelo cognitivo que leva em conta as inevitabilidades hermenêuticas que foram objeto do primeiro capítulo deste trabalho. Investigador e objeto investigado confundem-se a ponto de não ser possível isolar a investigação, como técnica objetiva. A visão de mundo do intérprete é parte da interpretação, e reconhecer isto é o primeiro passo para controlar preconceitos ilegítimos nessa atividade cognitiva.¹⁸¹

¹⁸¹ LEDFORD, Alan. *The role of personal experience in juror decision making: bias versus the capacity to believe*. Ann Harbor: UMI, 1998.

2. O ACHATAMENTO DA HISTÓRIA PELA CIÊNCIA

2.1. O paradigma do saber científico e a negação do momento hermenêutico

Introduzido o tema da compreensão dos fatos a partir da premissa hermenêutica no primeiro tópico deste trabalho, é necessário passar adiante para criticar os movimentos teóricos que pretendem infirmá-la. Não é tema relativo a este trabalho discutir epistemologicamente qual a validade da ciência e do conhecimento científico no campo do direito. Longe disso. Ocorre, no entanto, que enquanto o paradigma do racionalismo permanecer hegemônico, e tanto doutrina quanto jurisprudência afirmarem com frequência que presunções dependem de um raciocínio *indutivo/dedutivo* com base em uma *regra da experiência*, o tema do conhecimento científico será ainda central para o debate que nos interessa. Em especial pois, enquanto o estudo do conhecimento humano foi historicamente baseado naquilo que é atemporal, geral, e necessário, o raciocínio jurídico lida com eventos passados, particulares e contingentes (possíveis, mas não necessários).¹⁸²

Veja-se que, se por um lado o saber científico é o modelo vigente do nosso saber sobre o mundo – e até a filosofia frequentemente tenta incluir-se a si mesma como ciência –,¹⁸³ já ultrapassamos o momento de ingenuidade, ou de encantamento, em que o cientificismo era responsável por entregar respostas prontas sobre esse saber. E de todo modo, o conhecimento científico não deixa de ser uma “abreviatura simbólica” da realidade, que tranquiliza perante a complexidade do mundo.¹⁸⁴ Devemos, então, conscientemente situar-nos no tempo de forma adequada: sem aceitar comodamente a ideia de que explicações científicas são mais plausíveis e verdadeiras do que outros modos de conhecimento, apenas por sua validade racional.¹⁸⁵

Uma confusão que precisa ser desfeita, já de início, diz respeito à distinção bastante gritante entre *ciências da natureza* e *ciências do espírito*, ou ciências sociais. Mais adiante ficará claro que boa parte da doutrina trata o tema das inferências judiciais – baseadas no que *ordinariamente acontece* – como um produto do raciocínio sobre a natureza. Repetições de fenômenos naturais são captadas e analisadas, e são criadas regras gerais de comportamento com a pretensão de prever como futuros fatos se darão em casos semelhantes. Tudo isso é,

¹⁸² SCHUM, David. *Evidentiary foundations of probabilistic reasoning*, cit., p. 111/112.

¹⁸³ “A filosofia sente, constantemente, a necessidade de justificar sua existência diante das ‘ciências’. E crê fazê-lo, de forma mais segura, elevando-se a condição de ciência. A filosofia é perseguida pelo medo de perder em prestígio e importância, caso não seja ciência (HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*, cit., p. 26/27).

¹⁸⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

¹⁸⁵ BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

ainda, fortemente *científico*, no sentido das ciências naturais. De outro lado, as chamadas *soft sciences* são vistas com credibilidade menor, a ponto de muitos juízes sentirem-se capazes de julgar questões que, na realidade, exigem conhecimentos técnicos bastante específicos¹⁸⁶ – é o caso de questões afetas à psicologia em casos de direito de família, por exemplo.

Como foi dito de passagem no capítulo anterior, foi tarefa da ciência moderna afastar o investigador (o Sujeito) do processo investigativo, na esperança de que o Objeto se apresentasse por si só, trazendo verdades nele contidas. Já que isso não ocorrerá de forma alguma (vale lembrar da inevitabilidade da linguagem e da subjetividade), o que acaba por acontecer é uma visão falsa da própria investigação. O Sujeito não logra ser neutro em relação ao Objeto, e não obstante crê adotar uma posição racional, assim entendida uma abordagem fria e imparcial. Em outras palavras, esse Sujeito da ciência fecha os olhos para os seus próprios preconceitos e vieses, e ao fazê-lo, vê-se paradoxalmente atacado pelos preconceitos mesmos, inconscientemente.¹⁸⁷

Note-se que o “conhecimento objetivo” – embora sejam pertinentes as opiniões contrárias –¹⁸⁸ em certa medida existe, mas atinge camadas muito superficiais da realidade. É como diz Vicent Jouve: “seja o que for que se leia no romance de Flaubert, *Madame Bovary* segue sendo a história de uma provinciana casada com um médico interiorano”.¹⁸⁹ É o que ocorre na “interpretação literária” do direito: sempre, inafastavelmente, fará parte do raciocínio do intérprete, normalmente como sua primeira e mais simples etapa.¹⁹⁰ O problema é que o Direito não se resolve, nem se explica, nessa superfície acrítica e objetiva. Cabe então nesta parte introdutória do segundo capítulo da tese deixar claro que, não obstante inúmeras tentativas

¹⁸⁶ A crítica a isso está em: ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça – estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 163

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 471; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *A índole filosófica do direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 65.

¹⁸⁸ Opinando pela inexistência de qualquer espécie de objetividade, uma vez que toda afirmação que aparente ser objetiva parte desde sempre de uma tradição – escolhida dentre outras possíveis – e do uso que se faz dela: FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*. São Paulo: Unesp, 2011, p. 36/37.

¹⁸⁹ JOUVE, Vicent. *Por que estudar literatura?*, cit., p. ; REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 63.

¹⁹⁰ Sobre a inevitabilidade, porém insuficiência, da interpretação gramatical: WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 66; COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 28.

em sentido contrário, é ainda científico (no sentido racionalista e objetivista aqui combatido) o paradigma vivido pela comunidade jurídica,¹⁹¹ em especial a brasileira.

Nos países de direito estatutário, o influxo da racionalidade científica é fruto do resultado da Revolução Francesa e, posteriormente, do desenvolvimento do positivismo, que advogou a necessidade da matematização do conhecimento como única forma possível de conferir segurança e sistematicidade ao ordenamento jurídico.¹⁹² Assim, tanto o direito quanto a linguagem (objeto de estudo do círculo de Viena) se beneficiariam de um rigor científico que garantiria isenção contra “as perversões das ideologias e da história”.¹⁹³ O ideal de total completude do direito, que cria a demanda para que no ordenamento sejam enxergadas “lacunas”, cuja responsabilidade pelo preenchimento é em seguida outorgada ao Judiciário, é também fruto da mentalidade positivista. E neste ponto as presunções judiciais, vistas como lacunas fáticas no conhecimento do caso, são facilmente conectáveis à visão positivista de direito, como ao longo deste trabalho tentaremos demonstrar.

Muito embora estejamos acostumados a relacionar os problemas positivistas do direito à tradição napoleônica de codificações pretensamente completas, o fenômeno do racionalismo não é típico do *civil law*. Também nos países de *common law*, em especial nos Estados Unidos, a mentalidade matemática invadiu o ensino jurídico ao longo do século XIX, em especial por influência de Christopher Columbus Langdell, professor da faculdade de direito de Harvard a partir dos anos 1870. Foi por iniciativa de Langdell que as Universidades norte-americanas passaram a catalogar, com rigor sistemático e preciso, os casos relevantes e as decisões paradigmáticas das cortes superiores daquele país, com exclusivo intuito didático. É desse esforço de organização que surge o hoje conhecido *case method*, no qual os estudantes de direito aprendem as regras gerais que formarão seus raciocínios futuros a partir de casos concretos. Se o direito é uma ciência experimental, as decisões são o material de experimento do cientista/jurista. E por consequência, as futuras gerações de estudiosos do direito nos EUA formaram-se tendo a técnica de estudo de casos como método central de obtenção de premissas

¹⁹¹ Até mesmo os críticos do positivismo podem inconscientemente estar impregnados de atitudes e modos de pensar típicos da racionalidade objetivista. Sobre essa aparente contradição: BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*. Lisboa: Piaget, 1998, p. 69.

¹⁹² Sobre o tema: WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*, cit., p. 83; WIEACKER, Franz. *A história do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, §25; CAENEGEM, Raoul C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 222; PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 24.

¹⁹³ ROCHA, Leonel Severo da. *Semiótica e desejo*. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (corrd.). *O poder das metáforas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 85.

para um argumento. De modo geral, a instituição do *case method* auxiliou significativamente a visão racionalista do *common law*.¹⁹⁴

É interessante perceber que a intenção original de Langdell ao ordenar e catalogar os casos a serem estudados foi, justamente, “livrar” o ensino jurídico de campos de conhecimento supostamente menos dignos ou menos científicos, como a retórica e a sociologia.¹⁹⁵ Facilmente percebemos um paralelo com a Teoria Pura do Direito e as aspirações kelsenianas de neutralidade da *doutrina* do direito. É também importante perceber que, assim como no Brasil,¹⁹⁶ o ensino matematizado do direito nos EUA retira do aluno a capacidade crítica e prometem respostas jurídicas através de movimentos de dedução.¹⁹⁷ A crítica à didática codificada não é exclusividade brasileira, tampouco dos países de *civil law*.

Especificamente no campo do direito probatório, vale mencionar a influência do inglês Jeremy Bentham no sentido de conferir racionalidade ao raciocínio jurídico. À época em que Bentham escreveu sobre direito probatório, nos primeiros anos do século XIX, o sistema de justiça norte-americano era completamente “*judge-made*”, isto é, os códigos e leis escritas ainda não eram sequer fonte secundária de normatividade. A estrutura legal era, ainda, amplamente fragmentada, plena de exceções e detalhes técnicos obscuros, elaborados como respostas a problemas particulares que surgiram ao longo dos anos precedentes.¹⁹⁸

A tradição racionalista da prova nos EUA baseia-se na premissa de que o accertamento de fatos controvertidos é racional se as inferências que são extraídas das provas relevantes forem governadas pelos princípios da lógica, mais indutiva do que dedutiva.¹⁹⁹ Em grande escala pode-se perceber esse modo de pensar invadindo o século XX através da obra de John Henry Wigmore, cuja teoria central dirá que a análise das provas implica o estudo da *relação entre proposições*, sendo esta uma relação lógica e de causalidade.²⁰⁰ Para atingir o seu objetivo, Wigmore desenvolveu o chamado “*chart method*” (método da tabela), que envolve

¹⁹⁴ RAO, Padmanabharao A. *Law and the use of scientific evidence*, cit., p. 39 e ss.

¹⁹⁵ RAO, Padmanabharao A. *Law and the use of scientific evidence*, cit., p. 68.

¹⁹⁶ Comparando os juristas da Europa Continental a operários: VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, pp. 17/18. No Brasil, uma crítica semelhante pode ser vista em: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

¹⁹⁷ “Muitos alunos americanos aprendem o *case method* e saem da faculdade com a crença de que o direito é sempre possível de ser obtido através de regras de lógica formal” (WEAVER, Russell L. *Langdell’s legacy: living with the case method*. *Villanova Law Review*, n. 36, 1991, p. 565 – tradução livre).

¹⁹⁸ TWINING, William. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*. London: Widenfeld & Nicholson, 1985, p. 2.

¹⁹⁹ TWINING, William. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 14.

²⁰⁰ TWINING, William. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 126.

planificar os fatos de um caso e a relação entre eles, através de diagramas e símbolos representativos do tipo de conexão fática. A tentativa é a de fazer com que os alunos de direito aprendessem a raciocinar a respeito de provas a partir destas fórmulas de causalidade. Não podemos deixar de notar, aqui, uma racionalização que confessadamente falseia o processo cognitivo de compreensão do sentido do material probatório.²⁰¹

No direito civilista, o movimento em direção à cientificação é percebido mesmo recentemente. Veja-se o seguinte trecho:

A verdade [...] tem de ser objetivamente controlável e controlada, para aproximar o processo da justiça, tendendo à reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa. Para isso, o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigação das ciências experimentais, adotando os critérios lógico-racionais comuns a essas ciências.²⁰²

Ideias como a acima transcrita são o que fazem ser necessário enfrentar as questões epistemológicas do embate entre o direito e a ciência, a história e o experimento, a narrativa e o método. É a tabulação do raciocínio jurídico, como visto acima, que dá origem ao uso indiscriminado da probabilidade estatística – com forte influência do matemático inglês Thomas Bayes – no estudo do direito probatório. Cabe, por enquanto, deixar estabelecida a força e a prevalência da racionalidade científica como fio condutor do raciocínio no acerto dos fatos em direito.

2.1.1. Ciência como religião – a pretensão de totalidade do pensamento científico

Algo que precisa ser evidenciado, e em seguida combatido, sobre o tema aqui tratado, é a posição privilegiada que o pensamento científico busca ocupar como instrumento de classificação e compreensão do mundo. Não é à toa que o ferramental da ciência faça parte do repertório dos juristas, em especial daqueles ligados ao positivismo da virada do século XX. O racionalismo, mais do que oferecer uma visão possível, pretendeu representar um centro de respostas definitivas, um *fundamento último*.

Daí se segue que os sistemas provenientes da razão – especialmente a razão iluminista, do início do século XIX em diante – se propunham abrangentes e monopolizadores

²⁰¹ Diz-se “confessadamente”, pois a dimensão lógica da tabela (chart) busca ilustrar o que devem ser (ought to be) as relações lógicas entre os dados analisados. Não é a intenção recriar o processo mental dos juízos sobre os fatos. (TWINING, William. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 132).

²⁰² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 379.

do conhecimento.²⁰³ Com isso, a razão objetiva e seus adeptos rejeitam qualquer epistemologia que enxergue o conhecimento atrelado ao caos de dados não categorizados e computados em sistemas ditos racionais (ou científicos). Quer dizer, o racional, quando pretende ser fonte última de todo pensamento, torna-se fundamento de si mesmo.

A derrocada da teologia e o surgimento do racionalismo foram marcados por uma pretensão bastante expressa de extermínio do *fundamento último do mundo*, assim entendida a condição de possibilidade do pensamento metafísico. É com a era do pensamento cartesiano que se desenvolve a noção de que nada há, além do Sujeito.²⁰⁴ E se não há Deus, nem a natureza, mas apenas *Eu mesmo*, dono da minha *razão*, não deve existir fundamentação essencialista que explique o mundo. Quem determina o mundo sou Eu – o Eu é o que não pode ser posto em dúvida.²⁰⁵

Ocorre que o racionalismo e a ciência, ao reivindicarem o monopólio da atenção do pesquisador, rejeitam e destroem tudo o que lhes é estranho. E ao assim proceder, ocupam imediatamente o vácuo deixado pela religião como fundamento último da pesquisa filosófica. Ao pregar a destruição da fé, a ciência não conseguiu impedir que se sacralizasse uma nova crença, em si mesma.²⁰⁶ O dogmatismo religioso foi então substituído pelos dogmas da ciência, como instrumentos aptos a revelar a *verdade* das coisas.²⁰⁷ Se o que antes permitia o confronto do homem com a natureza, na sanha de organizá-la e compreendê-la, era deus, a partir da reviravolta racionalista essa permissão é dada pela própria razão.²⁰⁸

²⁰³ “Os sistemas filosóficos da razão objetiva implicavam a convicção de que uma estrutura abrangente ou fundamental do ser poderia ser descoberta e uma concepção de destino humano que dela deriva. Eles entendiam a ciência, quando digna desse nome, como uma implementação de tal reflexão ou especulação” (HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 20). E também: KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., pp. 243/244).

²⁰⁴ DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 38.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, cit., p. 98.

²⁰⁶ “A luta da ciência contra a tirania do dogmatismo religioso está desde logo abundantemente exemplificada na história; mas não é menos certo que se a ciência não admite critérios que desbordem sua configuração histórica atual, pode ver-se conduzida a assumir o papel ideológico e retardatário da metafísica e da mitologia de outras épocas” (MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*, cit., p. 27). Também: “Os cientistas dessa época, ao tentarem compreender os fenômenos cósmicos devinculando-os da crença religiosa, não impediram que se sacralizasse uma nova crença, justamente a crença na ‘verdade’ científica” (GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 12).

²⁰⁷ “Por mais incrível que possa parecer, a própria ciência assumiu condição quase que religiosa. O que havia iniciado como delimitação de um campo de saber científico em oposição ao saber teológico acabou concretizando-se como uma verdadeira assunção, pelo primeiro, de um papel que até então era tradicionalmente reservado ao segundo: a revelação da verdade” (KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 210).

²⁰⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo: Cia das letras, 2012, § 109. E, do mesmo modo: (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, cit., pp. 27/28).

É esse papel revelador, quase místico, que precisa ser posto em evidência a respeito das crenças científicas. Afinal, ainda atualmente, é raramente disputado o resultado de uma pesquisa científica, por mais que o conteúdo do que foi concluído pareça estranho à primeira vista. Basta que racionalmente a explicação tenha sustento, para que nos confortemos com o que quer que seja dito. A ciência desempenha uma função intelectual de fundamentação que, antes, era de fato realizada pela teologia.²⁰⁹

Nessa mesma toada, Nietzsche relaciona o momento de desenvolvimento da ciência moderna com o crepúsculo dos “ídolos”, assim entendidos os fundamentos metafísicos do conhecimento. No entanto, Nietzsche não está a defender um suposto efeito destruidor da razão sobre crenças ingênuas (religiosas). Pelo contrário: segundo o autor, a própria ciência é um ídolo; toma o lugar deixado pela religião e ocupa-o identicamente.²¹⁰

Se é assim, a ciência e os instrumentos lógicos da ciência ocupam uma posição de destaque que lhes permite ser, eles mesmos, legitimadores da realidade criada pela ciência.²¹¹ A lógica científica cria verdades justificadas cientificamente, e nessa autorreferência constrói seu domínio sobre o real.

No entanto, é preciso ter em mente que a ciência é *um caminho possível*, não necessariamente o mais adequado, para explicar o mundo e enxergar os fatos ocorridos no passado. Despida de seu caráter mítico, a ciência é apenas uma forma de enxergar a realidade.²¹² Como diz Raymond Boudon, o discurso científico está, isso sim, sujeito a uma etiqueta mais rigorosa, mas não há nada nos procedimentos argumentativos da razão que diga sobre a solidez das conclusões daí decorrentes.²¹³ O progresso da ciência não garante uma empresa imune a erros, e os métodos que em um momento possam ser considerados corretos (=racionais)

²⁰⁹ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 22; BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 374.

²¹⁰ A análise do pensamento nietzschiano está em: BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42. Do ponto de vista do direito processual, no mesmíssimo sentido: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Democracia, participação e processo. Ensaios e artigos, vol. II*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 368.

²¹¹ “O ‘aparato lógico que, com seu poder de abstração, permitiu o surgimento e o avanço da ciência moderna e da tecnologia, tornou-se para si mesmo um fetiche. De instância crítica da realidade, se converteu em instrumento legitimador de um reflexo da realidade que teria como constitutivo principal a pretensão de se substituir, com vantagem à realidade mesma” (SOUZA, Ricardo Timm. *Razões plurais*, cit., p. 109). Algo muito semelhante está em: MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 70.

²¹² “A ciência aproxima-se do mito, muito mais do que uma filosofia científica se inclinaria a admitir. A ciência é uma das muitas formas de pensamento desenvolvidas pelo homem e não necessariamente a melhor. Chama a atenção, é ruidosa e imprudente, mas só inerentemente superior aos olhos daqueles que já se hajam decidido favoravelmente a certa ideologia ou que já a tenham aceito, sem sequer examinar suas conveniências e limitações” (FEYRABEND, Paul. *Contra o método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 447).

²¹³ BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 70.

somente porque aceitos por um grande número de estudiosos (=cientistas ou operadores do direito) não escapam de, em um momento sucessivo, serem tachados de equivocados (incongruentes com os esquemas da razão).²¹⁴

É intuito deste tópico, portanto, chamar a atenção para os exageros de se enxergar uma função assim tão hipertrofiada aos esquemas da lógica científica. A filosofia, ao menos desde Kant, rejeita a possibilidade de que critérios objetivos determinem e condicionem a realidade.²¹⁵ A proposta ou hipótese levantada pela presente tese é a de que as ciências da natureza não têm credibilidade ou preferência sobre as chamadas ciências sociais, tampouco sobre a arte e a literatura, e que os métodos científicos não necessariamente nos conduzirão a resultados legítimos em direito. A argumentação lógica e racional, portanto, não mora em um lugar privilegiado em relação a outras formas de discurso. Se é assim, impregnar de racionalismo campos de conhecimento como o direito, por exemplo, não traz em si vantagens intrínsecas, nem representa um efetivo progresso.

2.1.2. A experiência é o critério que permite movimentos cognitivos racionais?

É essencial, para uma tese a respeito das *regras da experiência*, que falemos especificamente sobre o papel desempenhado pelo empirismo na formação do conhecimento humano. E, de fato, por mais que no presente trabalho sejam apontadas algumas características limitadoras da experiência como critério de atingimento de certezas, é inegável sua importância e centralidade no raciocínio humano.

Os empiristas clássicos, como David Hume e John Stuart Mill, dirão que existe algo no instinto humano que nos faz inferir com base na *experiência*. Mill dá o exemplo na crença de que, se vemos o fogo queimar aqui e agora, cremos que irá queimar amanhã, e que tem queimado mesmo antes do nosso nascimento; cremos que o fogo queima também na China, mesmo se nunca estivemos lá. Essa crença não tem a ver com o tempo – que transcorre independentemente do que acreditamos –, mas sim com aquilo que sabemos e como fazemos projeções sobre o que não sabemos. Nos movemos, então, no campo das experiências passadas

²¹⁴ DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. *Rivista di diritto processuale*, n. 27. Padova: CEDAM, 1972, p. 417.

²¹⁵ “Não pode haver regra objetiva do gosto que determine mediante um conceito o que é belo. [...] Buscar um princípio do gosto, que indicaria por conceitos determinados o critério universal do belo, é um empreendimento estéril, porque o que se busca é impossível e, em si mesmo, contraditório” (KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 100).

que julgamos – de acordo com determinados critérios – semelhantes ao caso interpretado, e úteis de alguma forma para essa interpretação.²¹⁶

A ideia central é a de que o *empirismo*, como método epistemológico racional, seja a forma de obtenção de conhecimento a respeito do mundo e dos objetos que o compõem.²¹⁷ Como intérpretes, somos todos dotados de um catálogo de significados mais ou menos compartilhado, formado pela capacidade que temos de armazenar experiências e relacioná-las entre si. A partir do estoque de informações sobre eventos independentes, formulamos conceitos e atribuímos sentido aos objetos, em uma série de analogias, igualações e desigualações.²¹⁸ Segundo David Hume: “Argumentos derivados da experiência são baseados na similaridade que nós descobrimos em objetos naturais, e na maneira com que somos induzidos a esperar efeitos similares àqueles que surgem de tais objetos”.²¹⁹ O tema do presente trabalho conversa diretamente com essa visão empirista do mundo. Veja-se a seguinte passagem:

O termo ‘presunção’ provém da expressão de conceitos legais que são resultado da experiência comum do homem. A observação nos ensina que nós obtemos resultados semelhantes quando operam causas semelhantes em condições semelhantes. A mesma experiência nos leva a concluir que causas semelhantes operam se sob condições semelhantes nós obtemos resultados semelhantes.²²⁰

É da essência do empirismo a crença na regularidade e na padronização dos acontecimentos da vida. Com diz Gadamer, “uma experiência só é válida na medida em que se confirma; nesse sentido, sua dignidade repousa no princípio que reza que ela pode ser reproduzida”.²²¹ Daí vem a referência ao que *ordinariamente acontece*, que serve de critério para a formulação de uma *regra da experiência* (art. 375, CPC).

Vale notar também a ressignificação que a *ordem natural* das coisas sofreu ao longo do tempo. Para os pré-modernos (e pré-racionalistas no sentido cartesiano), a ordem era um dado da natureza e cumpria ao homem conhecê-la, para ajustar o seu comportamento a ela. A

²¹⁶ “A inferência de ‘todos os A serão B’ para ‘o próximo A será B’ é tratada de forma semelhante. Aqui, devemos comparar a hipótese de que o próximo A será diferente dos A’s precedentes com a hipótese de que o próximo A será similar aos A’s precedentes. Enquanto a hipótese de que o próximo A será similar é uma escolha mais adequada em face às provas, a indução é permitida” (HARMAN, Gilbert H. *The inference to the best explanation. The Philosophical Review*, Vol. 74, No. 1 (Jan., 1965), p. 91 – tradução livre).

²¹⁷ Quem introduz no direito a correlação entre experiência e lógica/razão, ainda que de forma crítica, é Oliver Wendell Holmes, no célebre texto “*The path of the law*” (O caminho do direito), bem analisado em: BREWER, Scott. *Traversing Holmes’s Path toward a jurisprudence of logical form*, cit., p. 104.

²¹⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, 2 ed, cit., p. 182; BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 86.

²¹⁹ HUME, David. *Enquiry concerning human understanding*. Disponível em: <http://www.davidhume.org/texts/epm.html>, acesso em 14.05.2018.

²²⁰ LANE, Victor H. *Presumptions. Michigan Law Review*, Vol. 22, No. 3 (Jan., 1924), p. 207 – tradução livre.

²²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 454.

virada do racionalismo fez com que a ordem passasse a ser tarefa e projeto do próprio homem. Em vez de submeter-se a ela, o homem intervém na natureza para lograr a regularidade dos eventos da vida social.²²² Por isso, a *experiência* de que aqui falamos é não somente a observação da vida, mas o resultado da interferência do homem na vida.

O empirismo que permeia o raciocínio indutivo é fruto do racionalismo, na medida em que seu objetivo é o atingimento de um ideal de certeza objetiva a partir da coleta de dados de casos isolados, que estatisticamente pudessem representar um lugar seguro de onde extrair conclusões a partir de outros casos singulares.²²³ A ciência, afinal, é a busca da unidade em semelhanças ocultas.²²⁴ A probabilidade de um dado fato, para o empirismo, é diretamente conectada à sua inserção em um fluxo contínuo, natural, e constante de eventos da natureza. E, por exclusão, “a improbabilidade de todo fato alegado consiste no seu desvio do curso estabelecido e (supostamente) invariável da natureza”.²²⁵

Precisamos, então, questionar sobre a *experiência* humana como fonte confiável para conclusões a respeito de fatos não conhecidos. É a questão levantada, por exemplo, por Bertrand Russell, para concluir que devemos neste momento do raciocínio realizar uma escolha: ou bem aceitamos implicitamente essa credibilidade implícita da experiência, ou pomos em cheque toda a justificação das nossas expectativas sobre o futuro.²²⁶ A visão de Russell, por mais que pareça radical ou extremada, é absolutamente correta. A única alternativa possível à confiança cega no poder prescritivo da experiência é a sua negação.

Em outras palavras, ou nos fiamos na experiência como fundamento para um juízo sobre o futuro (e com isso confiamos na regularidade da vida), ou teremos que admitir que esse juízo é apenas aproximável, seja através de estatísticas de probabilidade, seja por meio de outro

²²² PASSOS, José Joaquim Calmon de. Repensando a teoria da constituição. *Ensaio e artigos*, vol. II. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 312.

²²³ Atribuindo a Francis Bacon a relação íntima entre ciência, método, e certeza: BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992, p.159; BRESOLIN, Keberson. Gadamer e a reabilitação dos preconceitos. *Intuitio*, vol. 1. Porto Alegre: PUC/RS, jun-2008, p. 64; MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*, cit., p. 62.

²²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 21.

²²⁵ BENTHAM, Jeremy. *The Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English practice*. Stockbridge: Hardpress, 2018, cap. VII, sec. VI – tradução livre. Idem em: HUME, David. *A treatise on human nature: an attempt to introduce the experimental method of reasoning into moral subjects*, section II. Disponível em <http://www.davidhume.org/texts/thn.html>, acesso em 16.05.2018.

²²⁶ “Se o princípio [indutivo] for frágil, não temos razão para esperar que o sol nasça amanhã; que o pão seja mais nutritivo que uma pedra; ou que se nos atirmos do telhado, cairemos. [...] Toda a nossa conduta é baseada em associações que funcionaram no passado, e cuja funcionalidade portanto é provável no futuro. (RUSSELL, Bertrand. *The problems of philosophy*. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/5827/5827-h/5827-h.htm#link2HCH0010>, acesso em 16.11.2017).

instrumento dirigido a esse fim. Daí decorre uma característica importante das induções, já que, como veremos mais adiante neste trabalho, as visões matematizantes da probabilidade judicial precisam aceitar que mesmo uma chance de 99% de que um fato concreto tenha ocorrido ainda não é informação alguma sobre o fato em si. As probabilidades, nesse sentido, falam sobre casos idênticos, mas não sobre o caso sob julgamento. Por mais que uma *predição* possa ser feita, nada (a não ser um juízo de probabilidade) nos garante que uma configuração fática se repita no futuro, em situações semelhantes.²²⁷

Por conta dessa desconformidade, podemos concluir que o empirismo pode representar uma confusão entre a intuição e a analítica; entre a predição e a estatística. Assim, diz-nos Bergson que o empirismo “consiste em buscar o original na tradução, onde naturalmente ele não pode estar, e em negar o original, sob pretexto de que não o encontramos na tradução”.²²⁸ Isso terá crucial relevância quando abordarmos dogmaticamente as regras de experiência que, em vez de descrever a realidade, buscam prescrevê-la, extrapolando sua limitação natural enquanto enunciado linguístico. Se a máxima da experiência é um retrato inexato da realidade passada, querer que a realidade futura se espelhe na própria máxima apenas aumenta as distorções entre a nossa compreensão da realidade e a realidade mesma.

Aqui, então, cabe uma conclusão importante: aproximar a experiência ou o empirismo dos procedimentos das ciências naturais leva a um equívoco que nega a própria dimensão experiencial. Sim, pois se só se reconhece no comportamento humano aquilo que é regular e constante, acaba-se reduzindo a experiência a um esquema. “A essência da experiência hermenêutica fica assim achatada como vimos acontecer na interpretação teleológica”,²²⁹ e um fenômeno tão histórico quanto a experiência perde seu elemento temporal nuclear.

De toda forma, o empirismo desempenha um papel importante na nossa *formação de conceitos*, tema que será abordado no próximo tópico. Isso pois, se a compreensão a respeito daquilo que *ordinariamente acontece* dá-se a partir da generalização que somos capazes de fazer a respeito de casos particulares, é imprescindível que saibamos quais são as características isoladas destes casos que merecem ser unidas e comparadas, a fim de enxergar uma unidade. David Hume, nesse ponto, questiona o processo de escolha das características que futuramente serão extraídas e farão parte de comparações. Seu exemplo é interessante: a cor, a consistência,

²²⁷ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 82.

²²⁸ BERGSON, Henri. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1979, p. 21.

²²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 469.

e outras qualidades sensíveis do pão não têm, em si mesmas, conexão alguma com as qualidades nutritivas desse pão. Não fosse nossa experiência a nos dizer a respeito dessa falta de relação, poderíamos ser tentados a induzir dessa forma, conectando as qualidades sensíveis aos efeitos do objeto.

Como a experiência nos auxilia nesse projeto compreensivo? Ela nos mostra um número de efeitos uniformes, resultantes de certos objetos, e nos ensina que estes objetos, em um determinado tempo, detêm tais propriedades (no caso do pão, as características nutritivas). Quando um objeto novo, detendo qualidades sensíveis similares, aparece diante de nós, esperamos características e propriedades semelhantes, e buscamos tais adjetivos no objeto.²³⁰ Hume conclui, quanto a essa questão, que todas as inferências baseadas na experiência pressupõem, como fundamento, que o futuro se assemelhará ao passado. Justamente aí, vale falarmos sobre as limitações dos *conceitos*.

2.1.3. Sobre conceitos e sua limitação

Parte importante decorrente da sobrevivência paradigmática do pensamento científico, na sua dimensão classificatória e organizadora do caos, é a criação dos *conceitos* ou dos *termos*, assim entendidas as expressões de linguagem que pretendem encerrar em si mesmas um grupo de características homogêneas contidas em objetos distintos. Um conceito pode ser definido como um *tipo ideal*; reúne coisas diferentes sobre o signo da igualdade, a partir de um ponto de vista predeterminado que sirva a uma finalidade também predeterminada.

Assim, todo conceito – e as regras de experiência se encaixam nesse perfil – acentua unilateralmente um ou mais pontos de vista e encadeia fenômenos isolados para formar um quadro de pensamento homogêneo. O que nos interessará neste trabalho será definir qual é a dimensão possível destes conceitos, e quão distintos podem ser os objetos agrupados para ainda assim “caberem” na definição conceitual.²³¹

Ao longo da presente tese, muitas vezes será feita referência ao fato de que muitos casos semelhantes contarem com uma mesma configuração fática não dá, *por si só*, respostas

²³⁰ MURPHY, Peter (org.). *Evidence, proof, and facts: a book of sources*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 97.

²³¹ Reconhecendo que conceitos são criações que decorrem ora de uma repetição muito frequente, ora nem tanto, de fenômenos isolados e difusos no mundo, Max Weber complementa: “O trabalho histórico terá como tarefa determinar em cada caso particular o quanto a realidade se aproxima ou se distancia deste quadro ideal” (WEBER, Max. *Ensaio sobre a teoria das ciências sociais*. São Paulo: Centauro, 2003, p. 181).

sobre o que tenha ocorrido em um novo caso concreto, ainda que análogo aos demais. O que a repetição nos dá são pistas sobre um *provável* desenlace dos fatos, e justamente aí reside a *presunção*, que é parte de um jogo de crenças e de expectativas.

De modo geral, as correspondências analógicas na linguagem são de grande utilidade. Gadamer usa um exemplo banal – “o que são as asas para os pássaros, são as nadadeiras para os peixes” –²³² para concluir que o movimento de buscar reunir o múltiplo sob o signo comum é uma característica das *metáforas*, que nada mais são que a aplicação retórica desse princípio geral de formação dos conceitos. Quer dizer, existe uma funcionalidade linguística inegável na conceituação. Cabe, portanto, falar sobre que grau de segurança podemos confiar aos conceitos, para não correr o risco de inflar sua importância e desfigurar o raciocínio inferencial.

Como fruto do pensar científico e racional, a característica mais marcante dos conceitos ou dos tipos é a de apostar na regularidade das ocorrências do mundo, reduzindo a vida do homem àquilo que é observável na natureza. A partir da crença de que um mesmo evento se passará novamente, e novamente, da mesma forma sempre, os conceitos oferecem uma representação da realidade que equivale a um *corte metodológico*. Seleccionam um ou alguns aspectos dos eventos distintos para transformá-los em algo igual – e com isso aniquilam as diferenças “menos essenciais” entre esses mesmos eventos.²³³ O conhecimento científico, então, capta o que há de constante em eventos mutáveis. A ciência trata de *achatar* os fenômenos e propositadamente ignora suas particularidades, em nome da segurança.²³⁴

Servem, portanto, os conceitos como redutores de complexidade da realidade,²³⁵ e aqui surge o ponto de cuidado: por mais que o conceito capture apenas uma fatia da realidade, ele se apresenta como uma representação adequada dessa mesma realidade, tomada como um todo. O que decorre do conceito não passa de uma análise depurada de um fenômeno, e assim ele precisa ser entendido. Para usar as palavras de Henri-Louis Bergson: “há mais vida fora do

²³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 556.

²³³ Edgar Morin diz, não a respeito dos conceitos mas de *toda espécie de conhecimento*, que opera pela seleção de dados significativos e rejeição dos não significativos, sem que tenhamos consciência disso (MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 10).

²³⁴ “Cabe ao agente do conhecimento descobrir, sobre o mutável, o constante. Da vida só se leva, para o tesouro científico, a regularidade” (SOARES, Luis Eduardo. *Hermenêutica e ciências humanas*, cit., p. 47).

²³⁵ “Os conceitos foram reduzidos a sumários das características que vários espécimes têm em comum. Denotando similaridade, os conceitos eliminam o incômodo de enumerar qualidades e, assim, melhor se prestam a organizar o material de conhecimento. Eles são pensados como meras abreviações dos itens aos quais se refere. [...] É como se o próprio pensamento tivesse sido reduzido ao nível dos processos industriais, sujeito a uma programação estrita – em suma, transformado em parte e parcela da produção” (HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 29).

conceito de vida do que em seu interior”,²³⁶ pois conceituar é limitar, sempre. E isso não é intrinsecamente ruim; devemos apenas nos movimentar ao redor dos conceitos com a consciência dessa sua função limitadora.

Algo que parece, no entanto, ser prejudicial sobre os conceitos é a sua tendência à simplificação demasiada. Quanto mais simples e menos denso é um conceito (exemplo: a testemunha que se comporta de forma nervosa diante do juiz provavelmente não está dizendo a verdade), menos ele penetra na complexidade dos casos concretos que a compuseram, e mais abstrato será. E o inconveniente dos conceitos muito abstratos é o de se tornarem meros *símbolos* que substituem o objeto simbolizado, apontando as semelhanças entre a regra geral e o caso particular.²³⁷

A crítica de Bergson a esse fato é ao fato de que, a partir dessa semelhança que parece ser uma propriedade do objeto, poderíamos justapor conceitos a conceitos na tentativa de recompor a totalidade do objeto (ou da realidade) com suas partes, para obter um “equivalente intelectual” do que se analisa. O conceito, ou um grupo de conceitos, então, para a filosofia do racionalismo, é capaz de descrever com exatidão os fatos da vida.

E, no entanto, sabemos que isso não é assim. Justamente por ser parcialmente descritivo de um objeto – ou melhor, por abordar o objeto sob um, dentre tantos outros, pontos de vista apenas –, o conceito precisa ser contextualizado, sob pena de se desgrudar de sua finalidade e servir a outros propósitos. Como diz com precisão Michael Oakeshott, “o manuscrito de Hume, *Tratado*, pode ser usado para tapar um buraco e impedir o vento de entrar”.²³⁸ Seu uso poderá, inclusive, servir à finalidade com perfeição, o que não quer dizer que essa seja a função historicamente construída e reconhecida do objeto em questão. A pergunta que deve ser feita é: a clássica obra de David Hume, inserida em um livro de capa dura de determinadas medidas, está em uma biblioteca por seu conteúdo, ou para que suas

²³⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*, cit., p. 24.

²³⁷ É a isso que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de “astúcia da razão dogmática”: funciona através de deslocamentos do discurso, neutralizando problemas concretos e, em vez deles, tratando de conflitos abstratos definidos pelo direito (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 280). Sobre conceitos, ainda: “Olhando-os de perto, veríamos que cada um deles retém do objeto apenas o que é comum a este objeto e a outros. Veríamos que cada um deles exprime, mais ainda do que a imagem, uma comparação entre o objeto e aqueles que se lhe assemelham” (BERGSON, Henri. *Coleção Os Pensadores*, cit., p. 17).

²³⁸ OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 73.

dimensões físicas auxiliem a impedir que o vento entre no recinto?²³⁹ Reside aí uma busca histórica que é típica da interpretação; algo que foge ao alcance da mera análise do conceito.

Em relação às presunções judiciais que são elaboradas com base em regras abstratas da experiência, vemos algo não muito diferente. Frequentemente, uma regra geral é usada fora de sua abrangência típica, e uma leitura fria da decisão que assim o fizer concluirá pela legitimidade do raciocínio. É apenas com o movimento contraintuitivo, violento, da hermenêutica, que se poderá perfurar o que está na semântica do conceito ou da regra e perceber sua adequação ou inadequação a um caso concreto.²⁴⁰ Aí reside o ponto de destaque do presente tópico. a utilização das regras gerais só é possível se elas se submeterem a um processo interpretativo/hermenêutico que dê conta de observá-las como o que são: componentes, parcelas, do raciocínio.²⁴¹ Jamais o raciocínio inteiro.

Dizemos isso pois muito embora o conceito exprima e denote aquilo que de pacífico, de contínuo, existe na vida, fato é que ele esconde, ou decide não mostrar, as relações de instabilidade e de descontinuidade que naturalmente também fazem parte da realidade.²⁴² Todo produto do raciocínio, na tentativa de classificação ou organização dos fatos da vida, é uma violência propositada em relação a estes. O recorte metodológico que o conceito impõe sobre o objeto – para selecionar algumas das suas características em prol de uma finalidade classificatória – serve para descrevê-lo, mas acaba por, mesmo que minimamente, desfigurá-lo. E os objetos, observados através da lente dos conceitos, são disformes, pois sempre escapa algo à descrição.

Assim, a chamada de atenção a respeito das conceituações racionais – e mais adiante veremos inúmeros exemplos de regras de experiência que se comportam dessa forma –

²³⁹ “O conceito pode apenas simbolizar uma propriedade especial tornando-a comum a uma infinidade de coisas. Ele a deforma, pois, mais ou menos, devido à extensão que lhe atribui” (BERGSON, Henri. *Coleção Os Pensadores*, cit., p. 18). E ainda: “No processo de conhecimento valorizam-se parcelas da realidade, desprezando-se outras, o que se evidencia na própria identificação do objeto a ser estudado. A precisão na determinação dos detalhes e das particularidades do objeto estudado é buscada apenas na medida em que isso é necessário ao propósito imediato pelo qual se busca conhecê-lo” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e a sua ciência*, cit., p. 43).

²⁴⁰ Afirmando que a analítica, que “esquarteja a realidade em busca de seus fundamentos últimos”, é também uma forma de violência frente ao real: SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*, cit., p. 27.

²⁴¹ “Um conceito não pode ser aceito como medida de verdade se o ideal de verdade a que ele serve pressupõe, em si, processos sociais que o pensamento não pode aceitar como absolutos. A clivagem mecânica entre a origem e a coisa é um dos pontos cegos do pensamento dogmático, e corrigir isso é uma das mais importantes tarefas da filosofia que não confunde a forma gélida da realidade com uma lei da verdade” (HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 95).

²⁴² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, cit., p. 27.

implica reconhecer que todo tipo ideal é uma violência linguística, por impedir a compreensão total de um fenômeno e reduzir essa compreensão àquilo que é contido no conceito.²⁴³

Entendida a linguagem como coconstituidora de mundo, como a condição de possibilidade da compreensão, todo termo ou conceito definidor é um aprisionamento de sentidos e uma agressão à fluidez do diálogo. Não uma violência deformadora ou prejudicial, mas um ato violento na medida em que impõe fronteiras, obstáculos, aos sentidos atribuíveis.

Afinal, como tudo o que foi dito a respeito da ciência como forma última de fundamento do mundo, seria demasiado ingênuo crer que os conceitos pudessem dar conta de representar a realidade.²⁴⁴ Somente com um simbolismo puramente matemático chegaríamos a uma abstração tamanha que permitisse a criação de conceitos unívocos.²⁴⁵ O preço dessa abstração é a morte da vida prática e do caso concreto.

E no tanto, por outro lado, é imprescindível saber que o acesso que temos através dos conceitos ao mundo sensível não conduz unicamente a conclusões falsas: o importante é ter em mente a possibilidade latente dessa falsidade ou desfiguração em relação ao real, e por isso mesmo tomar os conhecimentos de modo provisório, em um avançar no qual o círculo antepredicativo dá conta de eliminar as hipóteses/projeções que se mostrarem infundadas.²⁴⁶

A maneira com que o pensamento se movimenta a partir dos conceitos é a *analítica*, assim denominado o modo de controle da compreensão com base em critérios de racionalidade. A análise é um procedimento que decompõe o objeto analisado e procede ao seu exame por distinções, classificações, e sistematizações. A partir daí, realiza uma “cadeia de proposições a

²⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 536. Gadamer também se insurge contra a forma analítica racionalista de abordar a linguagem e os conceitos linguísticos. A crítica é voltada a Leibniz e à visão de que o espírito humano calcularia os sentidos dos conceitos, deduzidos cada um de um conceito mais geral e mais primitivo. A impressão é a de que, nessa direção, estamos nos afastando da essência do que é a própria linguagem (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 538/539).

²⁴⁴ “Seria muita pretensão crer que as regras impostas por nós aos nossos objetos de conhecimento coincidissem totalmente com a estrutura do mundo real. Seria supor, em última análise, que tanto os sujeitos apriorísticos como as coisas têm sua origem de um Absoluto, que haveria de ser ontologicamente neutro em relação a ambos” (MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objetividad em Karl Popper*, cit., p. 39 – tradução livre).

²⁴⁵ “Uma linguagem legal unívoca em sentido estrito só seria alcançável com uma elevadíssima abstração e esta implicaria a exclusão de toda a referência à realidade. Uma tal lei não exigiria, precisamente porque nada haveria nela a esclarecer, qualquer interpretação. Poderia assim ser manipulada de forma arbitrária e, precisamente por isso, não constituiria qualquer segurança jurídica” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 182/183).

²⁴⁶ BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 97. Até o sempre-certo Sherlock Holmes sabe que “é um erro capital teorizar antes de ter dados disponíveis. Insensivelmente, começa-se a distorcer os fatos para encaixar em teorias, em vez das teorias para encaixar nos fatos” (DOYLE, Arthur Conan. “A scandal in Bohemia”. *The adventures & memories of Sherlock Holmes*. Hertfordshire: Wordsworth, 1996, p. 20 – tradução livre).

partir de uma proposição que, por suposição, resolve o problema posto, remontando às condições da solução”.²⁴⁷ A análise, que em grande medida usa dos instrumentos fornecidos pelo *empirismo* para formar e trabalhar com conceitos, caminha por sobre a realidade através de símbolos que pretendem representá-la.²⁴⁸ Crê no atingimento de um todo verdadeiro a partir da justaposição de várias fatias de realidade analisadas separadamente. E com isso, afasta-se do conhecimento sobre o objeto analisado por apelar para categorias análogas, já conhecidas, para exprimir o desconhecido que é o próprio objeto de análise.²⁴⁹ Justamente por isso, a analítica só pode ter pretensão de abarcar situações particulares, nunca generalizações ou postulados abstratos, pela absoluta impossibilidade de dar conta da tarefa.

Aqui parece que estamos nos aproximando do plano de fundo do presente trabalho. Afinal, as presunções judiciais operam em uma dinâmica muito semelhante: a partir de constatações sobre fatos análogos ao que se está a julgar, formula-se um juízo de semelhança que permite pressupor algo em relação a esse fato, admitidamente desconhecido ou não provado.

Para finalizar esta primeira aproximação com o tema das regras gerais sobre fatos, concluamos que é preciso ter o cuidado de atribuir aos conceitos a abrangência que lhes é permitida.²⁵⁰ Não se tratam de ferramentas aptas entregar uma representação aceitável da realidade. No máximo, podem indicar um caminho possível para esse acesso, mas nem mesmo esse caminho está imune de equívocos.

²⁴⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, cit., p. 124.

²⁴⁸ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil. PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 36.

²⁴⁹ “Analisar consiste, pois, em exprimir uma coisa em função do que não é ela. Toda análise é, assim, uma tradução, um desenvolvimento em símbolos, uma representação a partir dos pontos de vista sucessivos, em que notamos outros tantos contatos entre o objeto novo, que estudamos, e outros, que cremos já conhecer” (BERGSON, Henri. *Coleção Os Pensadores*, cit., p. 14). Ótimo comentário sobre o trecho acima está em: SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*, cit., p. 28 e ss.

²⁵⁰ “É necessário que se atribua aos conceitos (especialmente aos conceitos generalizantes, tão perigosos em seu poder de sedução) apenas a força que lhes é própria e nada mais do que isso, sem considera-los como ferramentas analíticas tão poderosas que acabem por se converter na realidade que indicam ou simbolizam” (SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*, cit., p. 29).

2.1.4. Método e ciência – podemos falar de caminhos predeterminados em matéria de provas?

Uma dimensão bastante importante do paradigma racionalista e da ideia de controle racional do pensamento é a crença depositada no *método*, assim entendido qualquer procedimento pré-estabelecido para chegar, com grau de certeza objetiva, a um determinado fim. Veremos que, muito embora o método tente, não consegue descrever, tampouco prescrever, o caminho do raciocínio investigativo – especialmente nas ciências sociais não exatas. Por esse motivo, concluiremos que *o método sempre chega tarde*, como a construção da ponte entre consciência e mundo: quando o procedimento metodológico é descrito, a compreensão já ocorreu, e aí não passa de uma via de confirmação do pensamento para satisfazer um ideal de certeza.²⁵¹

Deve-se também a Gadamer o mérito de questionar os métodos e sua funcionalidade geral. E no entanto, o próprio autor reconhece os méritos que os métodos das ciências da natureza trouxeram para o campo do saber social. Seu trabalho não pretende negar o que chama de “caráter imprescindível” do pensamento metodológico nas ciências do espírito; o que busca, no entanto, é reacender o debate de uma possível criteriologia que seja *própria das ciências sociais*, não atrelada nem dependente das ciências da natureza.²⁵²

O mesmo se pode dizer de outros expoentes “anti-método”, como é o caso de Paul Feyerabend. Ao longo de sua obra – que nunca escapou de críticas severas dos racionalistas –, o autor francês foi firme no esforço para destacar a *limitação natural* de todo método científico. Não necessariamente rejeitar toda contribuição metodológica (por mais que sua obra célebre tenha o polêmico nome de “Contra o método”), mas apontar que não há procedimento que dê conta de entregar sempre aquilo que promete.²⁵³ Daí a possível contribuição que a hermenêutica

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, cit., p. 61. Falando sobre a “doce ilusão” do paradigma científico, que garantiria acesso a uma verdade que conduziria a um “modelo perfeito de sociedade elaborado pelo sujeito racional”, ver: KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211.

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 15; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *A índole filosófica do direito*, cit., p. 62.

²⁵³ “Minha intenção não é substituir um conjunto de regras gerais por outro conjunto da mesma espécie: minha intenção, ao contrário, é convencer a leitora ou o leitor de que todas as metodologias, até mesmo as mais óbvias, têm seus limites” (FEYERABEND, Paul. *Contra o método*, cit., p. 47). O autor retoma o tema em: FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*, cit., p. 42 e ss. Sobre o tema, ainda: KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 516.

e o círculo compreensivo podem oferecer ao debate: descrever o processo de atribuição de sentidos ciente das falhas e incompletudes de toda justificação racional *posterior*.²⁵⁴

Do ponto de vista da compreensão hermenêutica, nada é *dado*; tudo é construído. Não há conhecimento entregue, senão traços de saber que são herdados e precisam ser reconstituídos para fazerem sentido durante a interpretação. Heidegger, nesse contexto, denomina de conhecimento *matemático* aquilo que há de manifesto nas coisas, que nos é dado através de um modo de saber específico e procedimentalizado. O saber matemático é o que se mostra possível a partir de um método, típico das ciências da natureza.²⁵⁵ A compreensão humana sobre as coisas, no entanto, ocorre de forma diversa, e justamente por isso precisamos por em evidência o método, para questionar sobre sua validade no campo, por exemplo, do direito.

Ao longo deste trabalho serão citados inúmeros trechos doutrinários e de jurisprudência nos quais se pretende estabelecer caminhos *a priori* para garantir a validade de um raciocínio presuntivo. Relações de causalidade entre fatos conhecidos e fatos presumidos são analisadas, destrinchadas, e são elaboradas fórmulas que buscam autossuficiência – *ante casum*, querem resolver casos concretos. E se é possível prever modos de raciocínio que prometam respostas (decisões) antes mesmo de as perguntas serem feitas, parece claro concluir que estamos ainda com os dois pés fincados no *essencialismo*.²⁵⁶ Imagina-se que as tramas fáticas se desenvolverão sempre de um modo específico, previsível, encaixável nas regras gerais que são as máximas da experiência.

Note-se que as regras presuntivas se comportam como enunciados científicos, justamente pois obedecem a uma metodologia composta por regras preestabelecidas com pretensão de atingir, sempre, os resultados corretos para uma determinada situação.²⁵⁷

Dois pontos são importantes aqui: em primeiro lugar, o fato de que esse modo de encarar o problema é uma ficção; em segundo, a natural consequência de essa ficção abrir um espaço de discricionariedade no qual a decisão é tomada e posteriormente sofre uma

²⁵⁴ Embora haja defensores do método que admitam e concordem com justificações posteriores: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 36.

²⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Lisboa: 70, 1994, p. 82.

²⁵⁶ De forma crítica, Foucault analisa algumas passagens de Nietzsche para comentar a ideia de que não existe um conhecimento em si: “Nietzsche quer dizer que não há uma natureza do conhecimento, uma essência do conhecimento, condições universais para o conhecimento, mas que o conhecimento é, cada vez, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, cit., p. 32).

²⁵⁷ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 84/85.

legitimação violenta através da racionalização.²⁵⁸ O foco de atenção da presente tese é exatamente esse momento de descompasso entre compreensão e justificativa racional.

O procedimento lógico dá, é fato, aparência de legitimidade à decisão. Conforta a mentalidade científica, transmite a neutralidade que se exige do investigador racional. Assim foi, por exemplo, com a criação do inquérito nas investigações criminais, visto como a evolução racional do procedimento, conducente a respostas neutras. Foucault, com razão, aponta que por trás do discurso da racionalidade houve “uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária a utilização desse procedimento no domínio judiciário [...] Em outras palavras, o inquérito é uma determinação do poder se exercer”.²⁵⁹ Estaríamos de fato enganados se imaginássemos que os procedimentos de produção de conhecimento, como o inquérito, representassem uma evolução da razão sobre si mesma, um caminho percorrido em direção ao conhecimento neutro e irrepreensível. No âmbito penal, por exemplo, os autoritarismos ligados à existência do inquérito e à sua utilização no processo penal posterior são amplamente criticados pela doutrina.²⁶⁰

Outro aspecto de relevo é o fato de que, para uma mesma área de aplicação do direito, existe uma pluralidade de métodos que pretensamente respondem às dificuldades que a vida prática apresenta. Estão disponíveis ao intérprete inúmeras soluções metodológicas que, em tese, são equivalentes e intercambiáveis entre si. Não há método *de preferência*, nem hierarquia entre métodos. Só isso já nos leva a concluir pela possibilidade de que um determinado procedimento racional seja escolhido por levar, justamente, à resposta de preferência de quem interpreta o caso. O debate sobre o método, portanto, não é tanto uma

²⁵⁸ “A ideia de que a ciência pode e deve ser elaborada com obediência a regras fixas e universais é, a um tempo, quimérica e perniciosa. É quimérica pois implica visão demasiado simplista das capacidades do homem e das circunstâncias que lhes estimulam ou provocam o desenvolvimento. E é perniciosa porque a tentativa de emprestar vigência às regras conduz a acentuar nossas qualificações profissionais em detrimento de nossa humanidade” (FEYERABEND, Paul. *Contra o método*, cit., p. 449). Também: “De certo modo, os métodos de interpretação adotados praticam uma inversão do processo lógico da sentença, uma vez que o juiz primeiramente utiliza critérios subjetivos de equidade, a fim de tomar a sua decisão, para somente em uma segunda etapa vasculhar a lógica tradicional, com o objetivo de obter algum artifício formal, que torne o seu entendimento inicial compatível com a lei” (MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56).

²⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, cit., p. 74. Crítica semelhante, no sentido de que é uma ilusão imaginar que o progresso científico e técnico seja incompatível com a barbárie, está em: LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*, cit., p. 85.

²⁶⁰ “A prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera encenação ou repetição da primeira fase” (LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. 1, 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 68).

pergunta pela escolha correta, mas sim pela tomada de consciência de que toda escolha já nasce comprometida.²⁶¹

Podemos pensar, como exemplos, nos tantos cânones interpretativos que a dogmática jurídica construiu ao longo dos últimos séculos – desde Savigny e da fundação do *método jurídico* objetivado –²⁶² cada um fruto de uma experiência historicamente datada e fundamentada em critérios absolutamente distintos.²⁶³ Fala-se assim de métodos gramatical, exegético,²⁶⁴ teleológico,²⁶⁵ dentre outros.

Em matéria de provas, os *standards* desempenham função semelhante – embora não idêntica – à dos cânones. Assim, as exigências de prova além da dúvida razoável, ou de preponderância (“*more likely than not*”), são tipicamente afetos ao processo penal e civil, respectivamente. Não excluem, no entanto, outras abordagens, como o “*balance of probabilities*” do direito inglês²⁶⁶ e a “alta probabilidade” (*Hohe Warscheinlichkeit*) do direito alemão,²⁶⁷ apenas para pensar em exemplos mais conhecidos. Não existe hierarquia nem indicativos claros – como um indicativo firme de que a jurisprudência tenha se decidido por um *standard* – de prevalência entre métodos.²⁶⁸

Devemos enxergar procedimentos lógicos em seu aspecto auxiliar, de alcance limitado. Não há universalidade formal possível, nem forma minimamente plausível de

²⁶¹ “A ciência jurídica é feita de uma pluralidade de métodos, frequentemente concorrentes e complementares. [...] Não existe para o jurista uma fórmula obrigatória de pensar: quem cria tem um método mesmo se dele não tem consciência. A reflexão sobre o método não é tanto reflexão sobre a escolha, quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que sua atuação comporta” (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 56/57 – tradução livre).

²⁶² LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*, cit., p. 24.

²⁶³ “Os métodos interpretativos aparecem definidos pelo imaginário jurídico, o ‘senso comum teórico dos juristas’, como técnicas rigorosas, que permitem alcançar o conhecimento científico do direito positivo. É notório sua conexão com a ideologia das distintas escolas que conformam o pensamento jurídico. Assim, o método exegético, o método da escola histórica, o método dogmático, o método comparativo de Ihering da segunda fase, o método da escola francesa, o método do positivismo sociológico e da escola de direito livre, o teleológico vinculado à jurisprudência dos interesses, o método egológico e o tópico-retórico, todos eles se relacionam com as escolas correspondentes, das quais, em alguns casos, importaram o próprio título” (WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*, cit., p. 65).

²⁶⁴ Cujá crítica pode ser bem apreendida em: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 87; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 35/45.

²⁶⁵ Bem analisado por: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, cit., p. 267.

²⁶⁶ KEAN, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The Modern Law of Evidence*, 8ª Ed., Oxford University Press, 2010, pp. 106-111.

²⁶⁷ TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, 51, 2003, p.6.

²⁶⁸ Lenio Streck, já há algum tempo, aponta essa falta de um método preferencial como a principal fonte de desconfiança na fundamentação metodológica das decisões judiciais: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, cit., p. 239.

estabelecer de antemão qual método é mais adequado em cada caso concreto.²⁶⁹ Daí se segue que há uma dimensão ideológica, discricionária, que permanece escondida nas decisões judiciais que descrevem a compreensão através de métodos lógico-formais.²⁷⁰

Aparece como possibilidade, então, a hermenêutica, que conscientemente rejeita os métodos e a matematização, e abre caminho para a invasão do pensamento pela *história* como modelo de pensamento.²⁷¹ Não se trata, veja-se bem, da substituição de um método por outro, até porque o círculo hermenêutico não tem natureza formal nem prescritiva, como diz Gadamer:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. [...] O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um ‘círculo metodológico’; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.²⁷²

É, portanto, no entremeio, na intersecção entre o que se espera de um texto e o que ele apresenta ao Sujeito, que reside a hermenêutica: entre familiaridade e estranheza. O círculo não é um procedimento compreensivo, e sim a tentativa de estabelecer as condições sob as quais surge a compreensão. O intérprete não “segue os passos” do círculo; o círculo é que ocorre, como fenômeno, no processo de compreensão.

2.2. Racionalismo como produto estético

A abordagem que pretendemos desenvolver do racionalismo e da dinâmica da razão capta o fenômeno racional indistintamente de duas formas. De um lado, uma visão *idealista* segundo a qual a razão orienta a prática, sendo sua autoridade independente e coordenadora das tradições e do mundo empírico. De outro, um modo *naturalista* de enxergar as coisas. A razão é informada pela prática, e serve para descrever essa prática, conformando-a para finalidades classificatórias e de redução de complexidade.²⁷³ Veremos adiante que o senso-comum teórico brasileiro opera uma mixagem entre estas duas versões aparentemente paradoxais de racionalismo.

O que merece ser dito já de início é que, como já há algum tempo opinou Ovídio Baptista da Silva, a comunidade jurídica vive e se movimenta no *paradigma racionalista*, não

²⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 52. No mesmo sentido: PALERMO, Antonio. *Il processo di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 148.

²⁷⁰ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*, cit., p. 88.

²⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Thomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, cit., p. 40.

²⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 388/389.

²⁷³ FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*, cit., p. 32/33.

o tendo superado.²⁷⁴ E o ideal da razão, que é típico do momento pós-cartesianismo de exaltação das ciências lógicas e do rigor formal, deformou-se a ponto de, atualmente, servir a propósitos completamente diversos daqueles a que se propôs.²⁷⁵

De toda forma, a principal característica da ideologia racional, que sobrevive mesmo em seus estágios contemporâneos menos radicais, é a sua pretensão de totalidade. Imaginou-se a possibilidade de que através da lógica se compreendesse o mundo; e mais, que tudo o que não atendesse às exigências desse modo de pensar representaria um irracional abjeto, indigno de atenção investigativa. Como diz Ricardo Timm, a filosofia cometeu o equívoco de “confundir racionalidade com bondade”.²⁷⁶ No entanto, mesmo autores como Max Weber, que atrelam os modos de saber a individualismos metodológicos e processos de racionalização, admitem que existe um grande número de atividades, e de estados de consciência, que permanecem incompreensíveis do ponto de vista da razão. Isto é, a “patologia do racionalismo” é não reconhecer que há algo de irracional na compreensão.²⁷⁷

É esse embate entre o imaginário de uma razão que responde a tudo, e sua impossibilidade ontológica de fazê-lo, que precisa ser posto em evidência. Assim como foi dito logo acima, a ciência não é um modo de pensar com especial dignidade; da mesma forma, nem tudo o que é lógico ou que possa ser explicado em termos lógicos é correto. Também, e especialmente, nem tudo o que foge aos ditames da lógica é necessariamente incorreto.

E não obstante, não são pequenos os esforços da comunidade filosófica e científica para alargar ou encurtar o alcance e os limites do conceito de “racionalidade”, a fim de salvá-la da disfuncionalidade e garantir seu local privilegiado na descrição do mundo da natureza. Costuma-se idealizar que a racionalidade é o único meio possível de conhecimento não místico,

²⁷⁴ É este o mote de sua obra: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, cit., *passim*. Edgar Morin, semelhantemente, fala em um paradigma *simplificador*, “que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. [...] a simplicidade vê o uno, ou o múltiplo, mas não consegue ver que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo. O princípio da simplicidade separa o que está ligado, ou unifica o que é diverso” (MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 59).

²⁷⁵ “O indivíduo outrora concebeu a razão exclusivamente como um instrumento do eu. Agora, ele experimenta o inverso dessa autodeificação. A máquina ejetou o piloto; ela corre cegamente pelo espaço. No momento da consumação, a razão tornou-se irracional e estultificada” (HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 143).

²⁷⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*, cit., p. 9/10.

²⁷⁷ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 15; BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault*, cit., pp. 86; e 93 e ss.

como se o oposto da razão (neutra, objetiva, alcançável através de métodos pré-determinados) sejam os caminhos mágicos e os da subjetividade.²⁷⁸

De fato, o modo científico de conhecimento dos fatos sociais não admite com facilidade que certas crenças e representações não têm origem racional, e apressam-se a propor uma explicação *causal* para elas. Quando essa tarefa falha, diz-se em tom pejorativo que é uma crença decorrente de uma causa irracional.²⁷⁹ Ocorre que, como diz a passagem de Heidegger que finaliza a introdução da presente tese, não louvar a racionalidade não implica uma paixão desmedida ao irracional; deixar de crer religiosamente na Justiça objetiva não equivale a amar a injustiça. São essas dualidades, tipicamente metafísicas, que precisam ser desfeitas.

O mesmo vale para os critérios da *verdade*: não atrelar o conteúdo do direito probatório à busca daquilo que seja verdadeiro (na sua dimensão correspondente) não significa um apreço especial pela mentira ou uma falta de compromisso com o bom acerto dos fatos.

O que ocorre, então, é uma concentração de poder nas mãos da racionalidade. Não raro, aliás, ambas as partes em um litígio invocarão argumentos meramente lógicos, contradicentes, e acusarão seu adversário de fundamentações irracionais. Essa acusação, de não cumprir as regras da razão, é uma arma retórica forte que auxilia na hegemonia da forma científica de pensamento.²⁸⁰ E mesmo que não compreendamos os fatos e suas consequências jurídicas através de esquemas de lógica, tendemos a justificá-los sempre dessa forma como salvo-conduto de nosso próprio pensamento. Afinal, argumentos “fundados” em lógica pretendem-se neutros e livres de subjetivismos.

De fato, não é incomum que a doutrina associe *prova* e *razão*, destacando que apenas um modo *racional* de verificação dos fatos conduz a respostas verdadeiras para o caso.²⁸¹ Ocorre que, para preservar a credibilidade da razão, como observa de forma bastante

²⁷⁸ Veja-se, por exemplo: RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, cit., p. 36. O autor contrasta a verificação racional dos fatos com os ordálios ou a leitura de folhas de chá. Essas últimas seriam irracionais; aquela, a correta. Parece, no entanto, que o tema precisa ser enfrentado com mais densidade, a fim de revelar detalhes que esse simples antagonismo não dá conta de responder.

²⁷⁹ BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 137.

²⁸⁰ “A acusação de irracionalidade é uma das retóricas preferidas de modelos de racionalidade hegemônicos para tentar desqualificar outras racionalidades, ou mesmo outras possibilidades da racionalidade” (SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*, cit., p. 465).

²⁸¹ “Somente através de uma concepção racionalista da prova (que rechace a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz) é possível tornar efetivo o direito à prova em todo o seu alcance. [...] Só se se garante que os fatos provados tenham sido obtidos racionalmente a partir dos elementos dos autos pode-se garantir também um nível minimamente aceitável de segurança jurídica” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La*

precisa Franco Cordero, “os juízes têm as mãos livres, mas fingem fazer cálculos”.²⁸² Queremos crer que isso valha também para as partes, que frequentemente ignoram a dimensão discursiva ou literária de suas próprias narrativas e fazem-se entender por meio de meros procedimentos racionalizados.

O monopólio que a razão reivindica do conhecimento verdadeiro é problemático. Sabendo-se que dois enunciados conflitantes podem ambos ser racionais, se só se pode “aceitar” a racionalidade daquele que corresponder “à verdade”,²⁸³ a própria razão deixa de ser um caminho para a verdade. O método se assume como o que de fato é: uma ponte construída após o vale (entre consciência e mundo) já ter sido atravessado. De certa forma, a centralidade e dominância do racionalismo conflitam diretamente com a abordagem hermenêutica e histórica do mesmo problema (o da compreensão). Ocorre que há aí uma desfiguração do aspecto *temporal*, que para o presente trabalho precisa ser vista com cuidado.

Vimos que o entendimento histórico se preocupa exclusivamente com o passado. O presente é um subproduto desse passado, que o determina. Já o entendimento racional, muito pelo contrário, nunca se preocupa com o passado, e foca as suas atenções no impacto de si mesmo nos intérpretes, sem levar em conta a dimensão do tempo.²⁸⁴ A racionalidade atua como agente estético, na medida em que achata o tempo a ponto de negar a sua importância na análise de um objeto (um texto, um fato, um enunciado) e tratá-lo como objeto performático, enxergá-lo desde já de acordo com a finalidade que terá de cumprir em um contexto determinado.²⁸⁵ O historiador racional preocupa-se não em representar o passado, mas em fazer aparecer uma história estética, “isto é, permitir que uma ilusória aparência de facticidade surja como se fosse uma projeção de uma vontade primordial”.²⁸⁶

A razão subjetiva, por ser instrumental à ciência e servir, como dito anteriormente, como um carimbo de legitimidade a discursos com conteúdos quaisquer, amolda-se a qualquer

valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 54/57 – tradução livre). A intenção do autor é a mesma de toda a doutrina dos últimos séculos: combater o voluntarismo e a arbitrariedade, e controlar as decisões. A solução, no entanto, esbarra em uma dualidade que simplifica demais a questão. A doutrina que aposta na suficiência da análise racional pode oferecer uma falsa sensação de conforto, e na realidade mascarar um espaço de discricionariedade velada.

²⁸² CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, t. II. Bogotá: Temis, 2000, p. 29 – tradução livre.

²⁸³ Como faz, por exemplo: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 67.

²⁸⁴ OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 76.

²⁸⁵ E novamente aqui voltamos à constatação de que os instrumentos de observação da vida acabam por se tornar, eles mesmos, critérios de validade sobre as observações feitas. Inflam sua importância e extravasam a funcionalidade que lhes é típica, a ponto de deslegitimarem modos de pensar que não se amoldem à lógica e ao que é racional.

²⁸⁶ DORAN, Robert. Nietzsche: Utility, aesthetics, history, cit., pp. 326/327.

que seja o argumento que espera ser recebido como racional. Serve tanto para atacar quanto para defender pontos de vista. Se as narrativas que entram em conflito à espera de uma decisão são examinadas unicamente do ponto de vista da racionalidade da argumentação, a conclusão será inevitavelmente baseada em um jogo cujos critérios são, também, lógicos. A ciência passa a ser critério de validade da própria ciência.²⁸⁷

É possível imaginar, apenas para dar seguimento à crítica aqui desenvolvida, que a postura irracionalista, ou que admite a legitimidade de um modo de pensar não racional, é mais consciente e coerente que o paradigma da pura razão. A diferença, como diz Jerónimo Martínez, é que o irracionalista aceita e tira conclusões daquilo que for irracional em uma determinada situação interpretada. O racionalista, pelo contrário, “crê viver em um edifício firme, quando também este está construído sobre areia”.²⁸⁸

2.2.1. Racionalização *posterior* ao conhecimento e o problema da discricionariedade

Pelo que foi exposto no tópico anterior, vimos que embora as exigências formais e materiais do pensamento racional não deem conta de explicar como conhecemos os objetos ao nosso redor, sua pretensão é exatamente essa: a de dominar a realidade. A posição hegemônica ocupada por esse modo de saber chama para si a responsabilidade de dar respostas às perguntas feitas sobre aquilo que buscamos compreender.

Os esquemas lógicos, que como vimos possuem características de neutralidade e de incorrigibilidade, além de mascarar reais processos de compreensão e decisão, servem de verniz ao discurso. O que transparece é apenas o aspecto formal (como, no caso da presente tese, a alegação de que entre um fato conhecido e um fato presumido há uma relação de *causalidade*, de *necessariedade*, uma implicação natural), e o conteúdo legítimo da fundamentação permanece oculto.²⁸⁹ O uso do adjetivo “racional” tem sido inflado, e sua importância parece estar em si mesma, como se a mera classificação de uma ação ou uma análise em termos de racionalidade pudesse lhe justificar e legitimar por si só.²⁹⁰

²⁸⁷ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 89.

²⁸⁸ MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objetividad en Karl Popper*, cit., p. 193.

²⁸⁹ Analisando o pensamento de Jacques Derrida, Ricardo Timm de Souza afirma de forma categórica e acertada: “Onde se procura a excelência e a sofisticação intelectual, o que se encontra são formalizações elementares de legitimação de estruturas de violência revestidas de belas roupagens (SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais*, cit., p. 116).

²⁹⁰ “Os padrões de um debate assim não são objetivos; apenas parecem sê-lo porque a referência ao grupo que lucra com o seu uso foi omitida. Eles são como os convites de um tirano inteligente que, em vez de dizer ‘quero

A partir dessa constatação, devemos abordar o tema da *racionalização* posterior de uma compreensão já ocorrida. Não há dúvidas de que o encaixe racional – o ato de conformar narrativas a regras discursivas próprias da lógica – é uma atitude reconfortante. Não obstante, a hipótese a ser levantada por esta tese é a de que o fato de termos *boas razões* para crer em um determinado modo de ocorrência não serve de justificativa legítima, por si só, para a constatação dessa ocorrência. Não basta, portanto, chamar de lógico, ou de racional, uma conclusão:²⁹¹ é imprescindível destrinchar e detalhar materialmente onde está o fundamento suficiente dessa conclusão.

Afinal, para o homem primitivo e para algumas formas de civilização ainda hoje, ritos e procedimentos mágicos (como danças alusivas à chuva em época de colheita) eram baseados em determinadas regras da experiência e, à sua visão, de certa forma eram racionais também.²⁹² Ocorre que até mesmo as mais sérias e neutras argumentações se reduzem a afirmações – nem sempre racionais – de uma preferência. Vê-se isso desde Kant e da assertiva de que os juízos de valor não derivam de sistemas de razões. Estes servem, então, como confirmação ou como “argumentação de cobertura” para aquilo que compõe o juízo. Aí mora a racionalização. Cabe perguntar se estamos confortáveis – como frequentemente está a doutrina –²⁹³ com esse tipo de procedimento intelectual quando o tema é o acertamento dos fatos em um processo judicial.

Uma consequência imediata da racionalização é a sensação de satisfação decorrente de uma explicação causal para uma determinada configuração de fatos. Se não se sabe o *como* de um ou mais fatos, dar a eles uma casa no mundo da causalidade é extremamente

que você faça...’, diz ‘o que todos nós queremos é...’, ou ‘o que os deuses querem de nós é...’, ou, melhor ainda, ‘É racional fazer...’ e, com isso, ele parece se excluir totalmente” (FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*, cit., p. 40).

²⁹¹ “Ninguém consideraria irracional uma crença científica na qual os homens de ciência acreditavam ontem e em que já não acreditam hoje. Era uma crença falsa; temos hoje a certeza absoluta disso, mas os cientistas tinham boas razões para acreditar nela. [...] Existem crenças fundadas em razões que a maioria das pessoas tem possibilidades de considerar boas: chamemos-lhes boas razões” (BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 20).

²⁹² BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault*, cit., p. 109. Da mesma forma, afirmando que o que é racional hoje, amanhã pode não o ser, e vice-versa: OTEIZA, Eduardo. *La prueba em el proceso judicial*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009, p. 45.

²⁹³ Veja-se, como exemplo: “A correlação natural entre a existência de dois fatos é substituída pela correlação lógica. Basta o conhecimento da existência de um daqueles fatos para se deduzir a existência do outro fato cuja existência efetiva se desconhece, porém tem-se como provável em virtude daquela correlação natural” (BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 538). E ainda: “Constitui indício todo e qualquer fato que se relacione com outro e que por isso permita ao juiz supor, mediante uma operação lógica, a existência desse outro” (COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 98).

reconfortante – temos a impressão, enquanto fixos no paradigma racional, de que aí já reside uma explicação plausível e satisfatória.

Vale aqui fazer uso de uma passagem cômica para auxiliar a compreender o aspecto confortante que a ciência dá ao conhecimento humano. Voltaire, na célebre obra “Cândido ou o otimismo”, conta que o protagonista, Cândido, voltou da América do Sul para a Europa com “carneiros de lã vermelha” – que na verdade eram lhamas, desconhecidas para os europeus. A certo ponto da história, Cândido se vê obrigado a prosseguir viagem sozinho, e “só ficou desgostoso por ter de separar-se de seu carneiro, deixado para a Academia de Ciência de Bordéus, que propôs como tema do prêmio daquele ano que se descobrisse por que a lã daquele carneiro era vermelha. E o prêmio foi atribuído a um sábio do Norte, que demonstrou, por A mais B, menos C, dividido por Z, que o carneiro devia ser vermelho”.²⁹⁴

O sociólogo francês Raymond Boudon oferece interessante análise sobre os efeitos que a causalidade provoca no intérprete que se posiciona racionalmente diante de um acontecimento. A relação causa/efeito, que parece surgir com naturalidade da observação dos fatos, é na verdade construída para satisfazer a exigências típicas da lógica racional – e isso terá grande impacto quando, em seguida, falarmos sobre indícios que somam para autorizar a presunção de uma hipótese. Fala Boudon sobre um acidente de automóveis, e questiona a própria etimologia do que seria um “acidente”:

De um só e mesmo acidente de automóvel, posso dizer: ‘isto tinha de acontecer porque o condutor ia com demasiada velocidade’, ou então: ‘isto não teria acontecido se, neste preciso momento, o carro que ia à frente dele não tivesse...’²⁹⁵

Prossegue afirmando que em muitos casos é difícil decidir *a priori* se um fenômeno é um verdadeiro “acidente”, ou se é resultado de uma ou várias causas identificáveis. Ocorre aí um processo mental muito semelhante à forma mágica de pensar: embora o evento não tenha causa, o intérprete considera que a relação de causalidade existe, desde que encontre uma “boa razão” que se encaixe na definição causal específica para o fato. A busca pela racionalidade, aí, condiciona a descrição da realidade em si.

Não há como negar a dimensão inferencial do movimento cognitivo feito no caso acima. Enxergar um evento desde sempre como a consequência de uma causa a ser encontrada leva a que se pressuponha, entre um e outro litigantes de uma demanda, apresentou conduta

²⁹⁴ VOLTAIRE. *Cândido, ou o otimismo*. São Paulo: Abril, 2010, p. 89.

²⁹⁵ BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 112.

mais coerentemente enxergada como causa do evento em si. E, no entanto, é praticamente impossível que este caminho compreensivo seja explicitado como tal, na decisão do caso.

Do ponto de vista da historiografia, Michael Oakeshott diz que não raro a conclusão de uma ocorrência como meramente fortuita é a “confissão da inabilidade” do historiador de transformar esse fato em um evento histórico – isto é, historicamente relacionado.²⁹⁶ No entanto, a investigação que tem em mente encontrar causalidades dirige a atenção para um tipo de busca projetada para deduzir a ocorrência de um tipo de evento já especificado, que se supõe ter acontecido ao relacioná-lo à ocorrência de eventos antecedentes já especificados, que também se supõe tenham acontecido.²⁹⁷ Em outras palavras, quem procura por causalidades as enxerga em qualquer lugar. E não obstante, a doutrina sobre o tema das presunções judiciais insiste nesse ponto.²⁹⁸

Com essa ideia, Oakeshott separa a busca causal da busca historicamente comprometida, e conclui que a causalidade é um “chavão do discurso histórico”, usada frequentemente fora de seu âmbito de abrangência. Diz o autor que a palavra “causa” não quer dizer mais que “antecedentes dignos de nota”,²⁹⁹ nada garantindo que a atribuição de causalidade a uma série de fatos sequenciados dê-lhes qualquer credibilidade ou dignidade além da constatação de que estão relacionados entre si. E mais importante: da relação de causalidade não se extrai *nenhuma lei geral*.

Para o funcionamento de uma investigação de fatos que busque por causalidade entre fatos comparados, é sempre necessário traçar limites – que não raramente serão arbitrários – tanto em relação à intencionalidade do fato antecedente na ocorrência do subsequente, quanto ainda sobre o que pode ser considerado *resultado* de uma ação, assim visto o fato subsequente a respeito do antecedente. Os critérios que satisfazem as exigências de *causa* não são certos,

²⁹⁶ “O ‘acaso’ não é a total ausência de relacionamento, nem a existência de um que seja simplesmente imprevisível; é um relacionamento que significa algo, mas nada que diga respeito ao caráter do que está relacionado. Assim, no entendimento histórico não há lugar para relacionamentos fortuitos” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 131).

²⁹⁷ “Essa relação é reconhecida como sendo causal em virtude de uma lei universal que declara que esses tipos de antecedentes invariavelmente precedem o tipo de evento cuja ocorrência está para ser deduzida. Preocupar-se com esse tipo de investigação significa renunciar a qualquer pretensão de preocupar-se com as condições do entendimento histórico” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 146).

²⁹⁸ REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 40. Também afirmando que todo raciocínio presuntivo tem natureza causal: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, 6ª ed. Buenos Aires: Zavala, 1988, p. 699.

²⁹⁹ OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 146.

nem bem definidos, o que por si só já dificulta a utilização da causalidade como justificativa suficiente para o sequenciamento de fatos históricos.³⁰⁰

Ademais, é ingênuo atribuir o adjetivo de *causal* a um fato que, se visto de outro modo ou como consequência de outros fatos que não o seu antecedente, “não faria sentido”. Estamos aqui ainda no terreno da autossuficiência da razão, que serve de critério para a sua própria validade. Enxergar como causal um “intruso forçado” – como diz Oakeshott –³⁰¹ naquilo que ordinariamente acontece é um ato de retórica, tão somente.

Mais adiante nesta tese (item 5.3.4), retornaremos ao tema quando falarmos do *azar*, assim entendida a situação excepcional que faz com que um caso não ocorra de acordo com aquilo que *ordinariamente acontece* (frustrando assim as expectativas de quem deposita confiança cega na suficiência das regras da experiência).

O que vale destacar agora, de toda forma, é que encontrar explicações e justificativas para determinados eventos não implica a sua adequada *compreensão*. Entre compreender (*Verstehen*) e explicar (*Erklären*) há um abismo que precisa ser abordado. No caso das ciências da natureza, a explicação reside na dedução de propriedades gerais a partir de definições prévias, identificando enquadramentos de causa e efeito uma série de fatos investigados.³⁰² É como, queremos crer, funcionam as máximas de experiência no direito – mesmo que deslocadas de sua pertença epistemológica, ainda atreladas à ciência formal.

Já a compreensão dos fatos nas ciências humanas (*Geisteswissenschaften*) não dependem de explicação, tampouco de deduções. O investigador (Sujeito) não se separa do objeto interpretado, de forma que um teor de subjetividade – os preconceitos de que fala Gadamer – está sempre presente. Aí o ponto: a racionalização apenas mascara esse inafastável componente da compreensão.

A racionalidade, enquanto critério justificativo, chega tarde na compreensão, e serve como objeto performático, como instrumento de legitimação violenta.³⁰³ Por isso, não há

³⁰⁰ Walter Benjamin chama a atenção para a ficção de se crer que o progresso (e assim também a causalidade) seja um fenômeno ‘natural’, inevitável, irresistível: LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*, cit., p. 93. Mais em: VATIMO, Giani. *As aventuras da diferença*. Lisboa: 70, 1980, p. 96.

³⁰¹ OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 148.

³⁰² “De modo geral, explicar consiste em identificar relações constantes entre fenômenos ou séries de eventos, cuja regra geral tem a forma lógica da ligação entre causa e efeito. Consiste em enquadrar fenômenos nesse esquema formal, de modo que, para as ciências naturais, a natureza é concebida como um sistema de relações entre fatos, ligados entre si de acordo com certas regras invariáveis, fundadas em princípios universais” (GIACÓIA Jr, Oswaldo. *Heidegger urgente*. São Paulo: Três estrelas, 2013, p. 31)

³⁰³ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 67.

como garantir que uma conduta – ou um fato, ou conjunto sequencial de fatos – seja racional *em si*; podemos, no entanto, assegurar-nos de que a análise dessa conduta será pautada em critérios de racionalidade. O que é fruto da razão é o controle do fato, e não o fato *em si*.³⁰⁴ É como diz, com precisão, Jerome Frank a respeito do modo como os juízes norte-americanos decidiam os casos no início do século XX:

Quando desafiados por nós mesmos ou por outro a justificar nossas posições ou nossa conduta, manufaturamos *post facto* uma série de princípios que, induzimo-nos a crer, são conclusões extraídas de processos lógicos. Então nós nos persuadimos que nossas vidas são governadas pela razão.³⁰⁵

O uso da razão como método de pensamento – e não como conformador *a posteriori* da compreensão a esquemas racionais – reduz o pensamento mesmo e transforma-o em uma preocupação com o *porquê*, em vez de com o *como*;³⁰⁶ faz da interpretação um simples aparato de registro dos fatos, e não de atribuição de sentidos. Se, pelo contrário, tomamos consciência de que a razão não é uma categoria metafísica – fundamento último da vida –, só lhe resta a funcionalidade instrumental, como ferramenta, cuja finalidade é a perpetuação de uma atividade coordenadora/organizadora.

Assim, se lembrarmos que todo raciocínio é *racionalizável*, a acusação de irracionalidade de um argumento fala mais sobre a falta de um processo posterior que adequadamente reduziu a compreensão a esquemas da lógica, do que sobre o conteúdo do argumento *em si*.³⁰⁷ De certa forma, o fracasso do racionalismo como método de compreensão passa a ser mascarado pelo seu relativo sucesso como técnica de manipulação argumentativa.³⁰⁸

Para confluir: o que a forma científica de pensamento legou para o estudo dos fatos da vida, como permeador dos progressos culturais e sociais, é a ideia de que há uma essência nos objetos, uma constância na sua configuração natural, que pode ser classificada suficientemente por métodos racionais. O que ocorre com a colonização do mundo da vida pelo

³⁰⁴ BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault*, cit., p. 95.

³⁰⁵ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor, 1936, p. 29.

³⁰⁶ “No fundo, as ciências naturais não têm mais do que um valor descritivo. Depois do sol ter surgido, deve desaparecer; o que há nisso que não seja pura descrição? E porque desaparece? [...] O sol deve desaparecer como o homem deve morrer, o que fica incógnito é a razão do dever. Porque se deve? Os naturalistas não somente não respondem, mas nem formulam essa interrogação” (CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*, cit., p. 123/124).

³⁰⁷ “As regras de objetividade não são fatos naturais. São controles plásticos que, por óbvio, existem e podem ser descritos, mas em caso algum podem ser considerados como algo definitivo, pois permanecem abertos à crítica. E esta crítica se faz desde o ponto de vista da sua validade, ou, o que dá no mesmo, da validade do conhecimento do mundo que elas proporcionam” (MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*, cit., p. 70 – tradução livre). Mais em: KNIJNIK, Danilo. *Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório*, cit., p. 14.

³⁰⁸ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 52.

mundo da ciência é uma “conversão de atitudes miméticas em racionais”,³⁰⁹ de modo que a lógica passa de técnica demonstrativa a critério de validade dos objetos que são interpretados. Isso tem particular importância para o tema do presente trabalho: a confiança na repetição e na continuidade dos fatos da vida é o que legitima a formulação de regras de experiência, que por sua vez confortam e autorizam o ato de presumir, em casos concretos.

2.2.2. Respostas “irracionais” são inaceitáveis?

Desde a introdução da presente tese, tem sido repetida a defesa de um modo de pensar que não se fixa em binômios metafísicos contrastantes: nem toda crítica à racionalidade aspira à irracionalidade, e nem toda limitação à busca da verdade significa gosto pela mentira. Cabe aqui, mesmo que de forma breve, abordar o tema para concluir que chamar um argumento ou uma hipótese fática de irracional não implica, por si só, um demérito; dizer que algo é racional, por sua vez, também não garante credibilidade ou legitimidade.

A premissa da qual devemos partir é a de que, em algum momento de ápice do racionalismo pós cartesiano, o direito foi repartido em duas categorias aparentemente incomunicáveis: a razão e a emoção. Assim, por mais que já há décadas a doutrina não enxergue mais o direito como um campo de conhecimento ascético, o discurso tradicional sobre a decisão judicial pressupõe um distanciamento humano que, supostamente, privilegia a “razão” e a objetividade neutra, como formas únicas de atingimento de justiça.³¹⁰ O problema que imediatamente enxergamos nessa assertiva é a negação propositada do enviesamento (do ponto de vista comportamental) e dos preconceitos (do ponto de vista hermenêutico) que, como vimos, são absolutamente inafastáveis.

É papel da doutrina anti-racionalista lembrar que a aplicação da lei não é uma atitude desprovida de emoções, tampouco que um julgamento “emotivo” significa flexibilizar o direito ou sucumbir a subjetivismos. Essa dualidade é absolutamente inexistente, assim como é inexistente a falácia de um conhecimento objetivo absoluto. Nos Estados Unidos, foram o

³⁰⁹ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 129.

³¹⁰ “O discurso tradicional sobre a decisão judicial pressupõe um standard de falta de paixão, refletindo um juízo normativo de que juízes não devem sentir emoções ou permitir que quaisquer sentimentos afetem suas decisões. O discurso da decisão desenvolveu-se de modo a satisfazer essa norma, assim que juízes frequentemente suprimem ou disfarçam a influência da emoção em suas ações ou palavras” (MARONEY, Terry. *Emotion and the discourse of judging*. In: STANNARD, John; CONWAY, Heather (orgs.). *The emotional dynamics of law and legal discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 261 – tradução livre).

realismo jurídico, e posteriormente os *Critical Legal Studies*, as escolas de pensamento responsáveis por argumentar a insuficiência dos instrumentos lógicos e dedutivos no raciocínio judicial. As vertentes mais radicais da metade do século XX em diante, chamadas inclusive de escolas *irracionalistas* pelos norte-americanos, defenderam desde sempre a impossibilidade de um conhecimento objetivo como base para o raciocínio jurídico.³¹¹ E se a realidade não é um ente objetivo em si mesmo, querer que toda forma de pensar seja racional não passa de um exagero.³¹²

É especialmente fácil enxergar como os ataques à falta de credibilidade daquilo que não for racional sejam dirigidos a autores mais radicais, como é o caso de Paul Feyerabend. Ocorre que sua aversão ao “método”, ao contrário de representar uma ode à irracionalidade, quer apenas desenvolver o argumento de que não há um discurso próprio da ciência que a diferencie, com mais credibilidade, de outros campos de conhecimento. Assim, a racionalidade científica não é uma forma privilegiada de obtenção de dados interpretativos sobre o mundo.³¹³

Veja-se além disso que o próprio conceito de racionalidade, mesmo se analisado dentro da filosofia da ciência, pode ser ambíguo. Imre Lakatos, por exemplo, chama de racionais os argumentos lógicos, que não sejam puramente “genéticos”, e que seguem regras metodologicamente predeterminadas. Já para Thomas Kuhn, comportamento racional é o que se adequa aos valores de um determinado grupo de referência. Nesse último conceito, o método é dispensável para se falar em algo racional, uma vez que a interferência de fatores psicológicos é inevitável.³¹⁴ Por esse motivo sugerimos que não são justificáveis as críticas que Feyerabend recebe, por sua metodologia famosamente intitulada “*anything goes*” (algo como: tudo vale), na qual não existe hierarquia metodológica alguma. Muito ao contrário de defender a inexistência de limites para o pensamento científico, Feyerabend busca apenas estender a

³¹¹ HASNAS, John. Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument. *Duke Law Journal*, Vol. 45, No. 1 (Oct., 1995), pp. 84-132; SINGER, Joseph William. The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. *Yale Law Journal*, vol. 94 (1984).

³¹² “O conhecimento não flui de um sujeito livre percebendo independentemente objetos preexistentes; é, sim, construída nas relações entre as coisas, nas metáforas que criamos. Assim, a ‘realidade’ não é um campo objetivo, que existe independente das práticas de representação. A ‘realidade’ não é talhada em categorias que coincidentemente se encaixam nos sistemas de representação. Em vez disso, a realidade é construída no próprio processo de descrição e representação” (PELLER, Gary. *The Metaphysics of American Law*. *California Law Review*, vol. 73, jul/1985, p. 1169).

³¹³ RIBES, Diego. Filosofía de la ciencia y anarquismo. *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, Vol. 4, No. 4 (1974), pp. 591-594.

³¹⁴ LUGG, Andrew. Feyerabend’s rationalism. *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 7, No. 4 (Dec., 1977), p. 762.

credibilidade de que goza a ciência moderna a outros campos de conhecimento não necessariamente lógicos.³¹⁵

Não se trata aqui, como dirá parte da doutrina, de negar a legitimidade do racionalismo e, com isso, fomentar o caos na total falta de controle do raciocínio judicial.³¹⁶ Muito pelo contrário, a pretensão do presente capítulo é dar continuidade ao que foi dito a respeito do papel positivo desempenhado pela literatura e pela narratividade, que não necessariamente são presos a esquemas de lógica. E, com isso, chamar a atenção para o fato de que a *racionalização* é, mais que tudo, o ato de querer parecer ser mais racional do que de fato somos.³¹⁷

O resultado da aceitação acrítica da ideia de que apenas a causalidade lógica traz boas respostas sobre a nossa compreensão do passado é, portanto, um fechar de olhos para os aspectos hermenêuticos e comportamentais da própria compreensão. E aí, um instrumento notadamente voltado à segurança jurídica (a racionalidade) é o que desencadeia a própria falta de segurança, através da promoção da discricionariedade.

2.3. Movimentos racionais: dedução, indução e abdução

O modo racionalista de enxergar o raciocínio jurídico é, como vimos no tópico anterior, paradigmático, mesmo que sabidamente incompleto. E por mais que a maior parte da comunidade jurídica já tenha, há muito, esclarecido que o silogismo é insuficiente enquanto método de justificação da interpretação do direito,³¹⁸ quando o tema é o acerto dos fatos ainda se fala corriqueiramente em termos de lógica formal.

³¹⁵ “Feyerabend não é anti-ciência porque ele acredita que a ciência não nos oferece um relato melhor do que a mágica primitiva e os contos de fada. [...] Também não é anti-ciência no sentido de imaginar que a ciência é perversa. [...] Ele é anti-ciência, no entanto, se por isso queremos dizer que ele alega não haver uma particular forma científica de compreensão” (LUGG, Andrew. *Feyerabend's rationalism*, cit., p. 769 – tradução livre).

³¹⁶ “Quaisquer que sejam as belas palavras e expressões de ideais nobres com os quais se apresenta, a operação antiformalista, antilegalista e antijuspositivista consistente em forjar um esquema de raciocínio jurídico modelado no raciocínio indutivo das ciências empíricas, não há outro significado, onde conduzida com rigorosa coerência (o que, diga-se, na história da metodologia raramente ocorre), que a tentativa de subtração de qualquer forma de controle da atividade do juiz”. (GIANFORMAGGIO, Letizia. *Modelli di ragionamento giuridico*. In: Filosofia del diritto e ragionamento giuridico. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp. 100/101 – tradução livre).

³¹⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*, cit., p. 30. O apego à razão como única forma possível de Justiça, mesmo admitindo que há parcelas de irracionalidade na decisão judicial, é vista por exemplo em: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 109.

³¹⁸ Por todos, e pelo pioneirismo ao tratar da questão sob a perspectiva do direito processual civil, ver: ALVIM, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990, pp. 110/113.

São sabidas as diferenças entre os movimentos de dedução – de uma verdade geral para uma verdade particular – e indução – de uma verdade ou uma série de verdades particulares para uma suposição geral. Não é preocupação da presente tese traçar estes detalhes, portanto. Cabe aqui, especificamente em relação ao raciocínio probatório e presuntivo, apontar algumas particularidades.

Como ponto de partida, veja-se que parte da doutrina entende que o ato presuntivo implica um raciocínio de *dedução*: “uma proposição geral vai a uma consequência particular, porque supõe admitir uma ideia ou uma verdade de observação da qual faz aplicação ao caso particular que se propõe julgar”.³¹⁹ Por outro lado, há defensores de que a presunção é uma *indução* – isto é, parte do caso particular e vai à generalidade dos casos semelhantes.³²⁰ Ocorre que, se nos mantivermos estritamente fiéis ao aspecto lógico do raciocínio, a própria presunção judicial, quando faz uso ou se baseia em uma máxima de experiência (descrita pela fórmula “todo aquele que *p* deve *q*”), precisa de uma dedução final para que seu sentido seja integrado ao caso concreto. Nas presunções simples, o juiz é responsável tanto pela generalização indutiva, quanto pela dedução que daí decorre. Já nas presunções legais, a tarefa parece ser dividida: enquanto o legislador se ocupa de identificar, seja por questões de probabilidade ou de política pública, uma inferência indutiva desejável, cabe ao julgador aplicar a regra geral ao caso específico.³²¹ E, em meio a esse vaivém de especializações e generalizações, pode ser percebido mais amplamente um movimento de *analogia*, em comparar-se situações distintas naquilo que são semelhantes.³²²

Além do que foi dito acima, e com mais propriedade, podemos caracterizar o raciocínio probatório em geral – e assim também o presuntivo – como uma *abdução*,³²³ ou uma *inferência para a melhor explicação*, que envolve a seleção de uma série de hipóteses plausíveis

³¹⁹ COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 27.

³²⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense*, vol. 376. Rio de Janeiro: Forense, nov-dez/2004, p. 6; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 189

³²¹ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 25.

³²² De certa forma, a analogia (comparação de características de dois objetos e previsão de que outra característica, não observada, será também assemelhada) tem em si também uma indução. Para mais: BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. *Harvard law review*, n. 109, 1995-1996, p. 944.

³²³ É o que defende BREWER, Scott. Logocratic method and the analysis of arguments in evidence. *Law, Probability and Risk* (2011) 10, 175–202. No Brasil, essa é a visão de: BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*. Belo Horizonte: D’Placido, 2016, p. 259; DALLAGNOL, Deltan. *The best explanation of circumstantial evidence: an analysis of circumstantial evidence with abductive glasses*, cit.

e a escolha pela mais adequada entre elas, de acordo com critérios de legitimidade e validade. Detalharemos a esse respeito mais adiante neste tópico.

O que vale a pena ser dito desde já é que o discurso lógico e a classificação lógica do raciocínio é um *metadiscurso*: um discurso a respeito de outro. A preocupação da lógica é a estruturação e a forma da linguagem para a transmissão de uma mensagem; não a mensagem em si.³²⁴ Os contornos racionais da lógica apenas ordenam e sistematizam, mas não revelam em si mesmos conteúdo algum. As regras ou princípios da lógica não nos fornecem nenhuma informação sobre o mundo ou sobre a realidade, mas nos permitem instituir limites do exercício do raciocínio.³²⁵

Justamente por esse motivo, uma mesma situação interpretada pode ser encarada como uma dedução ou como uma indução – basta que se altere a perspectiva.³²⁶ Uma inferência probatória indutiva pode ser reelaborada para que se assemelhe a uma dedução, e vice-versa. Assim, por exemplo, uma confissão pode ser explicada pela hipótese de que o confitente tenha sido o autor do delito (inferência para a hipótese mais plausível). Reelaborando a ideia em termos indutivos, uma confissão, em razão de que normalmente quem confessa é culpado (generalização indutiva), permite concluir que o confitente é culpado.³²⁷ Daí concluirmos, nos tópicos passados, que toda racionalização é uma fabricação estética *a posteriori* para um fenômeno compreensivo que já ocorreu.³²⁸

Florence Haret, por exemplo, explicando as etapas do raciocínio presuntivo, apresenta um esquema em que do fato conhecido, por indução, chega-se à probabilidade geral do fato a ser presumido (uma regra abstrata de probabilidade); para se chegar ao fato provável

³²⁴ A isso podemos chamar de *inércia intrínseca* (DEWEY, John. *Logical method and the law*, cit., p. 20) ou ainda *esterilidade criativa* (NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016, p. 81).

³²⁵ CORREA, Rodrigo Coloma; SAN JUAN, Claudio Agüero. Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, No. 2 (2014 Maio - Agosto), pp. 682/683; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 110.

³²⁶ Dallagnol, com base no que diz Scott Brewer, reconhece acertadamente que toda situação pode ser analisada de um ponto de vista dedutivo, ou indutivo. Nem do particular para o geral, nem o contrário: “tanto dedução como indução podem ir a ambas as direções” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 70).

³²⁷ O exemplo é de TRENTO, Simone. O dever de fundamentação e a matéria probatória. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 101. O mesmo se vê em PARDO, Michael; ALLEN, Ronald. Juridical proof and the best explanation. *Law and Philosophy*, Vol. 27, No. 3 (May, 2008), p. 228.

³²⁸ “Todo argumento tem uma forma lógica (embora essa forma possa não estar clara no seu modo de apresentação não-formal”. Quer dizer: a forma lógica é algo que vem depois, para conformar uma proposição que não é ‘lógica’ em si mesma (BREWER, Scott. *Logocratic method and the analysis of arguments in evidence*, cit., p. 185 – tradução livre).

em concreto que se quer presumir, o movimento seria *dedutivo*, e não indutivo; por fim, por *associação lógica*, chegar-se-ia ao fato desconhecido.³²⁹ Diante disso, concluímos que a classificação das presunções no campo do discurso lógico e silogístico é uma questão de enquadramento.³³⁰ E assim, ficará claro quando tratarmos especificamente de provas diretas e indiretas, que a distinção não é entre a quantidade, mas sim entre a espécie de inferência necessária para se interpretar um fato diante de uma evidência. Poderemos detalhar, adiante, que encarar a presunção como um raciocínio mediado por “mais inferências” do que a prova direta é um equívoco. Isso, pois todo conjunto de proposições pode ser reduzido a uma série de silogismos, mais ou menos específicos, de acordo com o objetivo de quem faz a análise racional. A forma com que enquadrámos o raciocínio probatório – se dedutivo, se indutivo, se abdutivo – não nos traz respostas para o problema da interpretação da prova.

Precisamos nos questionar também se as conclusões a respeito de se tratar de um ou outro modo de raciocínio interferem no que vier a ser dito sobre as presunções. Do mesmo modo, é necessário saber quais as consequências positivas e negativas no tratamento das presunções como uma dedução, uma indução, uma analogia, ou outro tipo de raciocínio. Daí porque vale a pena discorrer a respeito destes temas.

2.3.1. Sócrates é mortal...

O raciocínio lógico, por excelência, expressa-se em termos dedutivos, através de um silogismo que envolve uma premissa maior, uma premissa menor, e uma conclusão. Aqui, não nos interessa diretamente o silogismo clássico para o direito, que enxerga na lei a premissa maior, e nos fatos, a menor;³³¹ em vez disso, focaremos apenas na possível representação do acerto dos fatos como um conjunto de silogismos e deduções.

E novamente o alerta é oportuno: nada impede que a argumentação jurídica respeite uma dinâmica de “se... então”, que facilmente é traduzida e depurada em deduções sucessivas. O que nos interessa é notar que a dedução é apenas a *tradução*, e não a mensagem. A compreensão e a interpretação não ocorrem necessariamente de forma lógica, e portanto a

³²⁹ “Tal vínculo lógico pode muito bem ser considerado verdadeira substituição do fato desconhecido pelo provável ou, num segundo sentido, enunciado associativo-conjuntivo (isto é, nada substitui, mas constrói cumulativamente). (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 244/245).

³³⁰ DEWEY, John. *Logical method and the law*, cit., p. 23.

³³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 213; BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 46;

linguagem não é ontologicamente racional. Ela pode, isso sim, ser enxergada através de lentes racionais, e aí são criados – *a posteriori* – os silogismos, aqui entendidos como quaisquer equações ou fórmulas lógicas pré-estabelecidas com o intuito de dar significado e ordenação a uma conclusão jurídica.³³²

O título do presente tópico é uma alusão ao que talvez seja o mais famoso dos silogismos dedutivos da história da filosofia. Da premissa geral “todos os homens são mortais” e da premissa menor “Sócrates é um homem”, pode-se deduzir: “Sócrates é mortal”. Trata-se de uma conclusão que, do ponto de vista lógico, é absolutamente *válida* – afinal a validade do silogismo é percebida pela relação legítima entre as proposições, e não pelo seu conteúdo. O controle da dedução é, em outras palavras, puramente formal.

A primeira coisa que precisa ser lembrada sobre o tema é a já sabida e bastante debatida *insuficiência* do controle dedutivo para a verificação do conteúdo das proposições observadas. A crença na dedução pura como método bastante de controle de um argumento é algo que ficou para trás com o declínio do positivismo normativista da metade do século XX.³³³ O principal motivo pelo qual essa limitação deve ser ressaltada é a percepção de que a visão ordenada do silogismo (premissa maior, premissa menor, conclusão) é apenas uma representação posterior de um raciocínio que é muito mais confuso e ilógico do que isso.³³⁴

³³² ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 85. O sentido original do termo silogismo, na Grécia, parece ser nada mais do que o raciocínio e a inferência informais e ordinárias, e no contexto do debate, esse significado inclui o raciocínio e a inferência informais retiradas de presunções prováveis. Mais em WALKER, Jeffrey. *Body of persuasion: a theory of the Enthymeme*. *College English*, Vol. 56, No. 1 (Jan., 1994), pp. 47.

³³³ “O axioma segundo o qual as decisões jurídicas podem ser deduzidas, em sua totalidade, do texto da norma, isto é, de estruturas linguísticas, aplicando a lógica formal, introduz de improviso hipóteses que, em seu caráter de fontes de erro incontornáveis, precisamente porque não admitidas, põem em dúvida não somente a almejada autossuficiência formalista do ideal positivista da aplicação jurídica, senão também a racionalidade e clareza metodológica da ciência do direito” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, cit., p. 19). O mesmo já se podia ver em: DEWEY, John. “Logical method and the law”, cit., p. 23.

³³⁴ “O silogismo final é somente o esquema lógico do juízo, que aparecerá mais ou menos explicitamente na motivação da sentença. A atividade do juiz é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são de simples dedução lógica” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 148 – tradução livre). Também: “A operação mental, como se desenvolve na mente de cada juiz, não pode nunca atravessar uma sucessão de fases nítidas e separadas, porque no pensamento vivo, que se rebela a toda a anatomia, estas sucedem-se e compenetraram-se de modo inconsciente e irregular” (MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961, p. 206).

O uso encorajado do raciocínio dedutivo deveu-se, muito, ao atingimento do ideal de objetividade e certeza típicos do ensino jurídico do século XIX.³³⁵ E, de fato, a doutrina reproduziu essa necessidade de uma argumentação “neutra”. Veja-se:

O raciocínio é um juízo deduzido de dois outros juízos; cada um destes juízos é expresso por meio de uma proposição: maior, menor e conclusão [...] Vê-se daqui que a natureza do raciocínio é determinada pelo juízo contido na maior, porquanto, de um lado, a conclusão se acha contida naquele mesmo juízo, e do outro, a menor só serve para declarar essa continência.³³⁶

Com isso, o autor nos diz que é a premissa *maior* quem determina o conteúdo e a natureza do pensamento. Para o tema desta tese, tal premissa seriam os conceitos universalizantes e abstratos que compõem as *regras de experiência*.³³⁷ Em outras palavras, as máximas de experiência não só contribuiriam, mas determinariam o conteúdo da conclusão sobre um caso concreto. É exatamente aí, nesse ponto, que combateremos a utilidade do controle racional do juízo probatório, uma vez que os conceitos (as máximas) com pretensão de totalidade não podem ter o poder de determinar o conteúdo da realidade.

A hipótese que devemos trabalhar aqui, especificamente a respeito do direito probatório, é a de que o raciocínio ocorre de trás para frente: o juiz começa a interpretação com uma conclusão vagamente formada, e busca premissas que deem suporte a ela. Diante disso, é possível descartar o silogismo como uma espécie de raciocínio humano.³³⁸

Não obstante, é comum que textos mais modernos ainda prevejam o raciocínio presuntivo probatório como algo *regido* pela lógica,³³⁹ quando em realidade a lógica entra posteriormente para conformar um raciocínio que não necessariamente é racional. O motivo desse destaque na presente tese é lembrar que mesmo em uma série de deduções aparentemente válidas e completas, há premissas veladas que são absolutamente necessárias para o

³³⁵ Uma boa visão da ideologia que se mascara por trás da suposta neutralidade está em: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2013, p. 99; KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 222 e ss.

³³⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 183.

³³⁷ Sobre as regras da experiência serem premissas maiores de uma dedução: BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 252.

³³⁸ CLERMONT, Kevin M. Standards of decision in law. Durham: *Carolina Academic Press*, 2013, p. 125. Falando das abordagens psicológicas sobre o processo decisório, o autor diz que as teorias reconhecem que seres humanos não usam técnicas racionais de forma natural; fazem uso, isso sim, de técnicas menos precisas e quase “intuitivas. Isso não significa que devamos confiar nos instintos, jamais. Mas, por outro lado, nos mostra que mascarar o movimento cognitivo sob a cortina do racional não auxilia a explicar a compreensão.

³³⁹ “No raciocínio lógico presuntivo, a premissa menor é constituída pelas proposições factuais que afirmam os factos-base de inferência, a premissa maior pela regra de experiência, e a conclusão pela proposição factual que afirma a verificação do facto presumido, no caso, do estado subjectivo. [...] A regra de experiência liga as duas premissas enquanto regra lógica que rege o raciocínio presuntivo” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjectivos no processo civil*, cit., p. 107).

entendimento e a atribuição de significado a uma proposição. Silogismos que contêm premissas implícitas, como veremos agora, são chamados *entimemas*, e são largamente utilizados no raciocínio probatório.

2.3.1.1. Entimemas como silogismos incompletos

Um *entimema* é um silogismo onde uma ou mais de uma das premissas está oculta, e não obstante pode ser compreendido. Para nos mantermos no exemplo do título deste tópico, diríamos: “Sócrates é mortal, pois é homem”. Omissa e implícita está a afirmação de que “todos os homens são mortais”, algo que um espectador razoável saberá ser verdade sem questionar. Podemos também, com mais detalhe, conceituar entimemas como “todo argumento, válido ou inválido, dedutivo ou não dedutivo, cuja forma lógica não é diretamente extraível da sua maneira original de apresentação”.³⁴⁰ Falamos aqui de todo enunciado argumentativo que não tem a forma de um silogismo, embora dele possam ser extraídas fórmulas silogísticas.

O tema torna-se mais nebuloso à medida que as proposições analisadas são mais complexas. Dizem os estudiosos de entimemas que a supressão de uma premissa *logicamente inegável* não afasta a validade de uma dedução. É o exemplo acima, sobre a mortalidade do homem, que de tão “óbvia” não é parte necessariamente explícita de um enunciado. Assim, pode-se exigir de um entimemas válido que: a) seja nítido e fora de questionamento qual é a premissa suprimida; e b) que a premissa suprimida seja, obviamente, verdadeira ou plausível.³⁴¹

A questão surge, claro, na dificuldade de ser traçada uma linha que divide quais são as premissas “inegáveis”, e quais estão sujeitas a debate.³⁴² Estamos, talvez, nos aproximando do campo do *conhecimento geral*, ou da *experiência*, ou ainda daquilo que *ordinariamente acontece* (art. 375, do CPC), expressões que são de grande importância para a presente tese. Um entimema, para ser aceito, deve contar com o conhecimento geral, pelos sujeitos envolvidos, das premissas faltantes.³⁴³ Perceba-se que, aqui, saímos do campo da lógica e nos

³⁴⁰ BREWER, Scott. *Traversing Holmes's Path toward a jurisprudence of logical form*, cit., p. 106.

³⁴¹ ANDERSON, Alan R; BELNAP, Nuel D. Enthymemes. *The Journal of Philosophy*, Vol. 58, (Nov. 9, 1961), p. 719.

³⁴² ANDERSON, Alan R; BELNAP, Nuel D. *Enthymemes*, cit., p. 717.

³⁴³ “É claro que um argumento só pode ser entimemático quando se pode esperar, da audiência, o conhecimento das premissas ocultas. Para homens de conhecimento médio, o argumento entimemático ‘há fumaça; logo, há fogo’ faz todo o sentido, pois a generalização ‘quando há fumaça, usualmente há fogo’ é amplamente conhecida” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 55).

apoiamos necessariamente em aspectos menos certos e menos precisos da compreensão humana. Afinal, o que é o conhecimento razoável? Quem é o *homem médio*?

É frequentíssimo que argumentos jurídicos utilizados tanto pelas partes quanto pelo julgador, ao serem traduzidos em silogismos, revelem entimemas em vez de deduções completas. Aliás, é arguível que toda prova opere em uma dinâmica entimemática, já que para a correta compreensão do quê um elemento probatório evidencia, é necessário recorrer a uma generalização prévia (a premissa maior do silogismo) a fim de completar o raciocínio.³⁴⁴ E se isso é verdade em relação às provas, ainda mais o é em relação às presunções, que essencialmente são métodos de ter por provado um fato admitidamente desconhecido. A falta de certeza a respeito do fato presumido exige uma generalização de que, em casos similares, a mesma relação de causalidade envolvendo o fato conhecido levou à conclusão a respeito daquilo que se quer presumir.³⁴⁵

A respeito do tema da presente tese, temos de concluir que “nem sempre as regras de experiência que o juiz aplicou serão mencionadas expressamente na motivação”.³⁴⁶ São justamente as premissas assumidas como *evidentes* que por vezes ficam de fora, implícitas em um raciocínio. E o juízo sobre essa “triagem” daquilo que consta do discurso e aquilo que não é dito, baseado nessa evidência, esconde perigos sistêmicos e de legitimidade do argumento. De forma geral, o argumentador corre sempre o risco de não ser compreendido ou de utilizar-se de um argumento cujas premissas gerais implícitas não são de conhecimento geral. Mais, o jurista hábil pode valer-se de falsas relações entre premissas e conclusões, ocultando premissas essenciais em um determinado enunciado. Os discursos entimemáticos – e é possível dizer que todo discurso o é – facilitam o abuso dos enunciados, como costumeiramente se vê em relação aos precedentes judiciais no Brasil. O mesmo vale aqui para as situações fáticas que levam à criação de regras da experiência (como veremos em tópico específico): reduzir a facticidade a

³⁴⁴ “Uma teoria ou um modelo incluem sempre a priori de que os cientistas não têm consciência. Algumas vezes, estes a priori não são perigosos ou são mesmo benéficos. Assim, todos os teóricos utilizam palavras para dar forma à sua teoria. Ao fazê-lo, introduzem um certo número de enunciados, provavelmente inofensivos e metaconscientes [...]. Mas podem também, sem querer, introduzir nela proposições implícitas, que nem mesmo eles próprios nem os seus leitores perceberão imediatamente, e que os levarão a deduzir da teoria enunciados que não podem, na realidade, ser deduzidos dela. Vê-los-ão, contudo, como consequências autênticas da sua teoria, uma vez que, de boa fé, admitirão como estabelecido que clarificaram todas as hipóteses e condições que a tornam válida” (BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 104).

³⁴⁵ Da opinião de que presunções são entimemas: HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 110.

³⁴⁶ CREDIDIO, Georgius Luís Argentini Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*, cit., p. 113

uma regra descritiva de conduta requer cuidado para que do enunciado não se extraiam outras regras, alargadas, que desfiguram a historicidade da própria experiência. O resultado disso é a autorização ilegítima de presunções, foco do presente trabalho.

2.3.2. ...Logo, todos os corvos são pretos

Ao contrário do que ocorre com a dedução, na indução uma regra geral é pressuposta a partir de uma, ou várias, situações particulares e individualizadas. E também ao contrário da dedução, em que teoricamente premissas válidas geram um resultado sempre válido, no raciocínio indutivo *toda conclusão é provisória* e pode ser desdita por informações novas que sejam acrescentadas à análise.³⁴⁷

O exemplo clássico de indução enumerativa é a generalização “todos os corvos são pretos”, feita a partir da observação individualizada: “o corvo n. 1 é preto; o corvo n. 2 é preto; o corvo n. 3 é preto”, e assim por diante. Quer dizer, a regra geral precisa ser compreendida como uma conclusão que só se sustenta pelo fato de não ter sido observado, na natureza, um corvo de cor diferente. Diante do caráter admitidamente incerto (ainda que plausível) da generalização indutiva, não é demais concluir que mesmo que as premissas sejam verdadeiras e pareçam apoiar a conclusão, esta pode revelar-se falsa.³⁴⁸

Pode-se resumir o processo racional indutivo em quatro estágios: observação; classificação; generalização; e previsão.³⁴⁹ Cada um desses estágios é, à sua maneira, central para a presente tese. A classificação depende de quais são as características exaltadas, e quais ignoradas – por exemplo, a cor do corvo, e não seus hábitos alimentares. A previsão, em particular, precisará ser capturada e analisada com mais detalhe, pois é ela que determinará, em um caso concreto, a aplicabilidade de uma presunção.

³⁴⁷ FOGELIN, Lars. Inference to the Best Explanation: A Common and Effective Form of Archaeological Reasoning, cit., p. 607.

³⁴⁸ Uma boa análise da questão, dando ênfase à relação com as presunções, está em: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 63. A doutrina mais antiga tende a enxergar a questão diferentemente, depositando uma confiança exagerada nas induções das ciências naturais: “A inferência indiciária, se fosse uma verdadeira indução, seria sempre certa, como o é toda indução. Entretanto, a inferência indiciária só é certa excepcionalmente, quando se apoia em uma lei geral e constante, isto é, quando deixa de ser uma inferência analógica para se converter em uma dedução rigorosa.” (DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 93).

³⁴⁹ FETZER, James H. Propensities and Frequencies: Inference to the Best Explanation. *Synthese*, Vol. 132, No. 1/2 (Jul. - Aug., 2002), p. 29.

No campo das ciências naturais, tende-se a dar mais legitimidade à conclusão indutiva que decorre de certos critérios objetivos, como: o grau de aceitação das premissas; o grau de garantia que estas conferem à conclusão; o tamanho da amostra; e a representatividade da amostra. Uma indução “ruim” é aquela que apresenta problemas quantitativos e qualitativos do juízo de probabilidade da ocorrência de um determinado fato, tendo por base a generalização fundada em enunciados singulares.³⁵⁰

Na ciência, eventos totalmente desconexos como a queda de uma maçã, o movimento orbital dos planetas, e o avanço das marés, se integram e se unificam como manifestações de uma lei geral. O que interessa é a captura de uma característica específica em comum, de acordo com uma finalidade – no caso, explicar a lei geral da gravidade newtoniana – também específica.³⁵¹ Dentro do terreno da indução jurídica, e especificamente sobre as presunções, resta então responder à pergunta: qual é o fundamento dessa inferência do conhecido para o desconhecido, que cria conhecimento? Afinal, o que é que nos permite reunir experiências isoladas e explicá-las por uma regra geral que cubra todos os casos examinados e possibilite prever detalhes sobre um caso futuro semelhante?³⁵²

Aí, o que nos interessa na presente tese: para que se possa falar em raciocínio indutivo, é preciso pressupor a *confiança na regularidade* dos eventos observados e projetados,³⁵³ em um suposto princípio do “mais do mesmo”.³⁵⁴

É neste ponto que o tema da indução se aproxima do que queremos dizer a respeito das presunções judiciais. No campo probatório, os exemplos particulares/individuais que darão suporte à regra geral indutiva raramente são elencados e especificados. São, pelo contrário, fruto da *experiência*, em um uso bastante solto e livre da expressão. A presunção de que “a testemunha que, ao ser indagada durante o depoimento, se volta e olha para o advogado da parte

³⁵⁰ BACON, Francis. *Novum Organum*, book I, n. 104, disponível em <https://www.gutenberg.org/files/45988/45988-h/45988-h.htm>, acesso em 10/05/2018.

³⁵¹ CORREA, Rodrigo Coloma; SAN JUNA, Claudio Agüero. Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba, cit., p. 686.

³⁵² HUNTER, Dan. No Wilderness of Single Instances: Inductive Inference in Law. *Journal of Legal Education*, Vol. 48, No. 3 (September 1998), p. 369.

³⁵³ “Há um princípio implícito em todo conceito do que é indução; uma presunção sobre o curso da natureza e a ordem do universo: isto é, que na natureza há certos casos paralelos; que o que ocorre uma vez irá, em um grau de similaridade de circunstâncias suficiente, ocorrer novamente, e não apenas novamente, mas com a mesma frequência em que ocorrerem as circunstâncias”. MILL, John Stewart. *A system of logic, ratiocinative and inductive*, 9ª ed. Londres: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1875, Chapter III, §1 – tradução livre. Igualmente: FOGELIN, Lars. *Inference to the Best Explanation: A Common and Effective Form of Archaeological Reasoning*, cit., p. 606. Mais em: NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*, cit., p. 81.

³⁵⁴ LIPTON, Peter. *Inference to the Best Explanation*. London: Routledge, 2004, p. 9.

que a arrolou procurando orientação, possivelmente foi instruída a depor”³⁵⁵ é uma conclusão sem o suporte científico ou probabilístico de um número determinado e certo de casos concretos.³⁵⁶ É, em vez disso, uma generalização decorrente da experiência geral de que *costumeiramente*, quem se comporta de tal maneira pode ter comparecido em juízo para repetir o que lhe ordenou o advogado. Essa dinâmica está, como poderemos notar, presente na quase totalidade dos casos de presunção judicial.

Como vimos no início deste capítulo, o principal ponto fraco do critério “experiência” como criador idôneo de conhecimento é a sua natural tendência a planificar o passado, transformando situações únicas em um todo homogêneo, exaltando as semelhanças e negando as diferenças.³⁵⁷ E neste ponto reside a limitação mais clara da indução, que é a impossibilidade de que a experiência sobre hipóteses passadas determine, por si só, o desfecho de um caso concreto. O seguinte trecho vale transcrição:

Indução existe até o ponto em que um jurista deriva regras gerais ou princípios de casos precedentes. Essas regras gerais darão os contornos do que é o direito do caso, mas não podem determinar o desfecho do caso. [...] Não podemos usar indução para definir como um determinado caso deve ser decidido. Isto é muito diferente de buscar derivar, indutivamente, uma regra de um caso e usar esta regra com força autoritária para uma decisão particular. Essa espécie de derivação indutiva é falha.³⁵⁸

Pela passagem acima já podemos concluir algo importante para esta tese: sem uma fundamentação bastante específica para o caso concreto, não há como garantir que uma regra de experiência (uma generalização indutiva) possa ser utilizada como base para presumir a existência ou o modo de ser de um fato desconhecido e não provado.³⁵⁹ A somatória de experiências passadas, frouxamente acumuladas em uma regra geral (um *conceito* como veremos no próximo tópico), não nos entrega informação alguma sobre o caso concreto que não faz parte da amostragem para a criação da regra de experiência. Já Kelsen, sobre isso, nos alerta exatamente que “como predição do futuro, uma lei natural é apenas aplicável sob o problemático pressuposto de que o passado se repete no futuro”.³⁶⁰

³⁵⁵ CREDIDIO, Georgius Luís Argenti Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*. São Paulo: LTr, 2012, pp. 112/113.

³⁵⁶ Existe uma crença generalizada de que as amostras que servem ao raciocínio indutivo sejam neutras e completas, mas a total falta de informações estatísticas a respeito desmente de pronto essa hipótese. Sobre o tema, ver: FETZER, James H. *Propensities and Frequencies: Inference to the Best Explanation*, cit. p. 32.

³⁵⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 126.

³⁵⁸ HUNTER, Dan. *No Wilderness of Single Instances: Inductive Inference in Law*, cit., p. 377 – tradução livre.

³⁵⁹ Sobre generalizações servirem de premissa para que determinadas hipóteses sejam provadas (BINDER, David; BERGMAN, Paul. *Fact investigation*. St. Paul: West, 1984, p. 85); DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 332.

³⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 135.

Para retomar o conhecido exemplo dos corvos, vale questionar quantos corvos pretos observados foram necessários para que a generalização “todos os corvos são pretos” fosse feita com relativa segurança. E assim igualmente, em relação a outros fenômenos observados e sistematizados, seja na natureza, seja no direito.

Por fim, note-se que aí reside uma distinção crucial entre as induções próprias das ciências da natureza e aquelas feitas no Direito. Frequentemente o cientista, quando analisa um objeto qualquer, inclui suas características na formação da regra geral indutiva, para então concluir (dedutivamente) algo a seu respeito. Em outras palavras, a hipótese investigada é testada pela regra geral. Na indução jurídica, muito pelo contrário, a formação da regra de experiência serve puramente como um guia para *prever* (em um sentido bastante largo e não específico) uma possível solução para o caso concreto.³⁶¹ Quer dizer: para o cientista, o caso examinado é parte da regra formada; para o juiz, a regra serve para auxiliar na boa decisão sobre o caso, que é externo a ela. A boa indução, na ciência, incorpora o caso à regra simultaneamente à sua análise, algo que é virtualmente impossível no campo da presunção judicial, já que a própria indução é utilizada como justificativa para a tomada da decisão no caso concreto.

Por esse motivo temos que uma indução, via de regra, não deve nos dar conclusões *válidas* ou *inválidas* (como a dedução), mas sim mais ou menos adequadas diante dos critérios de legitimidade escolhidos. É da essência da indução a sua não universalidade.³⁶²

2.3.3. Abdução, ou inferência para a melhor explicação

Expandindo os contornos do raciocínio lógico tradicional, podemos falar naquilo que Aristóteles, e com mais detalhes o matemático Charles S. Peirce, denominaram *abdução*, que corresponde basicamente ao elenco de hipóteses plausíveis para a explicação de um determinado fenômeno, e a eleição da hipótese mais adequada, diante de critérios objetivos de finalidade.³⁶³ Para Peirce, a hipótese escolhida é, posteriormente, testada através de uma

³⁶¹ Essa distinção é apontada e bem desenvolvida em: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4th ed. Oxford, 1991, p. 191.

³⁶² “A pretensão indutiva é generalizar em face de uma constância do que ocorre. Generalizando, o exegeta não fecha a possibilidade de exceção. O geral nunca é exaustivo de um universo de objetos, razão pela qual, em sentido lógico, é incompleto. Logo, a indução não tem validade universal” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 177). Quer dizer, enquanto se pretender universal, a indução não pode ser aceita como legítima.

³⁶³ Os passos lógicos da abdução são: a) o surgimento da dúvida; b) a formulação de hipóteses; c) a eleição da mais adequada; e d) o teste de adequação da hipótese escolhida (BREWER, Scott. *Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*, cit., pp. 947/948). Ou ainda:

indução – uma generalização/abstração da hipótese, a fim de conferir se ela de forma genérica também dá conta de explicar o fenômeno observado –, como forma de evitar conclusões *ad hoc*.³⁶⁴

No campo da filosofia e da ciência, a abdução é de absoluta importância. Podemos citar como exemplo clássico desse método de raciocínio as conclusões a que chegou Charles Darwin, na obra “A Origem das Espécies”, pela observação da natureza e dos animais, que levou à criação da hoje majoritariamente aceita teoria da evolução. E de certa forma, é fácil perceber como o raciocínio humano e em especial o jurídico é rapidamente traduzível em termos abdutivos. Assim também as presunções, já que o que está em jogo é *supor* aquilo que servirá como justificativa para um fato de cuja existência ou modo de ser não se tem conhecimento.³⁶⁵

Há alguns pontos de enfrentamento necessário a respeito da abdução ou, como posteriormente tornou-se conhecido, o método da *inferência para a melhor explicação* (*inference to the best explanation*).³⁶⁶ O primeiro deles, que para a filosofia da ciência ainda é uma questão difícil, é a delimitação da escolha de quais são as hipóteses concorrentes em um determinado contexto concreto. É imprescindível que se possa definir qual o grau de relevância ou de plausibilidade para que uma hipótese explicativa seja considerada suficiente para figurar entre o elenco das que serão analisadas. Isso, pois teoricamente é sempre possível imaginar outras explicações, mesmo fantasiosas e pouco críveis, para qualquer fenômeno que se queira interpretar.

De nossa parte e para a presente tese, o problema parece de resolução mais simples, uma vez que o julgador terá diante de si as versões de fato das partes a respeito de pontos *controvertidos* que são objeto de prova. Será detalhado adiante que não é dado ao juiz decidir solitariamente, criando ele mesmo uma versão fática ou uma hipótese, sem que as partes possam

perplexidade; especulação; adaptação; explicação (FETZER, James H. *Propensities and Frequencies: Inference to the Best Explanation*, cit., p. 40).

³⁶⁴ AMAYA, Amalia. *Reasoning about facts in law: essays in coherence, evidence, and proof*. Tese de doutoramento apresentada à Harvard Law School, sob orientação do prof. Frederick Schauer, em maio/2007, p. 198.

³⁶⁵ “No processo de abdução nós começamos com uma ocorrência ou evento particular, normalmente único ou inesperado; a partir daí nós damos um salto imaginativo para pensar em alguma teoria explicativa, que justifique o evento. Esse salto não é uma indução a partir dos exemplos, tampouco uma dedução de uma regra geral, mas sim uma hipótese explanatória do porquê a situação ocorreu” (MINGERS, J. *Abduction: the missing link between deduction and induction. A comment on Ormerod's 'rational inference: deductive, inductive and probabilistic thinking'*. *The Journal of the Operational Research Society*, Vol. 63, No. 6 (JUNE 2012), p. 860 – tradução livre).

³⁶⁶ A criação do termo é frequente atribuída ao seguinte texto: HARMAN, Gilbert. *The Inference to the Best Explanation*. *Philosophical Review*, n. 74 (1965), p. 88-95.

contribuir para o debate (art. 10, do CPC).³⁶⁷ O julgador não pode – é o que defendemos neste trabalho – sugerir hipóteses sem que as partes as tenham oferecido. Assim, uma presunção judicial pode fundamentar-se apenas no que for levado ao processo pelos litigantes. Os fatos notórios, por exclusão legal, sequer são objeto de prova, de modo que não devem ser incluídos neste momento em particular. Assim, as regras de experiência devem servir para provar fatos que as partes querem ver provados, tão somente. A delimitação das hipóteses possíveis é dada pelo princípio da demanda (art. 2, do CPC).³⁶⁸

Ultrapassado esse ponto, o passo óbvio é identificar quais os possíveis critérios para a eleição da melhor dentre as hipóteses imaginadas/elencadas. A ideia original de Peirce é de que a hipótese “mais econômica” – mais simples, que dê conta de justificar o maior campo de explicações – seria sempre preferível, algo que tem sido alvo de severas críticas.³⁶⁹ Parece bastante claro que nem sempre a opção que apresente o maior custo benefício seja mais adequada.

De toda forma, é praticamente impossível que o tema da escolha entre hipóteses seja desenvolvido sem que argumentos de ordem moral e política sejam evidenciados. Ou, por outro lado, sem que caiamos na negação valorativa típica dos positivistas normativos,³⁷⁰ como é o caso de Hans Kelsen.³⁷¹ Em outras palavras, se de um lado critérios pretensamente objetivos pré-determinados podem facilmente esconder opções ideológicas (às vezes justificáveis, como, por exemplo, a determinação de que a hipótese mais benéfica ao consumidor deve ter prevalência em casos de aplicação do CDC), o total relativismo valorativo deixará o intérprete sem qualquer tipo de guia para a escolha da hipótese mais adequada diante das imaginadas para o caso. Por sua vez, Peirce, ao falar de abdução e sobre o problema de como identificamos boas

³⁶⁷ Tratando exatamente dessa questão, no direito norteamericano: PARDO, Michael; ALLEN, Ronald. *Juridical proof and the best explanation*, cit., p. 235.

³⁶⁸ “Ao juiz não se põem dúvidas; formulam-se pedidos. O demandante terá de apresentar um projecto de solução em seu favor, que se consubstancia na pretensão substantiva. [...] A parte contrária opõe a alegação inversão, ou não opõe. [...] Ora o juiz só pode decidir por uma das hipóteses de solução relevantes – não livremente. A fixação da matéria a decidir é a fixação de possibilidades de opção” (MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*, cit., p. 126).

³⁶⁹ BROWN, W. M. The economy of Peirce’s abduction. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 19. Bloomington: Indiana University Press, 1983, pp. 397/411.

³⁷⁰ “Uma consequência do positivismo é, portanto, o relativismo em relação aos valores: isso não significa indiferença diante dos valores, mas apenas impossibilidade de demonstrar cientificamente que é “bom” o valor com que nos identificamos, ou que é “mau” o valor de nossos adversários” (LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura do direito*, v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 29/30).

³⁷¹ “Kelsen não ignora as outras possíveis explicações da origem da validade jurídica: ele deseja ignorá-las” (LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura do direito*, v 2, cit., p. 74).

hipóteses, apoia-se num suposto instinto (*hunch*),³⁷² o que pela nítida propensão ao subjetivismo também não parece adequado.

Autores mais modernos tratam do tema do ponto de vista do coerentismo e da narratividade – ou seja, não necessariamente apegados à ideia de que um argumento é uma proposição lógica. Amalia Amaya, em monografia recente sobre a inferência para a melhor explicação, defende que o termo deve ser lido como “inferência para a teoria mais coerente sobre o caso”.³⁷³ Seleccionadas as hipóteses que devem “concorrer” para a valoração e escolha da mais adequada, deve ser respeitada uma criteriologia de seleção, que segundo a autora inclui os seguintes testes de coerência: a) Simetria, em detrimento de probabilidade condicional; b) Explanação – hipóteses que explicam outras e por estas são explicadas são coerentes; c) Analogia – hipóteses fáticas similares que explicam-se por provas similares são coerentes entre si; d) Contraditoriedade – hipóteses contraditórias são incoerentes; e) Competição – se duas hipóteses explicam um mesmo enunciado, mas não são conectadas entre si, então não são coerentes; f) Aceitabilidade – a aceitação de uma hipótese depende da coerência dela com as proposições a que faz referência.³⁷⁴

Na conclusão do presente trabalho poderemos ver, com base no que é estabelecido aqui, que a “competição” entre hipóteses deve constar da fundamentação da decisão. Os motivos que fazem uma versão de fato sobre um fato presumido ser mais coerente que outras devem ser descritos com detalhe. E as razões pelas quais as demais hipóteses são “perdedoras” no jogo da coerência também precisam ser destacadas. E, como já foi estabelecido aqui, não há método *ante casum*; cada standard deve ser analisado em conjunto com os demais, e justificado diante do caso concreto.³⁷⁵

O próximo ponto delicado da inferência para a melhor explicação é a ideia, presente nas versões primitivas da teoria, de que a escolha da *melhor* entre as hipóteses possíveis para a justificação de uma proposição revelaria a *verdade* sobre essa proposição. À parte de considerar que Peirce escreve a respeito da abdução tendo em vista observações científicas e matemáticas, a conclusão a respeito da veracidade da melhor hipótese é frequentemente contestada,³⁷⁶ mas

³⁷² PEIRCE, Charles Sanders. *Collected Papers*. Cambridge: Charles Hartshorne & Paul Weiss, 1960, 414/415.

³⁷³ AMAYA, Amalia. *Reasoning about facts in law: essays in coherence, evidence, and proof*, cit., p. 204 e ss.

³⁷⁴ AMAYA, Amalia. *Reasoning about facts in law: essays in coherence, evidence, and proof*, cit., p. 220/221.

³⁷⁵ PARDO, Michael; ALLEN, Ronald. Juridical proof and the best explanation, cit., p. 230.

³⁷⁶ HUNTER, Dan. No Wilderness of Single Instances: Inductive Inference in Law, cit., p. 388.

permanece em debate dentre os estudiosos do tema.³⁷⁷ No próximo capítulo deste trabalho, o tema da verdade será enfrentado com mais detalhes. Cabe aqui dizer, para o que interessa por enquanto, que em relação à abdução partiremos da premissa de que a simples escolha entre hipóteses disponíveis não garante, por si só, o atingimento de um conhecimento *indisputável*, imune a críticas e inclusive livre de se rebatido por uma nova hipótese, que possa surgir no futuro.³⁷⁸

É inclusive central à teoria de Peirce que a validade de uma hipótese abductiva seja conferida por sua capacidade de explicar o passado, e apenas teoricamente auxiliar a previsão de eventos futuros.³⁷⁹ Dessa forma, assim como entre a indução científica e a jurídica existem diferenças na maneira do uso do raciocínio, na abdução é necessário fazer algumas adaptações.

A primeira razão que afasta a tese de que a abdução leva à verdade é o que os norte-americanos denominam problema do “*best of a bad lot*” (algo como “o melhor dentre as opções ruins”).³⁸⁰ Em termos resumidos: como poderemos saber se as hipóteses consideradas são apenas mediocrementemente adequadas, se ao momento são as que nos aparentam disponíveis? A escolha da melhor entre as versões de fato, quando a “verdadeira” versão não for sequer imaginada, é uma situação possível e frequente, na qual o julgador não saberá não ter diante de si a hipótese “mais adequada”.

A questão parece girar em torno do conceito de “melhor”, na expressão inferência para a melhor explicação. As tentativas de contornar a definição esbarram sempre em uma conclusão que, do ponto de vista do racionalismo, aparenta quase que derrotista: melhor será aquela que cumprir requisitos mínimos aptos a considerá-la “satisfatória”.³⁸¹ E assim admitimos que a solução para um caso judicial é, também, a melhor dentre as soluções que estão disponíveis no momento da tomada da decisão.

³⁷⁷ É o caso do seguinte artigo, que discute exatamente essa questão: GLASS, David H. Inference to the best explanation: does it track truth? *Synthese*, Vol. 185, No. 3, (April 2012), pp. 411-427. O autor levanta a seguinte questão, que parece bastante relevante: “Há alguma razão para acreditar que a melhor explicação possivelmente seja verdadeira? [...] Se a IME é aceita como um modo racional de inferência, deve haver ao menos alguma razão para acreditar que ela provê uma boa estratégia de determinação da verdade” (p. 412 – tradução livre).

³⁷⁸ Ainda que no caso da decisão judicial a força da coisa julgada (art. 502 do CPC) impeça a rediscussão do caso.

³⁷⁹ HUNTER, Dan. *No Wilderness of Single Instances: Inductive Inference in Law*, cit., p. 390.

³⁸⁰ Essa objeção pode ser atribuída ao filósofo holandês Bas Van Fraassen, na obra: VAN FRAASSEN, Bas. *The scientific image*. Oxford: Oxford University Press, 1980. No texto, Van Fraassen critica de modo geral o caráter ampliativo do raciocínio inferencial e indutivo, e apresenta uma série de problemas decorrentes da crença de que a abdução revelaria conhecimento novo e indisputável.

³⁸¹ BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy, cit., p. 948/949; HARMAN, Gilbert H. The inference to the best explanation, cit., p. 89.

A crítica à abdução, baseada no fato de que não há jamais garantias de que as premissas (hipóteses) selecionadas incluem a que de fato é a melhor possível parece proceder, mas não ser de grande força, se adotarmos a ideia de que o conhecimento absolutamente verdadeiro não é (=não deve ser) o objetivo primordial da abdução. O que importa para a abdução, do ponto de vista da coerência narrativa, é que as formulações de fato a respeito de uma presunção tenham sido consideradas, de acordo com o material disponível nos autos e especialmente aquele oferecido pelas partes.

O problema do “*best of a bad lot*” parece insolúvel, a não ser que admitamos uma limitação natural ao descobrimento da verdade. Algumas tentativas de “salvar” a teoria da abdução tocaram profundamente na questão,³⁸² mas a mais convincente resolução do impasse parece ser mesmo concluir que a hipótese tida por melhor é aquela que mais se aproxima de uma explicação ideal, ainda que não verdadeira no sentido absoluto. Do contrário, não escaparemos da infinitude de *outros possíveis* argumentos ou hipóteses explanatórias. Há, inclusive, argumentos suficientemente fortes que negam totalmente a importância dessa questão ao atribuir ao problema do “*best of a bad lot*” apenas uma má compreensão dos propósitos limitados da abdução, que jamais chegará à verdade absoluta.³⁸³

De toda forma, devemos desacreditar nas vertentes radicais da inferência para a melhor explicação, que consideram a validade da abdução apenas se a hipótese verdadeira estiver dentre as analisadas.³⁸⁴ O motivo, por óbvio, é que – como veremos no próximo capítulo deste trabalho – nunca saberemos quando chegamos, definitivamente, a um conhecimento verdadeiro.³⁸⁵ Por essa razão, para esta tese a abdução jurídica envolve um abandono do conceito de verdade como até então a ciência advogava para si. Implica admitir que tudo o que podemos fazer é determinar qual a melhor explicação dentre as imaginadas. É um processo de autoconsciência da nossa limitação avaliativa.

Por fim, e para que no último capítulo desta tese possamos concluir a respeito da fundamentação das decisões que utilizam presunções, é preciso deixar claro que as hipóteses não escolhidas devem ser, todas e cada uma, objeto de análise em uma abdução legítima. Cabe

³⁸² AMAYA, Amalia. *Reasoning about facts in law: essays in coherence, evidence, and proof*, cit., pp. 105/106.

³⁸³ É o caso do seguinte texto: SCHUPBACH, Jonah. *Is the Bad Lot Objection Just Misguided?* Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10670-013-9433-8>, acesso em 11.05.2018.

³⁸⁴ DOUVEN, Igor. Inference to the Best Explanation. *Synthese*, Vol. 130, No. 3 (Mar., 2002), pp. 357.

³⁸⁵ MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of proof. *California Law Review*, Vol. 32, No. 3 (Sep., 1944), pp. 246.

ao julgador explicar qual o motivo da rejeição das versões de fato que não parecem plausíveis, e aí sim evidenciar justificadamente qual a hipótese mais adequada para explicar um fato desconhecido. Só assim se garante que todas as proposições relevantes foram devidamente analisadas.³⁸⁶

2.3.4. Aplicando os conceitos racionais – a analogia e a igualação de situações iguais

Dedução, indução e abdução são passos racionais que, como vimos, intercalam-se e por vezes se intercambiam. Uma generalização indutiva depende de deduções, e uma inferência para a melhor explicação (uma abdução, portanto) é composta de uma série de induções e deduções sucessivas. Para finalizar este capítulo a respeito do pensamento lógico a respeito das presunções, precisamos lançar um primeiro olhar sobre a *analogia*, como método de igualação e desigualação que utiliza todos os silogismos descritos no tópico acima. Mais proximamente ao fim deste trabalho, o tema será retomado para falar especificamente de como o pensamento analógico auxilia a formação e aplicação das regras da experiência.³⁸⁷

Analogia pode ser descrita pelo processo de comparar dois ou mais objetos e, pelo fato de eles compartilharem um determinado número de características comuns, presumir que outra característica, não observada, também será idêntica.³⁸⁸ O primeiro passo do juízo analógico é a identificação de similaridades entre o que está sendo observado,³⁸⁹ e a determinação de qual a semelhança suficiente para permitir a comparação.³⁹⁰ A partir das similaridades, quem aplica a analogia pode concluir se o resultado atingido nos casos anteriores deve também ser atingido no presente caso.

Argumentos analógicos são frequentemente estudados para determinar a eficácia material dos precedentes, mas raras são as vezes em que o processo de generalização em si

³⁸⁶ FETZER, James H. *Propensities and Frequencies: Inference to the Best Explanation*, cit., p. 41.

³⁸⁷ À regra de experiência se chega por um “processo indutivo que parte da observação de casos particulares análogos” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 2, cit., p. 698 – tradução livre). Também sobre a analogia ser a forma de trabalho com provas indiciárias: DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 327/328.

³⁸⁸ “Analogia é simplesmente uma comparação, e o argumento por analogia é um argumento por comparação. Um argumento por analogia inicia com a comparação entre duas coisas, X e Y. Procede então para afirmar que essas duas coisas são semelhantes em determinados aspectos (A, B, C), e concluir que portanto elas também são similares em outro aspecto (D), que não foi objeto de análise quanto à similaridade” (HOSPERS, John. *An introduction to philosophical analysis*, 4ª ed. Boston: Pearson, 1996, p. 476 – tradução livre).

³⁸⁹ CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921, p. 31/34; SCHAUER, Fredrick; SPELLMAN, Barbara. *Analogy, Expertise, and Experience*. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 84, No. 1 (Winter 2017), p. 251;

³⁹⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 176.

(para que no futuro sejam possíveis movimentos de analogia) é analisado com mais detalhe.³⁹¹ Esse problema, identificado pela doutrina do *common law*, atinge diretamente as presunções judiciais, já que as máximas da experiência não são mais do que generalizações criadas a partir de raciocínios analógicos.

Começemos lembrando que, como forma racionalizadora, a analogia é também um movimento de organização do pensamento, e não um processo cognitivo em si. Assim, se enquadrarmos a questão de uma ou outra forma, “tudo é similar a tudo o mais em um número infinito de maneiras, e tudo é também dissimilar a tudo o mais, de infinitas maneiras”.³⁹² É necessário tomar cuidado, portanto, para não cair em uma estrutura falsamente concebida como analogia, que segue o seguinte padrão: “alguns casos de X são casos de Y. Se este caso particular é um caso de X, então é também um caso de Y”.³⁹³ O argumento por analogia, como frequentemente o é o da presunção judicial, consiste em um processo argumentativo estreito de descobrir quais regras serão aplicadas, organizar os padrões e as características relevantes de uma comparação, e justificar as escolhas ao longo do caminho.

Um exemplo de analogia comumente referido pela doutrina norte-americana é o caso *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, no qual um passageiro (Adams) demandou a companhia de transporte pluvial pelo furto de dinheiro seu ocorrido no interior do barco que iria de Nova Iorque a Saint Paul (Minnesota). Tendo sido estabelecido nos autos que nem autor, nem réu, foram negligentes nas suas ações, coube à Suprema Corte do estado de Nova Iorque decidir o caso com base em uma analogia.

Os precedentes diretos, à época, não atacavam diretamente o tema. De um lado, as hospedarias em geral eram responsáveis pelos bens furtados dentro do estabelecimento; de outro, as companhias de transporte não eram responsáveis por bens deixados em vagões de acesso público nos trens. A questão que se pôs, então, exigiu categorizar a embarcação como

³⁹¹ HUNTER, Dan. No Wilderness of Single Instances: Inductive Inference in Law, cit., p. 365. Edward Levi, sobre os estágios de um conceito na dinâmica do raciocínio jurídico com base em precedentes: “A longo prazo um movimento circular pode ser observado. O primeiro estágio é a criação de um conceito legal que é construído à medida que casos são comparados. É um período em que as cortes lutam para encontrar um enunciado. Vários enunciados podem ser testados; o mau uso ou ambiguidade das palavras pode afetá-los. [...] O Segundo estágio é o período em que o conceito é mais ou menos fixado, mesmo que o raciocínio por exemplos continue a classificar itens dentro e fora do conceito. O terceiro estágio é o colapso do conceito, uma vez que o raciocínio por exemplos distanciou-se tanto, a ponto de tonar claro que o enunciado não é mais desejado” (LEVI, Edward. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1948, p. 8/9 – tradução livre).

³⁹² BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy, cit., p. 932.

³⁹³ BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy, cit., p. 1.000.

prestadora de um ou outro serviço. A decisão final do caso estabeleceu que a relação que os passageiros de uma embarcação como a do caso não diferia, naquilo que era essencial, da havidas entre hóspedes e hospedarias. Do voto do Relator vê-se o seguinte:

Um barco à vapor carregando passageiros e lhes fornecendo pernoites e entretenimento é, para todos os efeitos práticos, uma hospedaria flutuante, e portanto os deveres que os proprietários devem aos passageiros a seus cuidados devem ser os mesmos. Não há razão aparente para relaxar a regra rígida do *common law* que se aplica entre hotéis e hóspedes, uma vez que as mesmas considerações de política pública se aplicam a ambas as relações”. E, logo adiante: “As duas relações, se não idênticas, encerram tamanha analogia uma com a outra que a mesma regra de responsabilidade deve governar.”³⁹⁴

Notem-se quais as características da embarcação que foram selecionadas, conjuntamente com as de um hotel: o oferecimento de pernoites e de entretenimento. O fato de que o barco à vapor está em movimento (e o hotel não) foi propositadamente ignorado como distinção, por sua falta de relevância ao atingimento da finalidade buscada no caso.

Podemos estabelecer um paralelo – uma analogia, inclusive – entre esse caso e o posicionamento do STJ a respeito possibilidade da cobrança de direitos autorais pelo ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) por música tocada em quartos de hotel. A discussão que levou à formação de um precedente a respeito girou em torno do art. 23 da Lei 11.771/2008, que estabelece a política nacional de Turismo, e define quartos de hotel como “unidades de *frequência individual* e de uso exclusivo do hóspede”. O fato gerador da cobrança feita pelo ECAD, por sua vez, é a execução musical pública, em locais de “*frequência coletiva*”, como definido pelo art. 68, §3º, da Lei 9.610/1998, que trata especificamente dos direitos de autor. A mesma lei estabelece, no art. 46, VI, que não viola direito autoral algum a execução musical realizada “no recesso familiar”.

No caso, a solução adotada pelo STJ levou em conta a especificidade da lei de direitos autorais sobre a legislação geral de turismo, para determinar a partir desse critério de resolução de antinomias que a cobrança é legítima. O que ocorreu, além disso, foi que o Tribunal precisou enfrentar a questão de saber se os quartos de hotel se aproximariam de uma extensão da residência do hóspede, ou se, pelo contrário, seriam mais facilmente comparáveis a local público de acesso coletivo. A jurisprudência foi formada a partir de votos que

³⁹⁴ Tradução livre. A íntegra da decisão está disponível em: <https://casetext.com/case/adams-v-new-jersey-steamboat-co-2>, acesso em 14.05.2018.

expressamente comparavam o quarto de hotel a estas duas categorias, até que se chegasse à conclusão final.³⁹⁵

Do ponto de vista estritamente racional, uma analogia só é válida se ela puder ser descrita em uma regra analógica específica, que consistirá em uma série de induções e deduções. E, mais essencialmente, para o controle racional da analogia é imprescindível que exista uma regra geral sobre a comparação feita. Em outras palavras, nenhum exemplo pode servir de exemplo sem uma regra que especifique o que é exemplar a seu respeito.³⁹⁶

Voltemos ao exemplo da cobrança de direitos autorais em quartos de hotel, e vejamos agora outra decisão, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que analisa o mesmo tema expressamente sob o ponto de vista analógico. Diz o voto do Relator:

para o que importa no presente feito, deve-se observar se os locais onde instalados os equipamentos de sonorização, dentro do hotel da apelada, 1) podem ou não ser considerados como de frequência coletiva e 2) se neles, são ou não realizadas execuções públicas.

[...]

Quartos de hotel não podem ser tidos como locais públicos, ou de livre acesso ao público, dado o caráter privativo dos aposentos. Nesses casos, o quarto de hotel se assemelha a um prolongamento do recesso familiar. Tanto assim é que, aos referidos aposentos, somente têm acesso as pessoas ali hospedadas, ou quem que por essas for recebido. Logo, em princípio, se um hóspede eventualmente acompanha programação de rádio, ainda que com seus familiares, não se há de falar em exibição pública, menos ainda em exploração com fins de lucro, diante da equiparação ao recesso familiar de que fala a Lei nº 9.610/98, em seu art. 46, VI.³⁹⁷

A semelhança deste julgado com o precedente norte-americano citado acima é bastante próxima. Para dar continuidade à analogia, a decisão cita um julgado do STF³⁹⁸ no qual quartos de hotel foram equiparados ao conceito de *casa*, exclusivamente para fins de estender a inviolabilidade de domicílio garantida pelo art. 5º, XI, da CF/88, em questões de provas obtidas por meios ilícitos. Aí reside, por sua vez, outra analogia, entre a decisão passada e o caso presente. Esse exercício analógico escolhe ignorar características do item comparado, por considerá-las irrelevantes: o fato de que a equiparação feita pelo STF deu-se para fins probatórios criminais não limita a comparação em si.

A decisão do Tribunal Gaúcho conclui enfim o seguinte:

³⁹⁵ Atualmente, a jurisprudência é pacífica ao permitir a cobrança: AResp 1185519/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/03/2018..

³⁹⁶ BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy, cit., p. 971/974.

³⁹⁷ TJRS, Ap. Cível n. 70033035932, Rel. Des. Umberto Sudbrack, 12ª Câ. Cível, j. 13.10.2011.

³⁹⁸ RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007.

A verdade é que hotéis se assemelham a edifícios residenciais, correspondendo os quartos do primeiro aos apartamentos (unidades autônomas) dos últimos. Nesses, o acesso é limitado aos seus ocupantes (no caso dos quartos de hotel, os hóspedes ali instalados) ou a quem por eles autorizado.

Locais de frequência coletiva, nos hotéis, seriam o saguão, os corredores, e as áreas comuns em geral. Os quartos, muito pelo contrário, fogem dessa categoria geral por apresentar particularidades que merecem sua comparação com o “recesso familiar”, definido pela própria lei de direitos autorais. No caso, podemos notar claramente que algumas características do quarto de hotel (o acesso restrito, a privacidade, etc) foram selecionadas para permitir a analogia ao domicílio. Outras características (a temporariedade de permanência do “domiciliado”, por exemplo), foram ignoradas propositadamente por não serem relevantes o suficiente.

Daí porque, da maneira como são construídos os argumentos judiciais, sem a explicitação das características julgadas relevantes em uma analogia, frequentemente as generalizações (que possibilitarão a comparação) são perigosas e possíveis fontes de discricionariedade.³⁹⁹ Vale esta primeira abordagem do tema, então, para lembrar que as igualações e desigualações que são feitas nas presunções judiciais precisam ser explícitas, incluindo os motivos da escolha dos exemplos comparados quanto de quais características foram eleitas como relevantes na comparação.

Poderíamos pensar que a conclusão de uma analogia não *cria conhecimento novo algum*; apenas estabelece uma pressuposição que resulta das similaridades observadas entre o caso concreto e os casos passados enxergados como “figuras isomorfas”.⁴⁰⁰ Por isso mesmo, estamos admitidamente no campo das presunções, onde o fato presumido é apenas *tido por conhecido*, embora tecnicamente não o seja. Também por esse motivo, temos de concluir desde já que a similaridade com eventos passados não deveria nos dizer nada sobre a ocorrência de um evento no presente, motivo pelo qual a analogia não é, por si só, um indicador de *probabilidade*.⁴⁰¹

³⁹⁹ “Generalizações são perigosas na argumentação sobre questões de fato controvertidas porque elas tendem a oferecer razões inválidas, ilegítimas, ou falsas para aceitar conclusões baseadas em inferência. Elas são especialmente perigosas quando estão implícitas ou não são expressadas” (SCHUM, David. *Evidentiary foundations of probabilistic reasoning*, cit., p. 335 – tradução livre).

⁴⁰⁰ A expressão é de: WEITZENFELD, Julian. Valid reasoning by analogy. *Philosophy of Science*, Vol. 51. Chicago: University of Chicago, mar/1984), pp. 137-149.

⁴⁰¹ SAKS, Michael J; KIDD, Robert F. Trial by heuristics, cit., p. 132/133. As cortes norte-americanas já lidaram com esse problema diretamente. No caso *Day v. Boston Sc Maine R.R.* (52 A 771,774), decidiu-se que “O fato de que em um lançar de dados existe uma probabilidade quantitativa, ou chance maior, que um número menor que seis seja o resultado, não é prova alguma de que um determinado dado lançado atingirá esse resultado”. De forma idêntica, em 1978, no caso *Heckman v Fed. Press. Co* (587 F.2d 612,617): “Expectativa ou dados estatísticos sobre um grupo de referência não estabelecem fatos concretos sobre um indivíduo. A tentativa de tornar mais precisa

Vale a ressalva, no entanto, de que ainda que nenhum conhecimento *sobre o caso analisado* é criado, embora seja possível através de analogia expandir a área de atuação do próprio conceito utilizado como parâmetro de comparação. É o que ocorre quando a razão de decidir de um precedente judicial, através de sucessivas aplicações analógicas, ganha força normativa para cobrir hipóteses que à época da sua criação eram impensadas. Trata-se de uma dinâmica corriqueira na vida do direito jurisprudencial.

De toda forma, e para concluir, note-se que a estratégia racional de enxergar o mundo através da exaltação de regras gerais (os conceitos, tratados logo acima neste texto) atende também a um ideal de eficiência utilitária. E do ponto de vista do utilitarismo, a generalização não é sequer um problema. “Para o utilitário, não devemos nos arrepender que seja utilizada em uma decisão uma máxima que maximize a sua utilidade, ainda que isso produza consequências em casos individuais que, do ponto de vista de um não utilitário, não seria merecidas”.⁴⁰² Em outras palavras, os riscos apontados acima a respeito dos conceitos, e reproduzidos aqui no raciocínio analógico a partir dos conceitos, são admitidos e propositadamente aceitos pelo observador preocupado apenas com o aspecto racionalizante da decisão judicial. Claro, pois quando tomamos decisões com base em grupos ou categorias, necessariamente ignoramos particularidades em favor de tendências determinadas em função de uma coleção de outras particularidades.⁴⁰³

uma suposição por introduzir outro fator incerto não é meio apto de melhorar a precisão de um cálculo” (traduções livres). Mais em: KOEHLER, Jonathan J. When do courts think base rate statistics are relevant? *Jurimetrics*, Vol. 42, No. 4 (SUMMER 2002), pp. 373-402.

⁴⁰² SCHAUER, Fredrick. Generality and equality. *Law and Philosophy*, Vol. 16, No. 3, Racism and the Law: The Legacy and Lessons of Plessy (May, 1997), pp. 284.

⁴⁰³ Essa é a visão das escolas clássicas do *Law and Economics*, por exemplo: “Uma forma importante de reduzir os custos de uma decisão é formar juízos com base em casos prévios, em vez de através de juízos particularizados de custo e benefício relevantes. As pessoas frequentemente raciocinam dessa forma, trazendo à mente casos particulares e imaginando como o problema em questão se compara com esses casos” (SUSTEIN, Cass R. Behavioral analysis of law, cit., p. 1.189 – tradução livre).

3. RELAÇÃO ENTRE PROVA (PRESUNÇÃO) E VERDADE

3.1. Verdade e verdades – estamos falando de algo útil para o Direito?

De certa forma, toda discussão sobre direito probatório precisa enfrentar a clássica noção de que o acerto dos fatos em um caso concreto presta-se ao atingimento da verdade. Em relação às presunções, a questão é de particular importância, tendo em vista as concepções doutrinárias e jurisprudenciais que justificam a própria existência dos raciocínios presuntivos no fato de que em certas situações o julgador precisa de um *salto lógico* para demonstrar uma verdade que pelos documentos dos autos não é plenamente atingível.⁴⁰⁴

As perguntas a que tentaremos responder neste tópico, para que sejam fixadas algumas premissas quanto aos temas que serão trabalhados mais adiante, têm a ver com a concreta utilidade do conceito “verdade” no jogo dialético do processo. É preciso pôr em evidência essa verdade e observá-la de forma crítica, para não cairmos em truísmos ou comodismos argumentativos.

Dizemos isso pois o debate pode tornar-se acalorado a ponto de perdermos contato com a análise sóbria do tema e sermos deixados levar por pontos de vista apaixonados. É o caso de Michele Taruffo, que sabidamente se insere em uma das escolas de pensamento mais firmes na ideia de que *as provas servem à descoberta da verdade*. Nesse intuito, em meio a conclusões bastante interessantes sobre o tema, o autor italiano critica fortemente a tradição que acusa ter se contaminado por uma *verifobia*, um medo patológico da verdade.⁴⁰⁵ A posição de Taruffo, em especial para o que será defendido de agora em diante neste trabalho, não pode ser aceita, e por uma série de impropriedades terminológicas tem sido combatida pela comunidade jurídica de forma geral.⁴⁰⁶

Não é, veja-se bem, que os autores que defendam o atingimento de uma verdade objetivável tenham em mente finalidades espúrias ou não se atentem para os perigos do autoritarismo no direito processual. Até mesmo a doutrina clássica, que se apegava aos conceitos primitivos de *verdade correspondente*, batalha na intenção de controlar o arbítrio do intérprete

⁴⁰⁴ Este raciocínio pode ser visto, por exemplo, em: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 386/387.

⁴⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, especialmente pp. 95/104.

⁴⁰⁶ Por todos, vale conferir as duras críticas em: AROCA, Juan Montero. *Prueba y proceso civil*. San José: IJSA, 2013; KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 192; CAVALLONE, Bruno. In defesa della veriphobia: considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo. *Rivista di diritto processuale*, n. 54. Padova: CEDAM, 2010, p. 1/26.

do direito.⁴⁰⁷ O que ocorre é um equívoco de premissa, que leva a uma ingenuidade: crer que exista uma possível “verdade” à espera de ser encontrada,⁴⁰⁸ e pior, imaginar que o *objetivo do processo* seja a busca da verdade,⁴⁰⁹ escancara as portas para atividades discricionárias. E o conceito de “verdade” ganha ares retóricos ou performáticos perigosos, como veremos adiante.

De modo resumido, a história nos ensina que as teorias sobre a verdade passaram por alguns estágios distintos: como *correspondência* entre a mente e o mundo; como *coerência lógica* das ideias que a justificam; como *convenção ou consenso* de uma comunidade; como *resultado pragmático* daquilo que ordinariamente acontece; ou como resultado de experimentações em situações ideais, universalizáveis.⁴¹⁰

A verdade como correspondência exige uma *identidade* entre intelecto e coisa, entre consciência e mundo. *P* é verdade, e minha percepção de *P* é válida apenas se percebo *P* exatamente do modo como ocorreu: intelecto e coisa correspondem-se. Não é preciso muito para concluir que uma tal concepção de verdade está fortemente enraizada em uma visão de mundo que dissocia completamente Sujeito de Objeto. O juízo de correspondência entre mente e mundo desde já pressupõe uma separação entre os dois, e com isso uma abordagem da linguagem como o ferramental que o Sujeito usa para descrever os Objetos. Pelo que foi possível ver no tópico anterior a respeito da hermenêutica e da compreensão, podemos concluir que exigir uma tal correspondência artificializa o momento interpretativo.⁴¹¹ Implica, ainda mais, uma abolição da diferença temporal entre o presente e o passado, e por isso é uma verdade produzida de forma violenta.⁴¹²

Ademais, a teoria da verdade como correspondência pressupõe que os Objetos tenham essências, sentidos próprios, e que bastaria ao Sujeito revelar aquilo que desde sempre está contido no que será interpretado.⁴¹³ É um conceito atrelado à hermenêutica de Schleiermacher, que buscava encontrar nos textos aquilo que eles *realmente* quiseram dizer.

⁴⁰⁷ Por exemplo: MALATESTA, Nicola *Framarino dei. Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 53/54.

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? – uma crítica ao sincretismo filosófico de terrae brasilis. *Revista dos Tribunais*, vol. 921. São Paulo: RT, jul/20123, p. 67.

⁴⁰⁹ É o que defende, com fundamentos interessantes: RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, cit., pp. 42/46.

⁴¹⁰ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*, 2ª ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 100.

⁴¹¹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, cit., p. 421.

⁴¹² KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 348.

⁴¹³ “A concepção central no pensamento metafísico ocidental pressupõe um conhecimento visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, buscando a similitude entre pensamento e coisa, desvendando as essências próprias das coisas. Em consequência, a verdade caracteriza-se exatamente pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 162).

Nesse sentido, a verdade *existe*, acreditemos ou não nela.⁴¹⁴ É o que se vê na doutrina sobre direito probatório mais antigo, como por exemplo na seguinte passagem:

A verdade é o que é; o falso é o que não é. Negar a existência da verdade é negar todas as existências; é negar o mundo inteiro; é negar seu próprio pensamento; é negar-se a si mesmo.⁴¹⁵

A doutrina que defende um conceito objetivo de verdade enxerga-a como um ente dotado de vida própria. Não importa que chamemos *P* de verdadeiro para que *P* seja de fato verdadeiro. Ele o é, ou não o é. Nossa percepção sobre o fato seria uma categoria secundária, uma mera visão subjetiva sobre um fenômeno objetivo.⁴¹⁶ Não podemos concordar com essa construção teórica. Implicaria admitirmos que o mundo existe independentemente do Sujeito cognoscente, quando o que parece ocorrer é justamente o contrário; diante daquilo que a filosofia já sabe há mais de um século, é o Sujeito que desde sempre constitui o mundo.

Já a verdade como *coerência* é apenas uma versão mais branda, menos rígida, da teoria correspondentista. Isso, pois faz repousar o critério do verdadeiro em uma relação coerente de causalidade entre proposições. Um fato não é verdade ele mesmo, mas seu sentido atribuído pode ser verdadeiro, se houver uma lógica interna na justificativa utilizada pelo intérprete. Novamente, uma redução da complexidade da linguagem que ignora o momento hermenêutico, e hipertrofia a semântica em detrimento da pragmática.⁴¹⁷

Vale lembrar que coerência lógica não equivale a coerência discursiva. A compreensão que se dá discursivamente não é necessariamente racional; a lógica é. Aliás, a coerência propositiva que leva à verdade é mais próxima de uma *subsunção* do que de um juízo de pertinência, e por isso, a verdade coerente permanece muito próxima da verdade correspondente.

Por sua vez, a teoria da verdade como convenção tem outra origem histórica e apresenta complexidade linguística mais densa, voltada à relação entre Sujeitos enquanto entes

⁴¹⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 96. E mais: “Essa nada mais é do que aquilo que acontece ‘lá fora’. É o mundo real. E esse ocorre por si só, independentemente da vontade, da percepção, ou sequer de algum consenso. A verdade não necessita de adeptos; os fatos ocorrem no mundo mesmo quando ninguém os constata e mesmo quando todos estão convencidos em sentido contrário” (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, cit., 24).

⁴¹⁵ SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 21 – tradução livre.

⁴¹⁶ “Nossos juízos ou crenças sobre a verdade de uma hipótese ou do grau de confirmação de que disponha estão necessariamente mediados por nossas crenças prévias ou pelo background assumido, mas a verdade de um enunciado que afirma que o grau de confirmação de uma hipótese trazido por um conjunto de elementos de juízo é “x” não depende dessas crenças prévias, mas do mundo. Nesse sentido pode-se dizer que o grau de confirmação é objetivo” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 114 – tradução livre).

⁴¹⁷ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 326.

de comunicação, rejeitando concepções essencialistas e objetiváveis.⁴¹⁸ A ideia que permeia a teoria consensualista da verdade diz que o importante para considerar algo como verdadeiro é um acordo de linguagem, um consenso a respeito de um sentido atribuível. Perde importância a verdade como um *ser em si mesmo*, e assume papel central intersubjetividade.

A tomar Jürgen Habermas como um expoente dessa concepção de verdade, podemos dizer que consenso é a possibilidade de entendimento mútuo a respeito de uma proposição. É nesse intuito que Habermas busca expressamente superar a teoria correspondentista da verdade e apresentar uma *razão comunicativa* que dê conta de explicar nossa relação com o real através de uma teoria do discurso.⁴¹⁹

A perspectiva discursiva da verdade tem implicações interessantes no campo do direito processual, especialmente na medida em que consideramos o caráter dialético – e dialógico – do procedimento que conduz à sentença de mérito. No jogo argumentativo, comumente haverá forças contrapostas e inevitavelmente se desenvolverá uma negociação entre narrativas, até que seja encontrado um *consenso* digno de constituir verdades.⁴²⁰ E, não obstante, é central à teoria habermasiana que o discurso precisa ser encarado como um ente metodologicamente idealizado, longe de influências ou contaminações externas que impeçam uma *perfeita comunicação*. É necessário, em outras palavras, uma *situação ideal de fala*, algo que sabidamente é uma ficção.⁴²¹

Há aqui duas coisas que chamam atenção, e que merecem detalhamento. O primeiro ponto é que as condições para que uma razão comunicativa ocorra sem empecilhos, sem obstáculos, são demasiadamente teoréticas; a situação ideal de fala não existe, e especialmente no ambiente processual as figuras de linguagem e os enunciados performáticos, as asserções sedutoras, os recursos estéticos e retóricos, são muitas vezes propositadamente voltados a

⁴¹⁸ Assim, “o paradigma do conhecimento de objetos tem de ser substituído pelo paradigma da compreensão mútua entre sujeitos capazes de falar e agir” (HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Don Quixote, 1990, p. 276).

⁴¹⁹ “Essa racionalidade comunicativa exprime-se na força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo, discurso que assegura aos falantes envolvidos um mundo da vida intersubjetivamente partilhado e, ao mesmo tempo, o horizonte no interior do qual todos podem se referir a um único e mesmo mundo objetivo” (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 107).

⁴²⁰ “Tão logo as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o ‘agir comunicativo’. Neste caso, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 36).

⁴²¹ Sobre o tema: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

ofuscar a boa compreensão.⁴²² Assim, esse lugar privilegiado onde residiria o discurso racional é, ele mesmo, um ente objetivo que cai nos mesmos problemas apontados em relação às concepções mais antigas de verdade.⁴²³

O segundo aspecto digno de nota, que será abordado adiante, é perceber que se a *verdade* – ou, como diz Habermas, a validade de uma proposição – é atingida através do consenso dialético, estamos falando mais de uma conformação de vontades do que de uma “verdade” atingida. A expressão verdade parece resultar aí de um acordo semântico: chamaremos de verdadeiro aquilo que resultar do nosso consenso. E aí, situamo-nos mais no campo argumentativo do que efetivamente epistemológico.

A nós, interessa identificar, de um lado, a ideia de verdade como *correspondência*, *coerência*, ou *experiência*, e de outro, como *convenção decorrente da linguagem*. O primeiro grupo contém teorias objetivas (racionais) sobre a verdade; o segundo, um conceito do real que perde sua funcionalidade diante da finalidade a que se propõe. Seja como for, nossa hipótese é que atingimos no processo judicial resultados semelhantes, e até mais seguros, sem o recurso à ideia do verdadeiro.

3.2. Quem detém a verdade? A dimensão retórica e a dinâmica do exercício de poder através da última palavra sobre o real

Diante do que foi dito no tópico anterior, precisamos nos perguntar sobre os possíveis usos performativos da expressão *verdade*, tão presente no discurso judicial e principalmente no campo do direito probatório. Sem negar a importância de que julgamentos reflitam aquilo que efetivamente ocorreu – isto é, sem apologia às decisões judiciais sobre o irreal –,⁴²⁴ cabe perguntar sobre a *funcionalidade* do conceito de verdadeiro, e contrastá-la com sua dimensão retórica como mero instrumento de convencimento.

Por um lado, e como será demonstrado com mais detalhes adiante, a comunidade jurídica de forma geral é apegada aos critérios da verdade, como legitimador de decisões sobre

⁴²² A crítica da lógica dedutiva de demonstração de verdades consensuais em Habermas pode ser vista em MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004, p. 177 e ss.

⁴²³ Esta crítica, muito pertinente, está em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, cit., p. 98.

⁴²⁴ “Contra a ética da verdade significa a favor da ética da dúvida. Além das aparências, a dúvida não é de fato o contrário da verdade. É incontestável que só quem crê na verdade pode duvidar, e aliás, duvidar da verdade. Assim, a ética da dúvida não é contra a verdade, mas contra a verdade dogmática, que é aquela que busca fixar as coisas de uma vez por todas e impedir ou desqualificar aquela famosa pergunta: ‘será isso realmente verdadeiro?’ (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contro l’etica della verità*. Bari: Laterza, 2008, p. 8 – tradução livre).

fatos no processo. Usa-se e abusa-se da verdade como categoria de Justiça,⁴²⁵ a ponto de desfigurar outros institutos do processo e retirar importância de garantias constitucionais como o contraditório.

Há, sobre o tema, opiniões bastante radicais, sustentando que o adjetivo “verdadeiro” não acrescenta conteúdo a um raciocínio demonstrativo sobre fatos. É o caso de Richard Rorty, cujas ideias foram muito bem sintetizadas por seu interlocutor acadêmico, Pascal Engel:

1) A noção de verdade não tem um uso explicativo, não recobre nenhuma essência, nenhuma substância, e não designa nenhuma propriedade substancial ou metafísica profunda, nem um objeto (o Verdadeiro) [...] 5) Sendo vazio o conceito de verdade, a verdade não pode ser uma norma da investigação científica ou filosófica, ou o fim último de nossas pesquisas. A fortiori, ela não pode mais ser um valor.⁴²⁶

Isso significa que, para usar exemplos corriqueiros nos círculos filosóficos, se todos fazemos parte de um acordo segundo o qual “a neve é branca”, dizer que o “enunciado ‘a neve é branca’ é verdadeiro” não acrescenta nada sobre o conteúdo do que já foi acordado semanticamente. Com isso, Rorty contraria a corrente bastante conhecida da verdade como produto do consenso ou do acordo semântico, ou ainda da adesão – segundo a qual, se há um número suficiente de adeptos ao enunciado “a neve é branca”, então o enunciado corresponde à verdade. Daí, de acordo com Rorty, a inutilidade do critério “verdade” para os processos de compreensão.

De nossa parte, essa concepção não será tomada como premissa, mas deve servir como uma chamada de atenção para algo importante, que ocupará lugar central neste trabalho: *não é função do direito processual encontrar, produzir, ou convencionar verdades*. Deve haver um deslocamento do *lugar ocupado pela verdade* no processo, uma retirada da sua essencialidade no controle das decisões judiciais.⁴²⁷ Vale transcrever o seguinte trecho:

Enquanto o debate se mantiver dentro das mesmas regras do jogo que outrora conduziram à consagração do ‘verdadeiro’ como eixo central do sistema processual, enquanto a argumentação utilizada para propor o deslocamento funcional partir de dentro da mesma província de significado que a argumentação utilizada para redizer a centralidade, a possibilidade de produzir uma efetiva reconsideração do problema será sempre escassa.⁴²⁸

⁴²⁵ Defendendo que uma decisão só pode ser justa se se fundar em uma determinação verdadeira dos fatos do caso: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 115.

⁴²⁶ ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?* São Paulo: UNESP, 2008, p. 18/19.

⁴²⁷ “Quando se sabe que a palavra ‘verdade’ é a palavra favorita das seitas religiosas e de todos os integrismos, só se pode estar de acordo com Rorty sobre o fato de que devemos desconfiar dela” (ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?*, cit., p. 26)

⁴²⁸ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 64.

O que precisamos é repensar o problema para reajustar as premissas do debate, a fim de evitar o maniqueísmo (a verdade é possível *versus* a verdade é inalcançável) que, afinal, pode distrair e ofuscar o verdadeiro tema do ponto de vista pragmático: *temos condições de nos afirmar possuidores da verdade em um determinado caso concreto?*

De um lado, o caráter decisionista da busca pela verdade correspondente é ofuscado por uma argumentação de requinte, pelo discurso do juiz comprometido e ativo. Por outro, e de mesma forma, o abandono completo do contato com o real poderia transformar o ritual de provas em “um conjunto de efeitos de sedução voltados para o convencimento do juiz, através de ardilosas argumentações”.⁴²⁹ Assim, enquanto subestimar o problema da verdade leva ao autoritarismo da sua imposição, o abandono total da verdade leva ao perigo de privilegiar a estratégia em detrimento da narrativa. Por isso interessa determinar qual o lugar do *verdadeiro* no processo.

Veja-se bem: a dispensa da verdade como valor não implica a desilusão com o mundo, mas tão somente a percepção de que o que pode ser estudado e buscado são representações do mundo e relações de causalidade.⁴³⁰ No processo, a análise não se dá sobre a verdade das narrativas, e sim sobre as narrativas em si, como componentes da *história* que será construída na decisão judicial.⁴³¹ Assim, Rorty – ainda de acordo com a análise de Pascal, com a qual concordamos – crê que o uso do critério “verdade” serve instrumentalmente como um legitimador daquilo que se quer representar como válido em um processo de comunicação:

Quando dizemos que P é verdadeiro, nada fazemos, digamos, senão provar P ou ‘lhe dar um tapinha retórico nas costas’ ou ainda um ‘cumprimento’. Quando dizemos que P é talvez justificado, mas não verdadeiro, nossa prudência exprime simplesmente o fato de que P não pode ser utilizado como regra para a ação e poderíamos encontrar um público que rejeitaria P.⁴³²

O recurso ao verdadeiro, nessa visão bastante drástica, não passa de um modo de conferir selos legitimadores a enunciados sobre fatos. Repita-se à exaustão: para esta tese, não é adequado simplesmente negar a existência do real; cabe, isso sim, repensar a nossa relação

⁴²⁹ KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., pp. 386/387.

⁴³⁰ Sobre o conhecimento da verdade implicar a renúncia ao conhecimento do mundo: STRECK, Lenio Luiz. A revelação das ‘obviedades’ do sentido comum e o sentido (in)comum das ‘obviedades reveladas’. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (corr.). *O poder das metáforas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59.

⁴³¹ “Os fatos não desempenham um papel neste cenário senão como um objeto das narrativas, as quais aparecem no centro do palco. [...] Evidência, assim, é um “pedaço de discurso” que tem função meramente persuasivo-linguística” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 35).

⁴³² ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?*, cit., p. 21. Igualmente: “A verdade não possui, em si mesma, qualquer mais-valia intrínseca que a dê por superiormente habilitada para a função de princípio unificador do tecido processual” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 71).

com a realidade, e estabelecer quais representações do real são possíveis, e quais são inatingíveis. Estas últimas devem ser descartadas.

É a verdade absoluta, objetivamente apurável, que não pode ser percebida enquanto tal pelos Sujeitos cognoscentes. E isso pois, como vimos com mais detalhe no tópico sobre hermenêutica, os objetos – e o que é a verdade, se não um ente? – só ganham sentido no exato momento da compreensão, através da linguagem. Não há verdade, como não há mundo, sem esforço interpretativo. Em outras palavras, não há verdade sem Sujeito, tampouco sem linguagem.⁴³³ Daí porque falar da inexistência (na realidade, da inatingibilidade) da verdade objetiva.

A visão de Nietzsche a respeito do tema é muito semelhante. Sua preocupação com a dimensão retórica do adjetivo “verdadeiro” leva-o a rejeitar qualquer conteúdo sensível às referências que se façam à verdade como valor ou como critério de validade.

O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, [...] soma de relações humanas que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias. As verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível.⁴³⁴

De modo geral, perceberemos que a doutrina da verdade, e o discurso da verdade no direito, pregam uma falsa dicotomia. De um lado estaria a criatividade judicial e a interpretação; de outro, um caminho objetivo, retilíneo, que conduziria à verdade e à segurança jurídica. É a partir daí que se pode captar que o recurso à verdade é fruto de uma vontade retórica.⁴³⁵ E dado que a verdade em si mora em um lugar inabitável, inatingível, somos forçados a concluir que por trás do discurso de objetividade escondem-se inseguranças e discricionariedades ainda maiores.⁴³⁶

A confusão sobre o tema é tamanha, que há quem afirme o contrário: a negação da verdade levaria a decisionismos e a meros exercícios de retórica.⁴³⁷ Ora, é exatamente o oposto.

⁴³³ PASTORE, Baldissare. *Giudizio, prova, ragione pratica*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 69/70. Como, então, podemos sustentar um acesso objetivo à realidade? Essa é a questão a que a doutrina da verdade material precisa responder.

⁴³⁴ NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas*. São Paulo: Abril, 1983, p. 46.

⁴³⁵ SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109.

⁴³⁶ Ressaltando que a estética discursiva da verdade aspira a uma neutralidade inexistente: UZELAC, A. Evidence and the principle of proportionality. In: RHEE, C.H. Van; UZELAC, A (orgs.). *Evidence in contemporary civil procedure*. Cambridge: Intersentia, 2015, p. 21; PLETSCHE, Natalie Ribeiro. Formação da prova no jogo processual penal. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 28/29.

⁴³⁷ “Se se entende a descoberta da verdade como teoricamente impossível, [...] a prova será não mais que uma insinuação de uma verdade que não existe e a valoração da prova pelo juiz um exercício de puro decisionismo. A

O recurso à existência dessa verdade a ser buscada é justamente o que ofusca o conteúdo da decisão e permite que ela seja engendrada de forma discricionária. A busca da verdade é a cortina de fumaça que atrapalha a visão do que realmente importa no caso.

O que foi dito nos leva a levantar outra hipótese de debate: a do uso da verdade como instrumento de poder. O processo judicial é um ambiente em que notadamente há exercício de poder. Embora discordemos – e isso será detalhado mais adiante – da noção de que a jurisdição seja um polo metodológico do estudo do direito processual,⁴³⁸ por sua inegável propensão ao ativismo, é forçoso admitir que o jogo de forças entre sujeitos no processo é dominado pelo juiz ou pelo tribunal. E não que isso seja necessariamente uma conclusão pejorativa; trata-se de uma constatação de acordo com a posição naturalmente ocupada por cada eixo da relação partes/juiz. É ele, o Estado-juiz, quem recolhe as informações decorrentes do diálogo – do qual ele também participa – e, acertados os fatos, *decide*.

Diante disso, e abrindo o caminho para podermos falar sobre poderes instrutórios do juiz e sobre o raciocínio probatório em geral, devemos apontar para a possibilidade de que o recurso à *verdade* sirva como uma capa de legitimidade para a atividade discricionária de quem julga. Mesmo que inconscientemente, o intérprete pode deixar-se contaminar por uma lógica de expectativa e preenchimento, dando valor a hipóteses que prefere ou de que já se tenha convencido, rejeitando de plano as que não lhe agradam, e conduzindo a instrução processual de forma a amoldar-se ao que imagina ser *verdadeiro*. Confundem-se aí Sujeito do conhecimento e objeto conhecido, como alerta Nietzsche:

Quando alguém esconde uma coisa atrás de um arbusto, vai procura-la ali mesmo e a encontra, não há muito que gabar nesse procurar e encontrar; é assim que se passa com o procurar e encontrar da ‘verdade’ no interior do distrito da razão.⁴³⁹

Se o Judiciário atua como produtor de um saber imutável – e assim o são as decisões transitadas em julgado – sobre o mundo, o conhecimento é em si o exercício de um poder. Por isso devemos retornar ao que foi dito no tópico anterior, a respeito de termos consciência sobre quais representações do mundo são possíveis, e quais não passam de uma referência ingênua a um estado de coisas objetivo, incorrigível e definitivo.

fundamentação nada mais seria do que um discurso retórico engendrado a posteriori” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 325).

⁴³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 105.

⁴³⁹ NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral, cit., p. 50. Também: JENKINS, Joseph. *Heavy Law/Light Law*: Walter Benjamin, Friedrich Nietzsche, Robert Bork, Duncan Kennedy, cit., p. 255.

A partir do momento em que as decisões judiciais a respeito de provas, e as que se valem de presunções ou inferências de todo tipo, baseiam-se sobretudo no ideal de que assim se age para que se chegue a uma verdade, o Judiciário comporta-se como um autoproclamado vencedor do jogo de linguagem⁴⁴⁰ do real. Busca-se a verdade, como se de outra forma – sem a presunção, por exemplo – tudo o que restaria é a irrealidade, o conformismo com um julgamento ilegítimo.

Se se sabe desde sempre que o que se encontra (ou demonstra) dentro do processo não é a “verdade absoluta”, mas sim algo próprio do ambiente jurisdicional, qual o motivo de insistir na referência ao termo “verdade”? Não seria mais saudável fazermos, todos, um acordo semântico para emprestar outra nomenclatura para o resultado da depuração dos argumentos das partes? Os malefícios desse fetiche com o que é verdadeiro (e as consequências negativas, de ter-se como *mentira* o que não corresponder ao ideal buscado)⁴⁴¹ parecem maiores que os benefícios da insistência na verdade.

3.3. Verdade “absoluta” e verdades possíveis – uma falsa dicotomia a serviço da discricionariedade

A ciência e a epistemologia jurídica não fecharam os olhos para o fato, já sabido e indisputado, de que não existe forma procedimentalizada de atingir a verdade absoluta.⁴⁴² Não há método que garanta resultados indisputáveis e definitivos.⁴⁴³ Ocorre, no entanto, que a maneira com a qual a doutrina e a jurisprudência lidaram com essa intangibilidade não parece

⁴⁴⁰ Uma boa percepção da verdade como jogo e linguagem está em: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 630.

⁴⁴¹ “Seria um contrassenso um sistema baseado na justiça, na dignidade humana e no devido processo que não exigisse a verdade como fundamento legitimante de uma decisão” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 118).

⁴⁴² “Sendo fruto do discurso, não podemos afirmar a existência de uma verdade absoluta. O caráter absoluto se choca com a qualidade linguística – e limitada – da realidade” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 319).

⁴⁴³ Já no início do século XX, a doutrina mais atenta percebia que o respeito ao procedimento não leva à verdade: “o mais grave erro atribuído a essa doutrina vem a ser o seu fundamento, isto é, o princípio de que constitui finalidade do processo civil determinar a verdade objectiva existente em cada caso, e dahi concluir que a sentença quando não consegue atingi-la, deve reputar-se uma ficção dessa verdade, uma verdade ao menos para efeitos de direito” (ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento jurídico e extensão aos terceiros*. Rio de Janeiro: s. ed., 1936, p. 36). Em sentido contrário, relacionando método, provas, e atingimento da verdade: “Método e verdade se correlacionam porque o primeiro outra coisa não é senão o meio de encontrar a última. Prova e verdade acham-se também correlacionadas e a tal extremo que se poderia dizer que não há verdade sem prova, posto que a prova é a pedra de toque, o meio de aquilatar, de adquirir a evidência inquestionável da verdade, de verificar a verdade encontrada, de certificar-nos de sua exatidão, de sua certeza legítima” (DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 55).

ter sido a mais adequada. Diz-se isso pois, ao mesmo tempo em que se sabe não haver uma verdade à espera de descoberta, é senso comum na comunidade jurídica que o conceito de verdadeiro precisa ser *preservado*, como se a única opção alterativa fosse o abandono completo do compromisso com o real.

Sendo assim, desenvolveram-se conceitos relativos, mais brandos, da verdade que seria obtida dentro de um processo judicial. De certa forma, tende-se a crer que os obstáculos ao atingimento da verdade absoluta devem-se às limitações jurídicas e procedimentais, e não a uma impossibilidade da própria compreensão.⁴⁴⁴

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por exemplo, fala de uma “relatividade da obtenção da verdade”, diante das dificuldades de obtenção de prova, limitações materiais do juiz, e restrições formais ao livre acesso aos fatos.⁴⁴⁵ Quer dizer: já parte da concepção de que a atividade judicial é naturalmente tolhida, contida. Imagina-se que há sempre um potencial não explorado – e apreensível – de conhecimento, além daquilo que ocorre no processo. E aí, queremos crer, acentua-se a concepção de uma suposta dualidade entre o que ocorre nos autos e “o mundo lá fora”, típica das teorias da verdade como correspondência.⁴⁴⁶ A partir daí, construiu-se uma dicotomia entre verdade *formal* e *real*. Esta última é a verdade correspondente,⁴⁴⁷ o “mundo lá fora”, que já sabemos ser incapturável. A primeira, diferentemente, seria o resultado do acerto dos fatos, aquilo que foi possível apreender do caso a partir das provas dos autos e do diálogo entre as partes, respeitadas as garantias processuais.

São comuns na jurisprudência decisões que atentam para um quase descontentamento dos tribunais com o fato de que, em um determinado caso, as provas dos autos não refletem “a verdade”:

Antes do compromisso com a lei, o magistrado tem um compromisso com a Justiça e com o alcance da função social do processo para que este não se torne um instrumento

⁴⁴⁴ KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 248; REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual* cit., p. 159.

⁴⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178.

⁴⁴⁶ “Verdade material é aquela a que chega o julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram e não como querem as partes que tenham ocorrido [...]. Verdade formal, de outro lado, é aquela que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 275).

⁴⁴⁷ “A denominada verdade material refere-se a enunciados cujos termos corresponderiam aos fenômenos experimentais. Funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem” (TOMÉ, Fabiana del padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 25).

de restrita observância da forma se distanciando da necessária busca pela verdade real, coibindo-se o excessivo formalismo.⁴⁴⁸

Em outras palavras, o material probatório representa “apenas” uma chamada verdade formal, distante daquela real. Trata-se de uma concepção que arredonda as arestas da facticidade para fazer caber em conceitos racionais.⁴⁴⁹

A partir desse conformismo, descontentamento, quase chateação com a falta de correspondência entre a “verdade formal” e aquilo que o intérprete imagina ser a “verdade do mundo lá fora”, a doutrina acaba por agravar a questão: além de instituir a falsa dicotomia entre verdades (absoluta e possível), estimula que juízes sintam-se autorizados a ultrapassar as barreiras e as garantias do processo em busca da verdade real.⁴⁵⁰ Confira-se, por exemplo, o seguinte trecho:

A qualidade da prestação da tutela jurisdicional, em atenção ao ‘modelo constitucional do direito processual civil’, não pode tolerar qualquer outro comprometimento do magistrado que não a busca da ‘verdade real’, isto é, a ‘verdade’, que no seu íntimo corresponda àquilo que realmente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a necessidade da atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional.⁴⁵¹

Será mesmo que algumas verdades se apresentam diretamente, e outras apenas mediante raciocínio – no caso, raciocínio presuntivo?⁴⁵² É exatamente neste ponto que devemos nos atentar para o que foi dito até aqui a respeito da verdade. Isso pois a suposição de que é tarefa do juiz identificar quais casos refletem uma verdade aceitável, e quais não, é desde logo a abertura do espaço de discricionariedade que favorece a utilização do discurso sobre o real como meio retórico de exercício de poder.⁴⁵³

⁴⁴⁸ STJ, REsp 331550/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 25/03/2002, p. 278.

⁴⁴⁹ E, por outro lado, parte da doutrina critica que o uso retórico da “verdade real” tem servido frequentemente para o atropelo de garantias processuais penais, como a admissão de provas ilícitas: PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 146.

⁴⁵⁰ “Trata-se da crença na capacidade do juiz – enquanto sujeito do conhecimento – para extrair a essência das coisas, para perfurar o seu objeto através de um método bem definido e assim atingir a verdade, que é supostamente revelada narrativamente através da sentença, exteriorização textual da convicção do homem racional que decifra a realidade” (KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 167).

⁴⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 236.

⁴⁵² “Outras vezes a verdade puramente inteligível não se percebe por via imediata: chega-se a ela por intermédio da outra realidade ideológica presente na nossa mente. Esta outra verdade percebida diretamente, fazendo-nos conhecer a verdade que procuramos e que não percebemos diretamente, constitui a sua demonstração, e dá-nos a sua certeza. A função do intelecto que neste caso nos conduz de uma verdade a uma ignota é a reflexão; e o meio com que a reflexão conduz o nosso espírito de uma a outra verdade é sempre o raciocínio” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 23).

⁴⁵³ “A “verdade real”, em um modelo inquisidor do “juiz presidente da instrução”, tem sido utilizado como um alibi teórico para justificar tanto a busca de elementos de “convicção” pelo juiz (a questão do gerenciamento da

Fosse assim, o juiz poderia reconhecer uma dada verdade e, fosse ela contrária às hipóteses que projetou como verdadeiras em sua consciência, chamá-la verdade ‘formal’, contrapondo-a a alguma outra configuração de fatos, esta sim digna de conferir segurança às partes. A canonização dessa verdade absoluta é que permite que o jogo discricionário se desenvolva.

Para que fique bastante claro: *não pode ser responsabilidade apenas do intérprete* definir quando se está diante de uma “verdade” limitada, e qual a suposta distância aceitável entre o que “realmente ocorreu” e o que se passou nos autos. Esse esforço deve seguir, de dois caminhos, apenas um: ou se admite que as partes devem dialogar a respeito da insuficiência probatória reconhecida pelo juiz, para que participem em contraditório da decisão futura; ou toda referência à verdade (e mesmo à dicotomia formal/real) deve estar em segundo plano, não podendo servir como fundamento para, por exemplo, presunções judiciais.

Há que se enfrentar o argumento de que em tese a verdade é *atingível*, por mais que o conhecimento a respeito desse atingimento não seja possível. Em outras palavras, as representações da realidade podem eventualmente coincidir com ela, mas essa coincidência não é cognoscível. Pode-se falar em uma posição que implica um “coerentismo moderado”.⁴⁵⁴ admitir um mundo objetivo independente da linguagem, mas não confiar em uma possibilidade de correspondência entre mundo da linguagem e mundo objetivo. É esse o modelo que aposta na *coerência* entre proposições como meio de acesso àquela verdade tida por objetiva.

Parece, no entanto, minimamente paradoxal a admissão de que é impossível acessar o mundo puramente objetivo, e mesmo assim manter viva a esperança de que ele exista. Se reconhecidamente o objeto está fora do nosso conhecimento, tudo o que resta é a crença e a fé de que ele esteja lá.⁴⁵⁵ O passo à frente em reconhecer a limitação natural da linguagem, então, retira a utilidade de fazer referências ao mundo fora do próprio cerco da linguagem.

O que fica como pergunta em relação à opinião acima é o velho dilema da metafísica clássica, que a hermenêutica busca desvelar: qual é a linha limítrofe entre os dois componentes de uma dualidade? O que define a fronteira entre subjetivo/objetivo, verdade/não-

prova), quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade, vale dizer, de uma decisão que possui pouco - ou nenhum - fundamento jurídico” (STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? – uma crítica ao sincretismo filosófico de terrae brasilis, cit., p. 365).

⁴⁵⁴ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 87.

⁴⁵⁵ “Repousa sempre num acto de fé com fundamentos intuitivos ou afectivos, ou num acto de bom senso, com fundamentos empíricos e pragmáticos, a nossa confiança na adequação das nossas representações sensoriais e intelectuais à realidade em si” (MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*, cit. p. 373);

verdade? Novamente aqui, o problema não parece se “resolver” senão pela discricionariedade, opção com a qual esta tese não pode concordar.

O fato é que só temos conhecimento da realidade à medida em que percebemos não a encontrar. Nosso caminho compreensivo em direção à verdade segue – é a hipótese que esta teste propõe – uma dinâmica de *falibilidade*:⁴⁵⁶ tudo o que conseguimos dizer a respeito da verdade é que *ainda* não a atingimos, nunca que já a capturamos.

Daí não se conclui, no entanto, um estímulo à investigação pelo juiz. Pelo contrário. Se só podemos concluir, sobre a verdade, que algo não o é; o lugar ocupado pela verdade é essencialmente inalcançável. Por mais que a tenhamos atingido, jamais poderemos concluir tê-la atingido.⁴⁵⁷ Afinal, entre verdade e justificação existe uma separação bastante evidente. Podemos crer na veracidade de um fato x por conta de razões totalmente inadequadas, e mesmo assim o fato x mostrar-se verdadeiro. Aí mora a intangibilidade da verdade material, uma vez que é a partir da justificação (da narrativa judicial) que tomamos conhecimento dos fatos a serem interpretados. O descompasso entre raciocínio e “verdade” é intransponível, e portanto é impróprio falar-se em verdade material. Sobre o tema, o seguinte trecho de Francesco Carnelutti merece ser analisado:

O resultado da busca juridicamente limitada ou regulada não é, pois, a verdade verdadeira, e sim uma verdade convencional, que se denomina verdade formal, porque conduz a uma indagação regulada nas formas, ou verdade jurídica [...]. Porém, sem dúvida não se trata aqui mais de que uma metáfora; em substância é bem fácil observar que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal discrepa da verdade material, e não é mais verdade, ou coincide com dela, e não é senão uma verdade.⁴⁵⁸

O trecho de Carnelutti é interessante por sua sinceridade – em admitir que a chamada “verdade formal” é uma metáfora – e por corresponder ao pensamento da época em que foi escrito. No entanto, do ponto de vista da teoria do direito atual, a metáfora é outra: se

⁴⁵⁶ “Como só conhecemos a realidade ao nos chocarmos com ela, quer dizer, como a única maneira que temos de progredir até a verdade é tomando consciência da inadequação das nossas conjecturas, nunca a verdade se imporá; inclusive no caso em que uma de nossas teorias fosse verdadeira, só poderíamos falar dela que, até o momento, resistiu a todos os testes; mas, posto que não podemos crer nela, devemos seguir investigando” (MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad en Karl Popper*, cit., p. 40 – tradução livre). E ainda: “A assertiva com relação à impossibilidade de se alcançar uma ‘verdade absoluta’ faz sentido apenas se interpretada para significar que é impossível para alguém saber ou concluir, com ‘absoluta’ certeza, que uma dada proposição é verdadeira em um julgamento. Não importa o quão forte seja a sua justificação, a proposição ainda pode ser falsa. É nesse sentido restrito e interpretado e a assertiva deve ser compreendida. A ‘impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta’, a que a doutrina se refere, deve ser lida como a ‘impossibilidade de alguém saber que alcançou a verdade’” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 41/42).

⁴⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, cit., p. 66 e ss.

⁴⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*, 2ª ed. Roma: Ateneo, 1947, p. 48.

sabemos que nunca teremos consciência de ter atingido a verdade (aquela absoluta, única, “real”) a verdade “limitada”, “formal”, é a única que honestamente admite suas próprias limitações. Pode ocorrer em um determinado caso que a busca irrestrita e não condicionada da verdade chegue a resultados tão distantes da “verdade real” quanto a “busca juridicamente limitada” de que fala Carnelutti. A diferença é que na primeira hipótese jamais se sabe onde se pisa; se perto ou longe da verdade. Afinal, todo veredicto, toda conclusão, todo juízo no ambiente processual é uma aproximação fracassada da verdade. E como nessa busca só há certeza de se ter falhado, a metáfora é a verdade real, e não a formal.

Assim, não é possível diferenciar verdade “real” de verdade “formal”, como quer parte da doutrina, partindo da premissa de que por vezes são considerados provados enunciados que mostram-se falsos (não verdadeiros).⁴⁵⁹ O juízo sobre o descompasso entre a “verdade” do processo e a “verdade lá fora” só é possível por um observador externo que tem conhecimento sobre as duas configurações: a dos autos, e a de fora dos autos. Vale recapitular que ocorre aí, inafastavelmente, um “*hindsight bias*”, um preconceito retrospectivo: o observador tem a propensão inconsciente de enxergar o desenrolar de fatos como o mais plausível, por ter a vantagem de já ter conhecimento sobre como os fatos se desenrolaram.⁴⁶⁰ Não, então, como estabelecer a verdade como um standard de correção para um argumento utilizado no âmbito judicial.⁴⁶¹

Se, como dissemos, os entes só são quando são compreendidos, a verdade (ou a percepção que temos da realidade) só é quando compreendida através de linguagem. Não há verdade sem interpretação, e por isso mesmo não há, especialmente no processo e no direito, verdade bruta ou material. A impossibilidade de seu atingimento deve ser entendida como uma barreira à sua busca, em outras palavras. Isso, pois como vimos o que interessa (=o que pode ser controlável) é a nossa representação da realidade, e não uma realidade em si mesma.⁴⁶²

⁴⁵⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 61.

⁴⁶⁰ O argumento de que a verdade material não seria refletida no processo (que exprime uma “mera” verdade formal) é forjado a posteriori com o único objetivo de alcançar conclusões impossibilitadas pelo material probatório dos autos. Esta opinião está bem detalhada em: MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*, cit. p. 391/395.

⁴⁶¹ É o que faz, por exemplo: HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*, cit., p. 66.

⁴⁶² Em sentido contrário: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 73 e ss. E ainda: “O conhecimento do ser humano sobre a verdade poderá estar certo ou errado, mas a verdade independe do conhecimento que o ser humano tem sobre essa” (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, cit., p. 25).

3.4. A verdade é finalidade institucional das provas? Os “truth-oriented judgements”

Passemos agora a enfrentar um problema que não é diretamente relativo à verdade e ao conceito da sua funcionalidade, mas que pragmaticamente dele se utiliza: o discurso da *busca pela verdade* como finalidade institucional da prova em direito processual.⁴⁶³ Trata-se de algo que mesmo os defensores da ligação entre prova e verdade buscam combater: a discricionariedade do poder jurisdicional. É comum que se considere que a finalidade de *todo processo* seja a busca e o atingimento da verdade.⁴⁶⁴ O que parece surgir nesse ponto é o apego, já criticado em tópico anterior neste capítulo, à ideia de que ou o julgador se crê de posse da verdade, ou contenta-se com uma mentira contada nos autos.⁴⁶⁵

Diante dessa dicotomia, autores como Michele Taruffo são bastante firmes na opinião de que a única forma coerente de tratar a questão é admitir que a prova é um instrumento para alcançar uma determinação verdadeira dos fatos. Diz – e aí reside um ponto essencial de seu pensamento, que para esta tese merece ser criticado – que a legitimidade do processo depende de as provas do processo oferecerem elementos para a *eleição formal da versão dos fatos* que se podem definir como verdadeiros.⁴⁶⁶ Consequentemente, essa parcela da doutrina dirá que o fato de que nem sempre conseguimos alcançar a verdade em todos os casos não deve implicar uma conclusão pela inexistência da verdade objetiva. Pelo contrário, defende que o direito à prova só é concretizado se o processo for “truth oriented”, “afinal, a característica distintiva de uma busca genuína [não só no Direito, mas em qualquer campo do conhecimento humano] é o fato de quem busca querer encontrar a verdade de alguma questão”.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Essa concepção é corrente na doutrina brasileira: “prova é o meio eficaz através do qual se pretende chegar à verdade, infundindo-se no eu, no espírito e na mente, a aceitabilidade, a certeza, a razão, a convicção e a lógica em relação a determinados fatos, elementos ou coisas” (LATORRACA, Claudio Zalona. *A dimensão da prova no direito processual civil*. São Paulo: Hemus, 1990, p. 9). No direito norte-americano, há quem defenda que a busca da verdade é o que dá sentido à existência do julgamento em si: (HAACK, Susan. Truth, truths, ‘truth’ and ‘truths’ in the law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n. 26, 2003, p. 19). A autora de forma geral crê que o juízo sobre a veracidade ou falsidade de uma assertiva é fácil e rapidamente atingido. Problemas na verificação dessa veracidade devem-se, argumenta, à confusão nos argumentos, e não à categoria da verdade.

⁴⁶⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1973, p. 250. Nos países de *common law*, o debate é muito similar, como se vê em: HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*, cit., p. 52.

⁴⁶⁵ “Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto for mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 19).

⁴⁶⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 86 e ss, e p. 157.

⁴⁶⁷ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, cit., p. 42). A opinião é fortemente inspirada em: HAACK, Susan. *Confessions of an old-fashioned prig*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 8.

Dir-se-á, então, que toda busca deve ser uma busca pela *verdade*. Aliás: mais importante que chegar à verdade em si seria buscá-la. A doutrina que atrela a prova à busca da verdade é intimamente conectada com a noção de verdade como correspondência, que como foi visto no início deste trabalho, precisa ser urgentemente superada. Vejam-se as seguintes premissas centrais do trabalho de Jordi Ferrer Beltrán:

a) a averiguação da verdade como objetivo institucional da atividade probatória no processo judicial; b) a aceitação do conceito de verdade como correspondência, por ser este o mais adequado para dar conta das exigências da aplicação do direito.⁴⁶⁸

No entanto, o próprio autor afirma que, diante da nota de incerteza que caracteriza a tomada de decisões no âmbito da prova jurídica, seria razoável admitir uma relativização da confirmação do valor de verdade que podemos atribuir às conclusões que alcançamos nesse âmbito. Prossegue para dizer que o grau de confirmação ou de probabilidade que podemos atribuir a um conjunto de provas é sempre relativo. E, no entanto, dessa relatividade se conclui que a hipótese seja verdadeira.⁴⁶⁹

Parece haver uma espécie de circularidade disfuncional nesse raciocínio. O autor admite que uma dada proposição pode até ser verdadeira, mas não se pode pronunciar sua veracidade absoluta, senão apenas aproximada. E o esforço em enxergar a dita veracidade parece atender tão somente à noção, já estabelecida pelo autor, de verdade como correspondência. Por sua vez, a concepção correspondentista da verdade tem funcionalidade exclusivamente para que se possa falar sobre a veracidade (=a congruência ao “mundo real”) em um determinado caso. Os conceitos, aqui, oferecem pouca operatividade.

A permanência da ideia correspondentista de verdade pode levar a estados paranoicos na decisão. Afinal, se do movimento cognitivo o que resulta deva ser a verdade, a consciência chama de verdadeiro aquilo que resultar desse processo de compreensão. Aí já não se fala de correspondência entre discurso e realidade, mas entre discurso e convencimento do julgador. A decisão se torna, assim, autorreferenciada, uma vez que é elaborada e justificada no recinto mental do julgador. Em outras palavras, a percepção do fato é assumida como o fato em si.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 19 – tradução livre. O autor deixa claro, inclusive (p. 21), que sua forma de enxergar o tema é uma *prescrição* do raciocínio, indicando que assim devem passar a pensar os juízes quando em contato com casos concretos.

⁴⁶⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 26/27.

⁴⁷⁰ GRESTA, Roberta Maia. Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, et al. *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 283.

Apontados estes pontos delicados que decorrem da ideia de que a prova serve à verdade, vale prosseguir para enfrentar a questão de que é tarefa do juiz buscar essa verdade trazida pela instrução probatória.

3.4.1. O argumento sedutor da busca da verdade no processo

O argumento de que o juiz não pode se contentar com uma “verdade” meramente formal é esteticamente muito atraente. O recurso à busca pela verdade se põe como contraposto a uma visão excessivamente formalista na qual não seria dado ao julgador decidir além daquilo que esteja comprovado nos autos. Diz-se que, se preso à verdade meramente formal, o juiz seria um “convidado de pedra”, imóvel e inerte. Já se partir em busca da verdade “real”, assumiria o papel de “diretor material do processo”.⁴⁷¹ Parece que a comunidade jurídica tenta contrapor modelos de juiz, separando o mero burocrata daquele que se sente capaz de captar o sentimento da comunidade em que está inserido.

Posto o problema dessa maneira, sua resposta parece pender para o lado do juiz preocupado com a Justiça, em detrimento do intérprete frio, que julga conforme os ônus de prova.⁴⁷² E não há dúvidas de que a repartição abstrata dos ônus de prova nada tem a ver com situações *verdadeiras* ou *falsas*. São juízos apriorísticos baseados em distribuição de riscos, apenas. No entanto, a doutrina *truth-oriented* enxerga com maus olhos que o juiz tenha que se contentar com uma decisão “menos verdadeira”, em caso de dúvida e aplicação do art. 373 do CPC.⁴⁷³ O que devemos fazer é atentar-nos ao uso pragmático do critério “verdade” no discurso judicial, como bem destaca Montero Aroca:

Uma coisa é partir do pressuposto de que, ainda que com as limitações do procedimento, o normal é que nos processos civis se busque “a verdade” de como ocorreram os fatos [...], e outra muito diferente é entender-se que a ‘justiça’ do caso concreto só se atinge se se alcança a ‘verdade objetiva’.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ LOPES, João Baptista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. *Revista dos Tribunais*, vol. 716. São Paulo: RT, out/2011, p. 43.

⁴⁷² Uma boa análise da histórica relação entre busca da verdade e busca por Justiça está em: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 375 e ss.

⁴⁷³ É a opinião de Hock Lai Ho, que sustenta que o abandono da busca pela verdade tende a diminuir a capacidade humana de julgar com justiça, embora o próprio autor admita a intangibilidade da verdade objetiva (HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*, cit., p. 55/56)

⁴⁷⁴ AROCA, Juan Montero. *Prueba y proceso civil*, cit., p. 34.

Em nome dessa distinção, uma série de confusões tem sido feita pela doutrina processual civil.⁴⁷⁵ A doutrina brasileira, em meio a esse tema complexo e polêmico, chega a relacionar o “contentamento” com a verdade formal aos modelos silogísticos de raciocínio, e a busca da verdade com a dialeticidade argumentativa. Nesse contexto, apenas no processo que tem a “verdade real” como norte o juiz estaria efetivamente interessado no litígio.⁴⁷⁶ No âmbito do processo penal, onde o tema é discutido de forma mais densa e há mais tempo que no processo civil, as consequências perniciosas do juiz que busca pela verdade são já bastante conhecidas.⁴⁷⁷ Cabe pensarmos sobre o tema voltado à realidade da presente tese.

Em primeiro lugar, note-se que o fato de se crer ou não no conceito de verdade e na sua funcionalidade hermenêutica não significa posicionar o verdadeiro como a finalidade da investigação por um objeto a ser interpretado.⁴⁷⁸ Mesmo quem defenda a existência de verdades objetivas precisa enfrentar o problema da sua tangibilidade através da investigação pelo juiz.

Parece que aqui teremos um ponto de encontro entre o que será dito mais adiante a respeito de produção oficiosa de provas e o discurso da busca pela verdade. Estamos diante de uma possível exaltação das características *inquisitórias* do juiz, visto como protagonista do sistema de direito processual.⁴⁷⁹ O Judiciário passa a ser investigador e, ao mesmo tempo, produtor dos saberes oficiais resultantes do processo.

É fato que o processo orientado para a verdade deposita a confiança do bom resultado do caso na figura central do juiz. Em relação às presunções judiciais, a resposta depende igualmente dessa posição que se confere ao Judiciário frente às partes: se se reconhece a autorização para a descoberta da verdade material e não se lhe impõem as contenções do processo e das garantias constitucionais, caberá sempre ao juiz ir em busca de inferências

⁴⁷⁵ Tome-se o seguinte exemplo: “Considerar o processo não objetivando a verificação da verdade é uma ideia que contrasta com a cultura sociológica e filosófica de muitos países, que não compactuam com a ideia de um juiz cujo trabalho é, exclusivamente, restaurar a paz social. A conceber-se esse critério, haveria o risco de desembocar-se no autoritarismo mais absoluto ou na mais atrevida indiferença” (ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial*, cit., p. 146). A autora aí comete o equívoco de vincular a verdade à democracia. Como dito no início deste tópico, no entanto, é justamente a imposição do selo de “verdadeiro” que representa um autoritarismo acentuado nas relações de poder entre os Sujeitos do processo. A busca pela verdade é, ela mesma, uma violência linguística.

⁴⁷⁶ LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 50/51.

⁴⁷⁷ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit. p. 69; DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*, cit., pp. 115 e ss.

⁴⁷⁸ ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?*, cit., p. 37/38.

⁴⁷⁹ “A busca obsessiva – e patológica – da verdade é uma característica marcante do sistema inquisitório: KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 49; LOPES Jr, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, cit., p. 262.

possíveis e justificáveis, quando o estado de fato dos autos não refletir aquilo que lhe aparenta ser a verdade real.⁴⁸⁰ Sobre o tema, Mirjan Damaska é preciso:

Parece claro que julgadores devam domar seu impulso de estabelecer a veracidade histórica: eles não podem tornar-se buscadores da verdade independentes e enérgicos sem pôr em perigo a imparcialidade essencial ao seu papel de solucionador de conflitos. Ainda que eles observem os limites impostos pelas alegações das partes, sua procura determinada pela verdade pode levar à descoberta de provas que criem turbulências, agravando ao invés de absorver, as dificuldades estruturais do processo.⁴⁸¹

A partir dessa concepção, retomemos o que foi dito acima sobre o *exercício de poder* pela jurisdição – algo que será retomado à frente, com mais detalhes. A doutrina da busca da verdade é fixada na ideia de um produtor oficial dessa verdade (o Estado-juiz), cuja função seria limitar a atuação falível e parcial das partes.⁴⁸² Essa abordagem do tema é típica de um conceito de verdade como utilidade, como eficiência, e como Justiça, conectados intimamente ao Estado como intérprete oficial do mundo no processo.

Por óbvio, não é intenção deste trabalho tratar dos sistemas de direito processual penal. Tampouco comparar as características inquisitórias, de forma geral, ao processo civil. O que vale notar a respeito disso é que, se a busca da verdade está intimamente ligada à inquisição como modelo de procedimento, mesmo no âmbito criminal já deveria ter havido a superação do paradigma uma vez admitida a legitimidade do sistema acusatório. E rechaçar o autoritarismo, mas permanecer com os dois pés ainda fincados no terreno da busca da verdade, não oferece grande avanço teórico. Esse ponto, em especial, vale para o processo civil. Insistir na relação estreita entre provas e verdade pode, a despeito das boas intenções dos seus defensores, criar espaços de discricionariedade ilegítimos.⁴⁸³

⁴⁸⁰ Defendendo que quanto mais o juiz participa ativamente da instrução, mais perto ele chega da verdade: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 17. Em sentido contrário: BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 210.

⁴⁸¹ DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*, cit., p. 121 – tradução livre.

⁴⁸² “Um procedimento epistemicamente direcionado deve necessariamente ser estruturado de modo a contrastar – ou pelo menos a minimizar – a tendência das partes de distorcerem a verdade; isto é, de desenvolver procedimentos que possam não só permitir que o juiz tenha condições de buscar a verdade com poderes instrutórios de ofício, mas também de regular a atividade das partes de modo a não permitir que essas ‘atrapalhem’ ativa ou passivamente esse seu mister” (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, cit., p. 96). O mesmo está em: PAOLINELLI, Camila Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 211).

⁴⁸³ “A contraposição entre verdade formal e material, com a qual o processualista acreditou expressar em uma fórmula sintética a essencial diferença de objeto entre a instrução criminal e civil, não corresponde de modo algum à natureza verdadeira dos dois processos” (CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*, cit., p. 114/115 – tradução livre). Ainda que Calamandrei conclua dizendo que o objetivo de ambos os processos é a busca da verdade – algo com o que não concordamos –, sua afirmação vai no sentido de negar a existência de duas espécies de verdade. O verdadeiro é um só, nem material, nem formal.

Se sabemos que a verdade é um conceito de pouca utilidade, e seu real alcance não é possível, devemos nos questionar se os métodos tradicionais do processo para ter acesso aos fatos do passado correspondem às exigências que a própria doutrina impõe (a busca pela verdade). O que podemos concluir aqui é que o ideal de busca pela verdade só é coerente com um sistema jurídico e filosófico que considera que a verdade é de fato atingida, consciente e demonstravelmente. Do contrário, as referências ao real e à distância dos autos em relação à realidade parecem mesmo surtir efeito mais retórico que epistemológico.

Queremos dizer, com isso, que não é demérito ou comodismo retirar do juiz a exigência imediata de que sua tarefa de condução do processo inclua a busca incessante pela verdade no accertamento dos fatos. O direito processual, entendido como modo de organização do diálogo entre as partes e o juiz para a obtenção de uma resposta rente à Constituição, não impõe que o procedimento se desenvolva tendo a verdade (objetiva, pura, “real”) como norte.⁴⁸⁴ E ao não o fazer, permite que os sentidos sejam atribuídos aos fatos do caso hermeneuticamente, livres de serem a todo momento contrastados com a impressão do juiz sobre aquilo que “realmente ocorreu”.

Em um contexto em que, como vimos e veremos, a busca pela verdade é sempre uma empresa que já nasce falida, as regras da prova são *limites* à busca violenta da verdade. Desempenham função e garantia e protegem os litigantes de eventuais abusos de poder na coleta (ou investigação) de informações.

É, portanto, de se concordar com William Santos Ferreira, quando diz que a verdade não é uma meta da sentença, mas dela uma expectativa⁴⁸⁵ – afinal ninguém imagina uma sentença que propositadamente fuja da verdade.

Tanto se fala, e há muito se sabe, que a essência da verdade é inatingível. E, no entanto, insiste-se na ideia de que uma suposta investigação por seu conteúdo essencial levaria o processo ao caminho correto. Veja-se o exemplo de Jordí Ferrer Beltrán, que compara a

⁴⁸⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 1, 6ª ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988, p. 251/253; LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis. In: *Revista do Unicentro Izabela Hendrix*, Nova Lima, v. 2, 2003, p. 16. Da mesma forma, dizendo que a verdade dos fatos não é responsabilidade do juiz, nem do processo, tampouco da prova em si: SOARES, Carlos Henrique. Reflexiones filosóficas sobre la prueba y verdad em el processo democrático. In DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, et al. *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 49.

⁴⁸⁵ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014, p. 281. Igualmente: ALMEIDA Jr, Jesualdo Eduardo. Um réquiem à busca da verdade no processo civil. *Revista Magister de direito civil e processual civil*, n. 23. Porto Alegre: Magister, mar-abr/2008, pp. 39/58.

atividade do juiz a de um médico, e diz o seguinte: “Pode dizer-se claramente que o objetivo da atividade clínica diagnóstica é a averiguação da verdade sobre o estado de saúde do paciente”.⁴⁸⁶ No entanto, é possível pensar em outro caminho para o raciocínio acima. Afinal, se o médico se equivocar, e o tratamento para a patologia “errada” diminuir ou eliminar os sintomas da doença, terá havido erro médico? A busca por aquilo que “realmente” ocorreu é mesmo o que garantiu o sucesso da atividade do profissional? Queremos crer que não.

Não estamos, ao buscar por algo que não se sabe o que é e onde está, correndo tanto o risco de encontrar quanto de deformar a realidade? Daí fixarmos, nesta tese, a premissa de que a busca pela verdade não é finalidade institucional do processo, tampouco das provas.⁴⁸⁷

Afinal, do ponto de vista pragmático, justificar um enunciado e demonstrar a sua “verdade” são tarefas semelhantes, quase idênticas.⁴⁸⁸ Sendo assim, a vantagem do abandono da verdade em detrimento da justificação é o ganho qualitativo na sinceridade dos argumentos, proveniente do afastamento do risco do uso vazio do verdadeiro como critério de legitimação. Quer dizer, se verdade e justificação são a mesma coisa, é melhor não permitir que as investigações circundem sempre a verdade, pois sua disfuncionalidade enquanto *criptoargumento* é um risco latente, sempre presente no discurso judicial.

⁴⁸⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 50 – tradução livre.

⁴⁸⁷ Com grande proveito, a mesma opinião está detalhada em: KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 4ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010, p. 349.

⁴⁸⁸ “Não temos os meios de estabelecer a verdade de uma crença ou o caráter apropriado de uma ação de outro modo que nos referindo aos elementos de justificação em relação aos quais nós nos condicionamos, em especial quando tentamos vencer as objeções que os outros opõem a nossas crenças ou ações. A distinção filosófica entre justificação e verdade não parece ter consequências práticas. É essa a razão pela qual os pragmatistas consideram que não vale a pena refletir sobre ela” (ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?*, cit., p. 67).

SEGUNDA PARTE – INFERÊNCIAS E PRESUNÇÕES SOBRE OS FATOS DO PROCESSO

É objetivo desta segunda parte posicionar a figura do julgador na relação processual, com o cuidado de não hipertrofiar seus poderes, e tampouco desmerecer sua atuação como detentor da última palavra sobre o caso. Devemos abordar questões próprias do tema da tese, em especial relacionadas a quais são os juízos legítimos sobre as provas dos autos. A intenção é traçar o pano de fundo para tratar das *presunções* e identificar quando elas são legítimas, e quando são fruto de um exercício discricionário de poder.

4. A POSIÇÃO OCUPADA PELO JUIZ NO ACERTAMENTO DOS FATOS

4.1. Ativismo judicial e a confiança nos bons juízes

O propósito deste trabalho não é estabelecer ou propor novos desenhos institucionais que modifiquem a importância ou papel dos juízes nos processos judiciais. No entanto, para que possamos falar a respeito da inviabilidade do uso de critérios como *convencimento*, *certeza*, e *verdade* na investigação probatória oficiosa, é preciso ao menos dizer uma palavra sobre o tema.

Para a presente tese, ativismo é a decisão judicial com base nas preferências de política pública do juiz, em vez daquelas prescritas em lei.⁴⁸⁹ A discussão, aqui, para não se perder em truísmos ideológicos, deve girar em torno da constante tensão entre liberdade crítica e auto constrangimento (*judicial review* e *self-restraint*) por parte do julgador.⁴⁹⁰ E diga-se desde já: não existe *bom* ou *mau* ativismo, pois a própria noção do que é “bom”, na atividade de extrapolar os limites da jurisdição, pressupõe um risco sistêmico.⁴⁹¹

Não é nova, então, a relação entre “justiça” e o suposto descobrimento da verdade pelo juiz.⁴⁹² Para início e contextualização do que se discutirá, cabe transcrever um trecho da

⁴⁸⁹ ROOSEVELT, Kermit. Judicial Activism is not a useful concept. In: BERLATSKY, Noah. *Judicial Activism: opposing viewpoints*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2012. p. 57. Opinião semelhante está em: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117; CROSS, Frank B; LINDQUIST, Stefanie A. *The scientific study of judicial activism*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=939768>>, acesso em 16/04/2018.

⁴⁹⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1.140.

⁴⁹¹ HOLLOWAY, Carson. Judicial activism, by liberals and conservatives, is danger to America. In: BERLATSKY, Noah. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2012. p. 38; ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 1.150.

⁴⁹² Já Jeremy Bentham defende veementemente mais poderes ao juiz, expressamente desmerecendo a atividade das partes, como se vê em: FERRARO, Francesco. *Il giudice utilitarista*. Pisa: ETS, 2011.

exposição de motivos do CPC de 1939. O código marca a época em que, no Brasil, tornou-se pacífica a concepção *publicista* do processo, na qual o juiz é destinatário único da atividade probatória das partes e vale sem remendas a máxima “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”: quem comanda a fixação da verdade e do direito é, sempre, o juiz. Veja-se, então, da exposição de motivos:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber *ao juiz*; *a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade*. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.

Igualmente, veja-se o seguinte trecho da exposição de motivos do Código de Processo Penal, de 1941:

O juiz deixará de ser um expectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. [...] Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o indubio pro reo ou o non liquet.⁴⁹³

Qualquer semelhança com as corruptelas do discurso sobre o ativismo judicial não é mera semelhança. Aliás, vale a pena relacionar também um pequeno excerto do documento (denominado “*relazione al Re*”) de autoria do Ministro da Justiça Italiano, Dino Grandi, para a promulgação do código de processo civil italiano em 1940:

Não é concebível que o juiz assista, como expectador impassível, e algumas vezes impotente, quase como se fosse um árbitro de um campo de jogos que se limite a indicar os pontos e a controlar que sejam observadas as regras do jogo [...] então o juiz deve possuir uma precisa direção do processo, uma posição proeminentemente reguladora.⁴⁹⁴

A dinâmica das narrativas é idêntica. O código italiano é marcadamente fruto da concepção cientificista do direito processual, e entrou em vigor em pleno Estado autoritário na Itália – ou seja, a técnica processual que justifica maiores poderes ao juiz “neutro” diz muito pouco, ou quase nada, sobre o compromisso democrático do modelo de processo a ser

⁴⁹³ Disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/tag/exposicao-de-motivos-do-cpp/>, acesso em 07.12.2017.

⁴⁹⁴ NUNES, Dierle Coelho; PICARDI, Nicola. O código de processo civil brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 190, t. 2. Brasília: Senado Federal, abr/jun. 2011, p. 98.

adotado.⁴⁹⁵ Não obstante tudo isso, no Brasil atual persiste a ideia de que a solução para dar mais eficiência ao processo civil estaria na concentração de poderes (inclusive instrutórios) na figura central do julgador.⁴⁹⁶ É exatamente isso que, neste tópico, procuraremos combater.

É interessante a alegoria de Luís Correia de Mendonça, que fala de um “vírus autoritário” afetando o processo civil desde o final do século XIX. Os sintomas do vírus incluíam a aceitação de que o processo não serviria para a tutela dos direitos subjetivos das partes, mas sim para a restauração da norma de direito material violada – quer dizer, as partes é que serviriam ao processo, que teria função de promover a pacificação de *toda a sociedade*.⁴⁹⁷

O código de processo civil austríaco, de autoria de Franz Klein, que é tido como o precursor da ideia de publicismo ou socialismo processual, não tinha originalmente a intenção de promover um ativismo incontável por parte do juiz. É de Klein a ideia de que o juiz modera a estrutura adversarial, sem desfigurá-la. Há a percepção do processo civil como uma responsabilidade conjunta do juiz e das partes. Nesse contexto, não há “verdade material”, enquanto categoria objetiva e absoluta de conhecimento; a verdade suficiente é aquela que se atinge através da participação leal da comunidade de trabalho no processo.⁴⁹⁸

Ocorre que, ao se atribuir mais poderes ao Estado-juiz na investigação do caso, o processo civil acabou por controlar a atividade dos litigantes e fortalecer as instituições oficiais, centralizando o exercício de poder e recriando uma estrutura paternalista. Foi contaminado pelo vírus. Esse é o pano de fundo para que o valor “verdade” – ou seu uso performático – tenha se tornado mais importante que qualquer outro. O ideal de verdade absoluta é mais uma imposição ideológica do que o subproduto do processo em si. E a partir daí, passa a ser papel do Estado promover essa busca completa dos fatos.

Em regra geral, as portas se abrem para atitudes ativistas especialmente nos chamados *hard cases*,⁴⁹⁹ assim entendidos aqueles nos quais a solução implica o recurso

⁴⁹⁵ Opinando no sentido de que o processo, justamente quando se esconde por trás de ideais de neutralidade e técnica, mascara sua própria ideologia política: PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo, cit., p. 361.

⁴⁹⁶ “Nesse sentido, persiste a ideia de que a solução para uma atuação jurisdicional estatal eficiente e constitucionalmente adequada se encontra no próprio robustecimento dos poderes judiciais, como se a hipertrofia fosse a solução para a dismorfia” (GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 60).

⁴⁹⁷ MENDONÇA, Luis Correia de. Vírus autoritário e processo. *Julgar*, n. 1. Lisboa: Almedina, jan-abr/2007, p. 74/96.

⁴⁹⁸ UZELAC, A. *Evidence and the principle of proportionality*, cit., p. 20.

⁴⁹⁹ RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 129 e ss.; ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 1.154 e ss:

argumentativo a uma linguagem menos dedutiva, menos subsuntiva; são casos em que a mera menção à “letra da lei” em tese não seria suficiente para uma decisão legítima. Como adiante falaremos especificamente sobre o ativismo em matéria probatória, é necessário dirigir este tópico para o tema.

Podemos afirmar, em uma comparação solta e não apegada à precisão técnica, que os casos difíceis do positivismo são semelhantes às situações de *dúvida*, falta de *certeza*, e não atingimento da *verdade*, no campo do acerto dos fatos. Assim como a dicotomia fictícia entre casos fáceis e difíceis, a certeza e a dúvida são fabricações linguísticas a serviço de um ponto de vista incompleto sobre o fenômeno da compreensão. E da mesma forma como o movimento pós-positivista tratou de deixar claro que *não existem easy cases*,⁵⁰⁰ precisamos repensar a separação entre casos nos quais o juiz afirma ter certeza, e aqueles nos quais apenas uma postura ativista entregaria a certeza até então não atingida.

Precisaremos, para fazer valer a analogia entre o conceito de ativismo e o que a atitude investigativa do juiz, traçar algumas peculiaridades. Não é caso, aqui, de falar em um “desapago” à letra da lei, ou substituição do direito pela vontade subjetiva do juiz. Inclusive pois, como será visto com mais detalhes adiante, o CPC permite expressamente a determinação oficiosa de provas. O ponto de encontro entre a clássica definição de ativismo judicial e a vontade racionalista de investigar até chegar à “verdade” em matéria de provas é a percepção de que o juiz seria um observador privilegiado da realidade, como se a autoridade da decisão judicial fosse consequência de sua correção intrínseca.⁵⁰¹ E, nesse ponto, as lições da literatura sobre ativismo são úteis.

Ao manter a *verdade* como critério de justiça da decisão, o Judiciário obriga-se a insistir na busca pela *certeza*. Essa busca é o que cria o falso fenômeno do estado de dúvida que poderia ser sanado. E é na tentativa vã de extirpar a dúvida (em termos hermenêuticos: livrar-se da abertura da linguagem) que perdemos contato com a legitimidade da decisão, e vemos invadir a discricionariedade, mesmo que involuntária.

⁵⁰⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*, cit., p. 297; MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, cit., p. 121.

⁵⁰¹ J. J. Calmon de Passos é enfático neste ponto: “Se eu disser alguém que ele é devedor de fulano, corro o risco de levar alguns tapas, mas se eu for juiz e meu dizer estiver formalizado numa sentença, o destinatário de meu julgamento ousará me dar um tapa e será devedor, mesmo que ele tenha a mais firme convicção de que jamais foi devedor. Só nisso o julgamento judicial é diferente do julgamento de qualquer outro ator social. Pura falácia legitimá-lo por sua correção intrínseca” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional. Ensaios e Artigos*, vol. II. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31/32).

Repita-se que, no entanto, para o desgosto das opiniões doutrinárias contrárias, a lei permite o movimento *ex officio* em busca de provas, mesmo que excepcionalmente. Quer dizer, o que aqui é chamado de *ativismo fático* não é violação à lei, mas sim um problema de falta de justificação legítima para o estado de dúvida, para a determinação de uma determinada prova, e principalmente para o estabelecimento de uma presunção. A discricionariedade, nesse ponto, não está no material jurídico que o caso fornece, mas sim na *atitude estratégica* adotada pelo juiz diante do caso que está a interpretar.⁵⁰² O que nos parece possível, por ora, é concluir que a adoção de posturas *ativas*, como que pretensamente simbólicas de um julgador mais preocupado com a “justiça”, não são suficientes para a determinação de provas *ex officio*, e menos ainda para o estabelecimento de uma presunção não querida pelas partes.⁵⁰³

Dizemos isso tendo em vista que o grande trunfo do ativismo é esconder-se por trás de *enunciados performáticos*, que não se sujeitam necessariamente a um juízo de veracidade, mas sim de *felicidade*: são enunciados empregados com o propósito específico de performar uma determinada finalidade, e não relatar ou prescrevê-la:

Os termos frequentemente utilizados com função performática são interesse público, conveniência e oportunidade, livre convencimento motivado, proporcionalidade, vontade da lei, princípio republicano e justiça. Em regra, esses conceitos são usados para conferir verniz normativo a decisões ativistas. Julga-se de acordo com a subjetividade do intérprete e, para mascarar esse voluntarismo, os enunciados performáticos são lançados como elemento de suposta normatividade ao decisor.⁵⁰⁴

É fácil perceber a proximidade do trecho acima com o discurso bastante repisado de que o juiz deve escolher entre o conforto e o encastelamento da profissão, ou o senso de “justiça” do cargo público que ocupa.⁵⁰⁵ Essa referência do juiz ativista como “o bom juiz” é sabidamente vazia,⁵⁰⁶ e não se sustenta como critério de legitimação de uma posição tão delicada quanto a produção oficiosa de uma prova ou o estabelecimento de uma presunção.

⁵⁰² KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*, cit., p. 16.

⁵⁰³ Veja-se um bom exemplo de discurso ativista fundamentado no sentimento do justo subjetivo: “Não se pode esquecer que a ciência processual evoluiu. Hoje pensa-se mais em justiça e menos em técnica ou ciência processual” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 107).

⁵⁰⁴ ABBUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 1.184.

⁵⁰⁵ Exemplos disso na doutrina são fartos. Por todos, ver: BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*, vol. 27. São Paulo: RT, jul-set/1982, p. 190; PEYRANO, Jorge Walter. *Nuevas tácticas procesales*. Rosario: Nova Tesis, 2010, p. 15; NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: RT, 2015, p. 255; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas*, cit., p. 22. Em matéria de provas, especificamente: BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 51.

⁵⁰⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 81; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, cit., p. 178.

Assim como não há autorização abstrata para o Judiciário agir quando houver déficit Legislativo,⁵⁰⁷ o mesmo podemos dizer em relação às situações em que o julgamento por ônus de prova causar no julgador um profundo e abstrato senso de “injustiça”.⁵⁰⁸ Não lhe é conferida discricionariedade para escolher quando se contentar com a dúvida, e quando eliminá-la através de uma presunção a respeito de um fato não provado.⁵⁰⁹

Vale sempre lembrar que a atitude positivista não é mal-intencionada, mas apenas perigosa, por motivos de enviesamento e de exposição a uma subjetividade inconsciente. E aliás, tudo o que for dito sobre o juiz *não poder produzir provas de ofício* será frontalmente contrário ao CPC/15. Por isso, a preocupação central não é de lutar contra a lei – isso seria, inclusive, academicamente desonesto. A ideia aqui é evidenciar que quando o código permite (mas não dá balizas para) o exercício de poderes instrutórios, abre um espaço que pode ser utilizado arbitrariamente.⁵¹⁰

4.2. Poderes do juiz na produção de provas e nas presunções

A discussão ideológica no campo do direito processual divide paradigmas e defensores de correntes de pensamento bastante divergentes – publicismo, privatismo, “cooperativismo”.⁵¹¹ Fala-se sobre *modelos de processo civil* a ser adotados pelo sistema brasileiro, com grande entusiasmo. Dentro desse ambiente de discordâncias teóricas, talvez o tema que mais atice os ânimos da comunidade jurídica é a limitação exata da liberdade de

⁵⁰⁷ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 1.185.

⁵⁰⁸ A essa atitude, ou “comportamento estratégico”, Duncan Kennedy chama “ativismo moderado”, ou “ativismo restringido” (KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoria jurídica crítica*, cit., p. 38 e ss).

⁵⁰⁹ “É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Provas atípicas*. *Revista de Processo*, n. 76. São Paulo: RT, out-dez/1994, p. 115).

⁵¹⁰ “A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo, do que no não exercício desse poder casuisticamente. Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual” (GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 96).

⁵¹¹ Nesse sentido, com amplo proveito sobre o histórico debate entre privatismo e publicismo: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JurPodivm, 2016. A respeito do “modelo cooperativo” mais recente, ver: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático* cit., pp. 239 e ss.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 98 e ss.; GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. *Revista de Processo*, vol. 206. São Paulo: RT, abr/2012, pp. 123/124; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988; DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Lisboa: Coimbra, 2010.

atuação do juiz como diretor do processo (art. 139 do CPC). Incumbido dessa função, toca-lhe impulsionar o feito, disso não há dúvidas. Mas até que ponto o código lhe permite, como diz o art. 370 do CPC, *determinar oficiosamente* as provas que entender necessárias para julgar o feito? Em outras palavras: qual a delimitação dos *poderes instrutórios* do juiz?

4.2.1. Princípio dispositivo e a titularidade do requerimento pela produção probatória

Antes de falarmos diretamente sobre os poderes instrutórios do juiz, há uma relação que necessariamente precisa ser pensada, entre o *princípio da demanda* (ou *dispositivo*),⁵¹² segundo o qual são as partes, e apenas elas, quem delimitam o *objeto do processo* – isto é, decidem e determinam aquilo que será levado a juízo – e a possibilidade de que o juiz interfira na forma através do qual as matérias postas no caso serão julgadas. Deve-se enfrentar a questão de saber se a liberdade dada às partes pelo princípio dispositivo, como dimensão da autonomia privada,⁵¹³ inclui a sua liberalidade em definir quais provas serão usadas para atestar os fatos do caso, ou, se não, qual a parcela de intromissão judicial tida por legítima em cada caso, sabendo-se que a *inércia* é uma característica fundamental do exercício da jurisdição.

A doutrina muitas vezes tentará relacionar estreitamente estes dois momentos: inércia na instauração do processo, e não intromissão nos atos postulatorios ao longo do procedimento.⁵¹⁴ Ocorre que, em verdade, tratam-se de fenômenos que decorrem de justificativas completamente distintas, e que podem inclusive ser confundidas indevidamente em razão da nomenclatura utilizada.⁵¹⁵ Por essa razão, muitos autores preferem falar em princípio da *demand*a para a exigência de voluntariedade no ajuizamento da ação, reservando

⁵¹² Denominação dada, por exemplo, por: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 389-390.

⁵¹³ Nesse sentido, considerando que o princípio dispositivo é uma faceta processual da autonomia privada: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78; DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Teoria geral do processo*. 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2012, p. 64.

⁵¹⁴ É o que defendem, por exemplo e com propriedade: CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile cit.*, p. 16/17; AROCA, Juan Montero. *Prueba y proceso civil cit.*, p. 100/103.

⁵¹⁵ “De modo nenhum pode ser confundido o momento inicial, consistente na alegação dos fatos jurídicos, que dão substrato à pretensão sub judice, com o momento posterior, interno ao processo, concernente às demonstrações de cunho probatório [...]. Instaurado o processo, o seu modo, ritmo e impulso escapam à disponibilidade das partes” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180). O mesmo entendimento está em: ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1956, p. 86 e ss; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual, 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45 e ss.

a expressão *dispositivo* para os atos de disposição durante o trâmite processual.⁵¹⁶ Utilizaremos esses termos, para facilitar a compreensão.

A iniciativa no exercício do direito de ação é diretamente decorrente da exigência de imparcialidade judicial.⁵¹⁷ Estariam cumuladas aí as funções de *requerer* e de *julgar*, o que é inadmissível por clara violação da equidistância no tratamento das partes. É, afinal, relacionado com a negativa de que o juiz atue de ofício na *instauração* do processo. Já o princípio *dispositivo* no sentido aqui tratado diz respeito ao que em processo criminal se convencionou dividir entre modelo inquisitivo ou acusatório:

Assim, se o processo impõe a prevalência da vontade das partes na condução dos atos do processo, inibindo ao magistrado papel ativo na colheita da prova e no andamento do feito, tem-se a predominância do princípio dispositivo. Se, ao revés, prevalece a atuação oficiosa do juiz, tanto na instrução da causa, como no impulso da seqüência dos atos do processo, então se verifica um processo de perfil inquisitório.⁵¹⁸

Do mesmo modo, diz Taruffo que “a determinação de provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento, ou seja, à técnica do processo, e não ao princípio dispositivo em sentido próprio”.⁵¹⁹ Trata-se então de um modo de enxergar a técnica processual de condução do processo,⁵²⁰ embora permeada por, como dito no início deste tópico, um debate bastante marcante do ponto de vista ideológico, e até de política legislativa.⁵²¹

Cabe então diferenciar, de um lado, a alegação dos fatos, que se relaciona à delimitação do objeto do processo (pedido, identificado pela causa de pedir) e, de outro, a prova dos fatos alegados, essa ligada à estrutura interna do processo já instaurado.⁵²² Assim, por exemplo, quando Alfredo Buzaid diz que “a teoria dos ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo pelo que respeita à verificação dos

⁵¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41. São Paulo: RT, 1986, jan-mar/1986, p. 36-38; ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. n. 3; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 91.

⁵¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1971, p. 97/98; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 46-47; ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda, cit., n. 2. Da doutrina estrangeira, no mesmo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di diritto processuale*, n. 15. Padova: CEDAM, 1960, *passim*; VERDE, Giovanni. Domanda (principio della). In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XII. Roma: Treccani, 1989, p. 1.

⁵¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda, cit., n. 3.

⁵¹⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 204.

⁵²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo, cit., p. 6.

⁵²¹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, cit., p. 375/376.

⁵²² A distinção se deve em grande parte a Mauro Cappelletti (*La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, parte I*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 303-365), que aprofundou com grande êxito o que já havia dito Tito Carnacini (Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1951).

fatos”,⁵²³ faz referência ao acerto fático, e não à autonomia da vontade ligada à delimitação do objeto do processo. É como entende a jurisprudência do e. STJ:

Está assentado nesta Corte Superior o entendimento de ser possível ao magistrado determinar, de ofício, a realização das provas que julgar necessárias, a fim de firmar devidamente o seu juízo de convicção, sem que isso implique violação do princípio da demanda, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil.⁵²⁴

Dito isso, precisamos concluir que fazer uma simples ligação entre princípio da demanda (mesmo que denominado de “dispositivo”) e a limitação dos poderes instrutórios é um argumento descabido, que pode afinal depor contra a defesa – como feita nesta tese – dessa limitação de poderes, na medida em que confunde fenômenos em prol de uma opção ideologicamente comprometida.⁵²⁵

Para este trabalho, de fato a solução adequada no jogo de funções distribuídas entre partes e juiz é deixar às partes, exclusivamente, a tarefa de especificar provas, e dar máxima atenção aos ônus de prova como regra de julgamento. Até porque, como diz Chiovenda, em um sistema que admitisse a busca de ofício da verdade dos fatos, não haveria sequer necessidade da repartição do ônus da prova.⁵²⁶ Assim, não produzida uma determinada prova, o estado de “dúvida” deve levar o julgador a desfavorecer a parte que não se desincumbiu da sua carga probatória. Isso, contudo, ocorre independentemente do que se diga a respeito do princípio da demanda.

Estabelecida a diferença entre princípio da demanda e instrução probatória, cabe agora falar a respeito desta última, entendida independentemente e com base nas premissas estabelecidas no início deste trabalho. Ao final do que ora é exposto, deve ficar entendido que o direito à prova inclui, além da proposição e valoração e fundamentação, o direito de que a decisão seja adstrita aos meios probatórios requeridos pelas partes.

⁵²³ BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Justitia*, vol. 40. São Paulo, jan-mar/1963, p. 19.

⁵²⁴ AgRg no Ag 1154432/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012.

⁵²⁵ Como, por exemplo, o seguinte trecho: “A função do princípio dispositivo não é a de simplesmente tutelar a liberdade das partes relativamente à delimitação dos interesses a serem colocados em debate perante um julgador indiferente à complexidade do mundo [...]. Pressupõe, antes, a proibição imposta ao magistrado de construir a sua decisão com base em temas e fontes de prova diversos daqueles indicados pelas partes” (REICHELTE, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 96).

⁵²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed. Napoli: Jovene, 1923.

4.2.2. Poderes instrutórios do juiz e o ativismo em matéria de provas – alguém é conhecedor privilegiado da realidade?

O debate sobre os poderes instrutórios não é novo, mas modernamente permanece vivo, muitas vezes objeto de estratégias retóricas por parte dos defensores de uma ou outra posição, como alerta Robson Godinho:

Os poderes instrutórios do juiz assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema.⁵²⁷

A pergunta que precisa ser colocada, então, é: o que significa haver “provas necessárias ao julgamento do mérito”? A resposta se relaciona, ao que tudo indica, com o que foi entendido a respeito do conceito de *ativismo judicial*, tratado logo acima neste trabalho. Isso porque o discurso do “bom ativismo” é perfeitamente compatível com largos poderes instrutórios concedidos ao juiz, que apenas exercitaria o poder jurisdicional (polo metodológico do processo como um todo) e determinaria aquilo que é verdadeiro dentre as informações constantes dos autos. Ninguém duvida de que doutrina e jurisprudência que assim defendam têm em mente as melhores intenções para o sistema de resolução de litígios cíveis do País. A questão, como já dito, gira em torno de uma série de equívocos na narrativa do ativismo, que deixam abertas valas a serem ocupadas pela discricionariedade no exercício do poder.

A preocupação deste trabalho é, nessa medida, apontar os riscos decorrentes do ativismo e, de toda forma, da atribuição de maiores poderes cognitivos ao juiz, normalmente blindados por argumentos que aparentam ser singelos, mas que representam perigo de rupturas sistêmicas graves. Tudo o que foi possível concluir a respeito da inexistência de um “bom” ou “mau” ativismo aplica-se aqui com especial importância. Devemos voltar a falar sobre a falsa dicotomia entre o juiz ativo “atento” à realidade, e supostamente o juiz passivo, acomodado, encastelado e distante das dores dos litigantes. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho:

A atribuição de poderes instrutórios ao juiz apoia-se nessa opção ideológica segundo a qual a qualidade da decisão que põe fim ao litígio não é indiferente ou irrelevante, sendo importante a determinação verdadeira do contexto fático discutido na causa.

⁵²⁷ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 27/28. A inflamação das opiniões sobre o tema é tamanha que até mesmo as tentativas de pôr as coisas no seu lugar são tachadas de politizadas. Veja-se, por exemplo, o seguinte: “Se surpreende o intento de converter em técnico o que é político, o que mais chama a atenção é que quando se pretende voltar a chamar as coisas por seu nome, quer dizer, quando se diz que a questão dos poderes do juiz e a prova de ofício se embasa na concepção ideológica das relações entre Estado e indivíduo, imputa-se a quem assim defende que está politizando a questão, no sentido de que se está dividindo uma comunidade técnica, de cientistas do direito, com questões alheias ao seu âmbito natural de estudo” (AROCA, Juan Montero. *Prueba y proceso civil*, cit., p. 129).

Diante da necessidade de descoberta da verdade, justificada a atribuição ao juiz da possibilidade de complementação da iniciativa probatória das partes quando ela se apresente insuficiente ou inadequada para a aquisição de todas as provas necessárias para a obtenção de uma decisão justa.⁵²⁸

Há aí uma falaciosa dicotomia entre, de um lado, a autonomia das partes na produção probatória e uma suposta falta de comprometimento com a justiça, e de outro, o intervencionismo judicial na gestão das provas e a busca de uma decisão mais justa, mais correta. Estamos diante do já conhecido debate sobre a distribuição de tarefas entre partes e juiz – a “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) de que fala, com propriedade, José Carlos Barbosa Moreira.⁵²⁹ O juiz é o protagonista do procedimento, ou não? É ele, em decorrência da função que desempenha, o responsável por fixar a veracidade dos fatos trazidos aos autos pelas partes, ou são as próprias partes que dialogicamente estabelecem as versões de fato possíveis, cabendo ao julgador apenas optar por aquelas que restarem mais fortemente comprovadas? De forma resumida: diante da falta de uma prova que potencialmente dará por provado um fato que até então foi apenas afirmado, e tendo as partes declinado – expressa ou tacitamente – da intenção de produzir a dita prova, cabe ao juiz determiná-la de ofício? Fala-se aí em alguma dimensão do direito à prova?⁵³⁰ É isso o que precisa ser respondido.

A discussão gira também em torno de saber quem (partes ou juiz) tem melhores condições de identificar quais provas são mais aptas a solucionar adequadamente uma demanda.⁵³¹ As razões que adiante serão expostas para o combate ao robustecimento da função cognitiva e investigativa do juiz são puramente hermenêuticas. São constatações sobre a compreensão. Neste trabalho já foi possível estabelecer que não há verdade atingível, senão verdade que se diz ter atingido; pôde-se também deixar claro que o conhecimento absolutamente não se dá de forma racional, sendo a racionalidade em si um meio posterior de enquadramento e redução de complexidade da compreensão. Se isso tudo é assim, tem-se que

⁵²⁸ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 52.

⁵²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos, cit., pp. 7/14.

⁵³⁰ Há quem afirme que o direito fundamental à prova faz com que o juiz (Estado) tenha de promovê-lo, produzindo provas oficiosamente (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, cit., p. 102). Não concordamos com a opinião, na medida em que o direito à prova é garantia *da parte*, exercível por ela apenas, e não pelo juiz em seu nome. Aliás, se estamos falando de uma garantia fundamental do litigante, parece difícil sustentar que a produção oficiosa de provas serve *ao processo* de forma neutra, e não a uma ou a outra parte que se beneficiará com a eventual confirmação da hipótese.

⁵³¹ De um lado: “Ninguém melhor que o juiz para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Nessa medida, e considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 15). Em sentido oposto: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 2015, p. 101.

a atividade de ir em busca de provas equivale a, desde já, assumir um compromisso com uma ou algumas específicas hipóteses de fato, o que inevitavelmente desequilibrará a relação processual propositadamente em favor de uma das partes.

Note-se bem: tudo o que for dito sobre o juiz *não poder produzir provas de ofício* será frontalmente contrário ao CPC/15 (art. 370). Por isso, a preocupação central não é de lutar contra a lei. A ideia aqui é evidenciar que quando o código permite (mas não dá balizas para) o exercício de poderes instrutórios, abre um espaço que pode ser utilizado arbitrariamente.⁵³²

Cabe aqui, então, apontar onde estão os riscos envolvidos nessa atividade, sabendo que se a iniciativa probatória for uma mera faculdade, há grandes chances de que o arbítrio se instale – mesmo que pelas vias ocultas típicas da discricionariedade judicial. Por outro lado, se for um dever (=poder-dever), o processo se torna inquisitivo e formalista. Já se se limitar a produção oficiosa de provas a alguns casos, como por exemplo apenas quando estiverem em disputa direitos indisponíveis,⁵³³ “haverá a admissão de que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo”,⁵³⁴ o que absolutamente não é correto.

O dilema é de certo modo semelhante ao da dicotomia entre *easy cases* e *hard cases*: “já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?”⁵³⁵ Igualmente, qual é o critério para que o julgador determine provas oficiosamente em um caso, e em outro semelhante sinta-se satisfeito com julgar pela *falta* daquela prova, aplicando à parte a desvantagem que decorre do não cumprimento do ônus que lhe incumbia? Tudo indica que aí reside um espaço de grande discricionariedade.⁵³⁶ As soluções apontadas pela doutrina não ultrapassam esse obstáculo. Veja-se por exemplo o que diz Leonardo Greco:

Se o juiz não deve transformar-se num investigador sistemático, sob pena de pôr em risco a sua imparcialidade, por outro lado não deve ele deixar de ir em busca da

⁵³² “A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo, do que no não exercício desse poder casuisticamente. Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual” (GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 96).

⁵³³ É o que dá a entender DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, vol. III, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 102.

⁵³⁴ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 98.

⁵³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, cit., p. 299.

⁵³⁶ Como, por exemplo, no seguinte trecho: “Nesses casos de prova difícil, a exigência da produção de uma prova direta sobre o fato equivaleria à negação do direito à tutela judicial efetiva à parte com ela onerada. Assim é que se permite que o juiz, com recurso a uma ilação positiva fixada em lei ou balizada pelas máximas de experiência, presuma a verificação do fato” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 279).

verdade quando, sabedor de que ela se encontra ao seu alcance, as partes não a tiverem trazido ao processo em razão da deficiência no exercício do seu direito de defesa.⁵³⁷

Como dito, a situação de se saber portador da verdade ou ao alcance dela é absolutamente impossível —⁵³⁸ e com isso até a doutrina da verdade como correspondência concorda. Se o juiz tem conhecimento dos fatos porque são notórios (art. 374, I, do CPC), a situação é diversa. Também não é caso de o juiz conhecer dos fatos por ter tido contato próximo com eles, caso em que desde logo não tem a imparcialidade necessária para julgar a demanda. De toda forma, o critério da “verdade ao alcance” ou “verdade fora do alcance” não é minimamente seguro para que se permita o uso discricionário dos poderes instrutórios.

Diz a doutrina, além disso, que a determinação oficiosa de provas serviria para firmar o convencimento quando aquelas que estão nos autos “não lhe dão o suporte necessário para uma decisão justa”.⁵³⁹ Ora, é justamente nestes casos de falta de provas que devem ser observados os ônus distribuídos pela lei (art. 373 do CPC). E mais: não parece que a relação entre “justiça” e existência de provas suficientes possa ser estabelecida como uma via de mão única. A inexistência de provas a respeito de um fato deveria levar à conclusão de que a solução “justa” é exatamente a de não tê-lo por provado, e não ir em busca de material que confirme a vontade investigativa do intérprete judicial.

É também frequente a opinião de que o comportamento do juiz cível é “passivo”, e o do juiz criminal é “ativo”,⁵⁴⁰ o que guarda relações estreitas com as já combatidas noções de verdade “real” e “formal. De toda maneira, qual seria o motivo de expandir essa noção ativista para a área não penal, justamente quando a filosofia unanimemente se distancia do conceito

⁵³⁷ GRECO, Leonardo, publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 164. São Paulo: RT, out/2008, p. 46.

⁵³⁸ “É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Provas atípicas*, cit., p. 115).

⁵³⁹ LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas*, cit., p. 79.

⁵⁴⁰ DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 57. A atividade oficiosa na produção probatória e o voluntarismo na formação do convencimento são intimamente ligados à configuração inquisitória do processo penal, na qual o próprio juiz recolhe por si mesmo o material, a fim de obter o convencimento da existência do delito (KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 83). No entanto, há opiniões em sentido diferente, sustentando — a nosso ver de forma descabida — a compatibilidade entre o sistema acusatório criminal e o ativismo em matéria de provas: “Não há incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz ativo, dotado de poderes instrutórios, que lhe permitam determinar a produção das provas que se façam necessárias para a descoberta da verdade. A essência do processo acusatório está na separação das funções de acusar, julgar e defender. A ausência de poderes instrutórios do juiz é apenas uma característica histórica do processo acusatório, mas não é um traço essencial” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2013, p. 154). Note-se que o autor insiste na relação entre prova e verdade, o que para este trabalho não se sustenta.

puro e objetivável de verdade? Parece que a teoria do direito (ou suas vulgatas), ao apresentar o discurso de que o juiz não pode permanecer “encastelado” e deve agir ativamente em casos cíveis, caminha em sentido contrário de todas as descobertas da filosofia, contemporâneas a esse mesmo discurso.⁵⁴¹

De toda forma, já foi dito e vale repetir que o art. 370 do CPC (e, de certa forma, o art. 378 também) possibilita, genericamente, que o juiz determine provas oficiosamente. Diante disso, há opiniões moderadas que admitem uma intervenção subsidiária, em casos excepcionais, e apenas quando as partes expressamente tenham demonstrado não serem capazes de compreender a essencialidade da dita prova para a demonstração de um fato essencial.⁵⁴²

Já por outro lado, e corroborando o que vem sendo dito a respeito das falsas relações entre justiça, verdade, “certeza” e convencimento, veja-se o seguinte:

A iniciativa probatória do juiz não é um sucedâneo da iniciativa das partes. É algo inerente à sua função judicante. Ele não atua como substituto da parte. Atua como juiz – como juiz empenhado em um bom julgamento.⁵⁴³

Há persistentemente, quando se fala de direito probatório no Brasil, um equívoco na divisão de tarefas entre os sujeitos do processo; tende-se a depositar nas partes somente a função de levar os fatos ao caso, e na figura central a responsabilidade por determinar, solitariamente, quais fatos merecem ser demonstrados, e quais não. A distribuição, na realidade, é diversa:

A parte – sempre a parte, não o juiz – formula afirmações, não traz ao juiz suas dúvidas mas sim sua segurança – real ou fictícia – sobre o que sabe; não pede ao juiz que averigue, mas sim que decida o que ela averiguou, para que o juiz constate, comprove, verifique se essas afirmações coincidem com a realidade.⁵⁴⁴

A questão se põe no âmbito do conhecimento a respeito dos fatos. Somente as partes, que apresentam afirmações de fato, conhecem a versão destes fatos que querem ver

⁵⁴¹ Nada do que se está dizendo agora é recente, ou inovador. Já em 1790, Jean-Paul Marat falava sobre a função institucional do Judiciário em pleno período revolucionário francês: “Não cabe aos juízes estabelecer provas do delito, mas cabe a ele examinar imparcialmente aquelas apresentadas e de pronunciar se elas são suficientes para declarar culpado o acusado. Não é, portanto, por conhecimentos particulares que deverão fazê-lo, muito menos por suposições que decidirão contra o acusado” (MARAT, Jean-Paul. *Plano de legislação criminal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 172).

⁵⁴² PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2007, p. 106; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 100; CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Imparcialidade. Por uma Teoria Sobre Repartição e Incompatibilidade de Funções nos Processos Civil e Penal. *Revista de Processo*, v. 149, jul. 2007, p. 339 e ss; GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 90;

⁵⁴³ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 56.

⁵⁴⁴ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Europa-América, 1979, p. 12 – tradução livre.

respeitada em juízo. Portanto apenas elas podem sustentar e desenvolver estes fatos, inclusive escolhendo quais meios de prova são suficientes.⁵⁴⁵ Podem, é claro, avaliar mal o caso e julgarem bastantes algumas provas que, para o julgador, não o são. E isso permanece dentro da esfera de liberdade de atuação da parte, cabendo ao juiz dar o fato por não provado.

Lembre-se de que o acertamento dos fatos depende sempre de atos cognitivos, indissociáveis dos Sujeitos que os praticam. A hermenêutica nos ensina que não há essências a serem encontradas nos objetos (=fatos), mas sim sentidos a serem construídos. Por isso, o fato em si não prova nada: “somos nós quem provamos, que nos valem das interpretações de um fato para demonstrar uma teoria”.⁵⁴⁶ Daí ser adequado falar em *comunidade de trabalho*, assim entendido um ambiente de colaboração no qual as partes tenham o controle do conteúdo material do processo – cabendo ao julgador, tão somente, julgar.

Por isso, é necessário concluir que o juiz está adstrito às provas dos autos, entendidas estas como as requeridas pelas partes. Diante, no entanto, de situações complexas nas quais haja fortes razões para crer que a não produção de uma prova gerará um descompasso que evidencie a vulnerabilidade de uma das partes, é possível que a dúvida do juiz seja submetida às próprias, para que elas se manifestem a respeito. Afinal, a solução para questões como esta serão sempre mais bem resolvidas se forem fruto do diálogo. Nicolò Trocker, sobre isso, e fazendo menção aos princípios dispositivo e do devido processo legal, é enfático:

O problema da relação entre atribuições do juiz e poderes das partes, enquanto leva a resultados radicalmente diversos de acordo com seu exame na perspectiva de um ou outro dos princípios processuais supramencionados, admite tendencialmente uma só solução à luz da constituição: em toda espécie de juízo a decisão deve ser resultado de um ‘diálogo’, ou se se prefere, de uma ‘colaboração’ entre os respectivos protagonistas.⁵⁴⁷

Sim, pois quando o juiz fundamenta sua decisão nas provas que ele mesmo decretou, ele se distancia do debate processual.⁵⁴⁸ Isso também vale para presunções ou raciocínios inferenciais que o próprio juiz faz, e que servirão para fundamentar a sua própria decisão. Opiniões contrárias a essa conclusão são no mínimo refratárias em enxergar que existe,

⁵⁴⁵ GIRALDO, Liliana Damaris Pabón. De la prueba científica: un problema contemporáneo del derecho probatório. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, et al. *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 14.

⁵⁴⁶ ANDRADE, Osvaldo Lucas. Númeno e fenômeno – impossibilidade e necessidade de certeza no processo probatório. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça – estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 229/230.

⁵⁴⁷ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, cit., p. 389 – tradução livre.

⁵⁴⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

sim, um espaço de autoridade no qual o jogo do processo passa a ser controlado exclusivamente por um Sujeito – que, lembre-se, é teoricamente descomprometido com o resultado do caso. Daí que Picó y Junoy estabelece limites mínimos para que se pense em poderes instrutórios: a) fatos devem ter sido controvertidos pelas próprias partes; b) o juiz está vedado de utilizar de seu conhecimento privado.⁵⁴⁹ Embora, para o autor espanhol, os princípios dispositivo e da demanda sejam dimensões de um só fenômeno, sua conclusão pode ser adotada aqui. Afinal, também o exercício de poder instrutório viola de frente a imparcialidade.

Lembrando do que foi dito a respeito dos vieses cognitivos, não podemos deixar de notar que a investigação probatória pelo juiz representa um sério perigo de despertar a *heurística da disponibilidade*, que desencadeia quadros paranoicos nos quais o julgador passa a perseguir apenas a hipótese fática da sua preferência.⁵⁵⁰ Exceção feita à prova técnica e pericial, quando o juiz “se dedica a produzir provas de ofício se coloca como sujeito ativo do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada”.⁵⁵¹ Devemos, então, tomar consciência a respeito do risco envolvido na atividade de *ir em busca de hipóteses a serem confirmadas*.

4.2.3. A investigação e a suposta ignorância sobre o resultado da prova

Tanto em relação às provas ditas diretas, quanto sobre as presunções, há um argumento que frequentemente está no centro do debate a respeito dos poderes instrutórios. A questão é bem resumida por José Carlos Barbosa Moreira:

Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se a falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me.⁵⁵²

⁵⁴⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*, cit., p. 117/118.

⁵⁵⁰ É a opinião de Liebman, em estudo clássico sobre o princípio dispositivo: “Demandar é psicologicamente incompatível com o julgar, e acrescentar poderes de iniciativa ao juiz pode induzi-lo a tomar partido antes de ter julgado, e transformar-se de um julgador sereno em apaixonado defensor de uma tese já escolhida de antemão” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fundamento del principio dispositivo*, cit., p. 557 – tradução livre).

⁵⁵¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 141.

⁵⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 96.

Há, nessa linha, inúmeros posicionamentos idênticos.⁵⁵³ Com o devido respeito, a solução não parece a mais adequada. As características sedutoras do discurso do ativismo estão vivas no trecho acima. Fazem com que o juiz que se omite pareça recusar-se a desempenhar seu ofício, enquanto o julgador ativo assume o risco da parcialidade em nome de objetivos metafísicos (como “verdade” e “justiça”).⁵⁵⁴ A questão, como posta no excerto transcrito, não é assim tão simples. Deve-se ter em mente que a produção oficiosa de provas pode travestir-se em uma condução autoritária e tendenciosa do processo, em busca de provas para preencher *lacunas* de conhecimento. Isso é válido especialmente em relação às presunções, que como veremos logo adiante, frequentemente são fruto da constatação solitária do julgador de que ali há algo mal explicado, que merece aprofundamento, a despeito do que indiquem as provas dos autos.⁵⁵⁵

Sobre essa busca desenfreada pela verdade, pudemos concluir neste trabalho tratar-se de uma disfunção que o legado do paradigma racionalista trouxe para o direito. Fala-se de expectativa e desejo de preenchimento; de projeção de sentidos, ciente de que somos todos mais receptivos àquilo que confirma nossa expectativa, e mais rigorosos nas exigências de validade daquilo que nos contradiz.⁵⁵⁶ O Sujeito cognitivo que é o juiz na atividade instrutória deve saber o seu lugar na compreensão do caso – não é um pesquisador, e sim alguém que constrói justificadamente respostas para casos concretos de acordo com o material que lhe é oferecido.

Veja-se bem: o juiz pode até se surpreender com o resultado de uma determinada prova, mas o que será visto logo adiante é que a decretação da prova de ofício busca inevitavelmente corroborar hipóteses que já de antemão servirão para convergir com fatos cujo ônus já se sabe ser do autor, ou do réu.⁵⁵⁷ Vale detalhar esse argumento um pouco mais.

A linha demarcatória entre *instrução ex officio* e *investigação* é, sem sombra de dúvidas, muito tênue. Quer dizer, os poderes instrutórios conferidos ao juiz, se não forem objeto

⁵⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 119; LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 75; DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2, 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 82-91; CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174 e ss;

⁵⁵⁴ Essa é a opinião de: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e a sua ciência*, cit., p. 98, com a qual não concordamos. Diferentemente, no sentido de que a produção de provas pelo juiz não é algo voltado à busca da verdade: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 99/100.

⁵⁵⁵ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 95.

⁵⁵⁶ Amplamente: BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., *passim*.

⁵⁵⁷ PLETSCHE, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 69.

de controle rígido, facilmente se transmutam na faculdade, a ser utilizada vez sim, vez não, de avaliar as provas dos autos como insuficientes, tendo desde sempre em vista que uma hipótese fática de preferência não foi suficientemente demonstrada.⁵⁵⁸ Aí reside o problema investigativo do juiz. Sobre isso, inclusive, Vitor de Paula Ramos chama a atenção para uma possível comparação entre o direito e outros ramos da ciência:

Em campos de conhecimento humano afastados do processo judicial, quando não há provas suficientemente boas, a saída sugerida pela epistemologia é a busca por mais provas; justamente porque algo corroborado por poucas provas confere, em geral, um grau de justificação muito pequeno.⁵⁵⁹

O paralelo é interessante: em qualquer ramo da ciência, o investigador estabelece uma hipótese e empiricamente segue à sua confirmação. Mas será mesmo que essa analogia – entre o juiz e outros “cientistas” – é saudável e significativa para explicar o fenômeno da cognição processual? Aliás, há ganhos qualitativos e democráticos na tentativa de relacionar o direito processual civil (e a atividade do juiz) a outros ramos da ciência?

Os poderes instrutórios podem servir para que o processo se amolde a uma decisão aprioristicamente engendrada pelo juiz. Ou seja: o poderes instrutórios podem ser utilizados para coonestar uma decisão já formada, como se o processo pudesse ser esticado ou amputado para que caiba no julgamento já formado”.⁵⁶⁰

Aí está a dimensão perigosa que o tema comporta. Certamente, por vezes, a prova dos autos não refletirá aquilo que “realmente ocorreu” em um determinado caso. Disso, não se pode discordar. O cerne da questão está na impossibilidade de se tentar identificar quando essa não-correspondência terá ocorrido.⁵⁶¹ Há um fechar de olhos para a também inegável constatação de que quando o juiz vai, ele mesmo, em busca de uma verdade extraprocessual, o relativismo e a vontade do intérprete são inescapáveis. As partes passam a depender daquilo que o julgador achar que é mais plausível ter, ou não, ocorrido, e aí a construção do conjunto fático depende cada vez menos da instrução probatória em si.⁵⁶²

Pensemos em exemplos práticos. Fixados os pontos controvertidos na decisão de saneamento e organização (art. 357 do CPC/15) e produzidas as provas, o juiz ainda não tem

⁵⁵⁸ “Na escolha do tema já há uma confissão de preferência, e na formulação do problema está já implícito um critério de solução. Somente com a inibição do juiz de todo poder de iniciativa se pode obter dele aquela objetividade alheia a qualquer traço de simpatia” (CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*, cit., p. 110 – tradução livre).

⁵⁵⁹ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*, cit., p. 43.

⁵⁶⁰ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: *Revista de Processo*, vol. 235. São Paulo: RT, set/2014, p. 92

⁵⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 308.

⁵⁶² Em sentido contrário, afirmando que a produção *ex officio* de provas é mera técnica de convencimento que não abala a parcialidade: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 21.

“certeza”, ou “convencimento” sobre as razões de uma e outra parte. Ao determinar a produção de nova prova, esta poderá vir a atestar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, que são ônus do réu. Se isto acontecer, o resultado é a improcedência do pedido, mas se não ocorrer (pela insuficiência do resultado esperado da prova), a dúvida persistirá, e o juiz pode ainda assim dar pela improcedência, dada sua dúvida quanto às razões do autor. Quer dizer, apenas se a prova vier a confirmar fato constitutivo do direito do autor, a dúvida deixa de existir e o julgamento é pela procedência – ou seja, a prova confirma um resultado esperado pelo juiz. Nesse caso a prova de ofício pode auxiliar apenas o autor.

Indo adiante, pensemos no caso de o autor ter se desincumbido de provar o que lhe cabia, mas não o réu. A prova decretada pelo juiz não pode ser relativa a fato constitutivo (pois será redundante e merece ser indeferida, segundo o art. 370, p. único, do CPC/15). Deve então ser exclusivamente provado o que o réu não logrou. O resultado esperado a ser confirmado é somente este, para auxiliar o réu.

Por último, se o réu já tiver suficientemente provado qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a produção adicional de provas não interessa ao feito. Mesmo o fato constitutivo vindo a ser provado, as provas do réu servem para tirar razão do autor. Se a regra de ônus de prova for aplicada corretamente, a prova nova decretada pelo juiz tende a ser um fator legitimante da sua própria decisão. Quer dizer, as partes agem e não logram chegar à “verdade”, e aí o juiz imprime, ele mesmo, o selo de certeza e verdade que faltava ao caso, com sua atuação na fase instrutória.⁵⁶³

O debate, como muitos que vêm sendo desenvolvidos nesta tese, gira em torno de fixar o lugar da *verdade* no processo, diante dos discursos de ativismo e de contenção do arbítrio. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado, datado dos primeiros anos de vida do Superior Tribunal de Justiça, em que se defende a produção oficiosa de provas:

Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. O superior tribunal de justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.⁵⁶⁴

⁵⁶³ E com todo acerto, sobre isso, diz Victor de Paula Ramos que O fato de o juiz ser adepto de uma hipótese, por si só, não a torna mais ou menos passível de veracidade (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*, cit., p. 34).

⁵⁶⁴ STJ, REsp 4.987/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/1991, DJ 28/10/1991.

O tribunal coloca-se numa posição de superioridade em relação a quem defende o apego à “mera verdade formal”. O argumento seduz, pelo apelo à “justiça” da decisão, mas não convence. E mesmo mais recentemente se percebe que não houve alteração de posicionamento, continuando o STJ a entender que “A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça”.⁵⁶⁵ Não há nessa espécie de fundamentação uma discursividade suficiente, porque não há a demonstração de como a verdade “encontrada” pelo julgador é “mais real” que aquela apresentada pelas partes.

Quer dizer: novamente o recurso à verdade parece justificar a existência de espaços de discricionariedade, na atribuição de poderes instrutórios relegados ao “prudente arbítrio” do julgador.⁵⁶⁶ É saudável que haja adequação entre fatos narrados e o que “realmente ocorreu” – e, como exaustivamente vem sendo dito neste trabalho, jamais saberemos se isso foi possível em um caso concreto –, porém a preocupação central do juiz não deve ser esta. Valoriza-se, com isso, o devido processo legal. Por isso é que, se de um lado o juiz “ativo” não é o que alcança a verdade, o julgador consciente das limitações à sua atuação consegue pôr a verdade em seu devido lugar dentro do processo.⁵⁶⁷

4.3. Em busca de critérios para dizer que ‘p’ está provado

O presente tópico aborda, de forma crítica, possíveis critérios para o estabelecimento de que uma determinada proposição merece ser considerada “provada”, em especial quando esse *status* de demonstração ocorre através de uma presunção judicial. É provado aquilo de que o juiz se convence? Aquilo de que ele tem certeza? Aquilo que é provável além de certo ponto? É o que passamos a ver.

⁵⁶⁵ STJ, REsp 1012306/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 07/05/2009.

⁵⁶⁶ “Asserções como ‘prudente arbítrio do juiz’ e ‘o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas’ resultam na atração da patológica deficiência democrática que acomete o sistema processual brasileiro” (PAOLINELLI, Camilla Mattos; VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Da íntima relação entre ônus da prova e valoração como mecanismo de controle do conteúdo do pronunciamento jurisdicional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, et al. *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 133).

⁵⁶⁷ “A dispensa do julgador da atividade de produtor da prova, ou melhor, a vedação de sua ingerência na formação da prova, reflete o abandono da verdade como preocupação central na solução do caso concreto. Se não há mais “o” fim (verdade) a ser buscado, os cuidados devem recair sobre os meios” (PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal*, cit., p. 58).

4.3.1. Convencimento judicial e o grau de suficiência demonstrativa das provas

Em algumas oportunidades, o CPC faz referência à ideia de que o juiz decide a partir da formação do seu *convencimento*. Assim o é para a decisão que concede ou de qualquer forma altera a tutela provisória (art. 298), para a decisão de interdição (art. 751) e, mais especialmente, na indicação das razões utilizadas na apreciação das provas (371). Esta última hipótese é importante para o presente trabalho e merece ser mais bem compreendida.

É regra no Brasil desde o CPC de 1939 (art. 118), repetida no CPC de 1973 (art. 131), que o juiz aprecia a prova de forma *livre*, isto é, sem que uns e outros meios de prova tenham pesos fixados *ante casum*. É diante do caso concreto que as provas serão valoradas, podendo o juiz atribuir a cada uma, justificadamente, a força que lhe parecer adequada. A isso se chama *livre convencimento motivado*, que historicamente se põe como uma evolução do sistema de provas tarifadas, muito rígido e na maioria dos casos conducente a decisões irracionais.⁵⁶⁸

Para que um fato ou uma hipótese fática reste provada no processo, portanto, é necessário que o julgador considere-se *convencido*. E assim, a doutrina clássica sobre o tema é firme em atestar que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”.⁵⁶⁹ Segundo Vitor de Paula Ramos, relacionar convencimento e legitimidade da decisão tem estreita ligação com a clássica ideia de que as provas eram produzidas pelas partes *para* o juiz. “Era o juiz quem deveria estar convencido sobre os fatos da causa. A prova tinha uma única direção: das partes para o juiz, seu destinatário exclusivo. [...] para a processualística do século XX, e para muitas importantes vozes da doutrina atual, o sentido de ‘está provado’ significa ‘o juiz está convencido’”.⁵⁷⁰ A relação entre prova e convicção é frequente, na doutrina e na jurisprudência. É justamente aí que podem surgir problemas relacionados à hipertrofia dos poderes discricionários de interpretação.

⁵⁶⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 49.

⁵⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III São Paulo: Saraiva, 1965, p. 91. Da mesma forma: “Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo” (SANTOS, Moacyr Maral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 13). E ainda: Prova é “tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais pedidos de prestação de tutela jurisdicional” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, t. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232);

⁵⁷⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*, cit., pp. 74/75. E ainda: “A figura do juiz estava “colocada como o cerne de toda a apuração dos fatos, como destinatário da prova, fonte imperscrutável do que poderia ser considerado provado e ‘metro’ para a análise da ‘suficiência’ do ‘convencimento’” (Idem, p. 74).

Antes de tudo e para situar a questão que queremos enfrentar: a valoração da prova só é “livre” porque não está sujeita a normas jurídicas que pré-determinem o resultado da valoração.⁵⁷¹ Não há uma liberdade no sentido de eximir o intérprete de demonstrar, ele mesmo, a legitimidade dos juízos de valoração realizados. O CPC de 1939, inclusive, expressamente dispunha que “A faculdade de livre convencimento não exime o juiz do dever de motivar a decisão, indicando as provas e as razões em que se fundar” (art. 685, p. único). Tanto melhor se as versões seguintes do código processual tivessem mantido o texto, que didática e normativamente seriam muito saudáveis ao sistema de controle das decisões sobre acerto dos fatos.

Sendo assim, é claro que a liberdade de convencimento não pode significar uma menor exigência de fundamentação, ou o contentamento com uma motivação que meramente declare quais provas foram valoradas (isto é, sem explicitar a força probatória do raciocínio).⁵⁷² Do contrário, uma sentença pouco fundamentada dá pouco espaço para seu próprio controle pelo Tribunal, que terá basicamente duas opções: a) não rever os fatos já fixados, valendo-se da máxima da *imediação* da prova; ou b) analisar diferentemente os fatos, sem, contudo, fazer uma análise aprofundada dos porquês do desacerto da decisão que será reformada.⁵⁷³ Convencer-se de algo implica, portanto, a responsabilidade da demonstração legítima, discursiva, de como ocorreu o convencimento. Por isso, a definição do convencimento como “livre” parece inadequada em si mesma, afinal não há em verdade uma liberdade interpretativa; apenas o desprendimento a amarras pré-fixadas na valoração dos fatos.⁵⁷⁴

Assim, como bem alerta Pontes de Miranda: “o inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas,

⁵⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II. Napoli: Eugenio Jovene, 1936, p. 42.; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 45.

⁵⁷² “Se a experiência jurídica da atualidade logrou suplantar as regras de um sistema primitivo, baseado em presunções tarifadas para a aferição da prova, não conferiu ao juiz, por outro lado, o arbítrio de silenciar quanto à formação de seu convencimento” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 103). No mesmo sentido: MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 20.

⁵⁷³ Não se duvida de que em segunda instância se possa, inclusive, determinar a produção de novas provas (art. 932, p. único, do CPC), porém a situação é tão infrequente na prática jurídica que, por ora, não merecerá a atenção deste trabalho.

⁵⁷⁴ MARENGO, Roberto. Note in tema di discrezionalità del giudice civile. *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. Secondo. Milano: Giuffrè, 1993, p. 184.

às suas tendências de clã ou de clube”.⁵⁷⁵ O espaço de discricionariedade aumenta na medida em que se repousa sobre o convencimento um papel maior do que o adequado.

Quer dizer, é evidente que em toda decisão sobre os fatos do caso, o juiz terá se convencido da legitimidade de uma hipótese de fatos. A retórica, e antes dela a visão de mundo dos sofistas gregos, já chamavam a atenção para o fato de que o discurso argumentativo busca fins estratégicos que nem sempre se ligam a uma verdade objetiva e universal. Fechar os olhos para o papel da retórica na narrativa equivale a não enfrentar adequadamente o problema da compreensão e da interpretação.⁵⁷⁶ Isso não significa, contudo, que baste a afirmação de que foi formado o convencimento judicial para que um fato seja tido por provado. O livre convencimento diz respeito à liberdade do juiz ao não ter que se submeter a regras que estipulam, de maneira antecipada, a validade maior ou menor de determinadas provas. E ao obrigatoriamente ter de motivar seu convencimento, ele deixa de ser inteiramente “livre”, e passa a ser vinculado à facticidade do caso.⁵⁷⁷

Se para o accertamento dos fatos for suficiente que tenha ocorrido subjetivamente o convencimento do julgador, perde-se completamente o controle hermenêutico sobre a compreensão.⁵⁷⁸ Aliás, dá-se todo o controle do accertamento dos fatos exclusivamente ao julgador.⁵⁷⁹ E a constatação torna-se ainda mais perigosa quando o que estão em jogo não são fatos provados, mas sim fatos não provados, aos quais se atribuirá o *status* de provados através de um raciocínio presuntivo. A convicção aí recai sobre o fato presuntivo, ou também sobre a relação de probabilidade/causalidade que autoriza a presunção em si? Se nada disso estiver bem explicitado na decisão judicial, não há forma legítima de averiguar o acerto do que foi decidido.

Em sentido contrário ao que até aqui vem sendo defendido, há forte opinião na doutrina segundo a qual as presunções são raciocínios que se formam “na consciência do juiz”.⁵⁸⁰ Não há como concordar com isso. A presunção ganha sua forma final apenas na

⁵⁷⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 380.

⁵⁷⁶ “Acho que os sofistas são muito importantes. Porque temos aí uma prática e uma teoria do discurso que é essencialmente estratégica; estabelecemos discursos e discutimos, não para chegar à verdade, mas para vencê-la. É um jogo: quem perderá, quem vencerá?” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 136).

⁵⁷⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional, cit., p. 35.

⁵⁷⁸ Veja-se o que diz Barbosa Moreira: “Evitem-se referências genéricas e não justificadas, do tipo: ‘a prova produzida pelo autor não convence’. Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem que explicar por que não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120).

⁵⁷⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 19.

⁵⁸⁰ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 290.

fundamentação da decisão. O que há antes disso são projetos, círculos antepredicativos da compreensão a respeito de um fato que se busca presumir. Antes da explicitação dos fundamentos legítimos que autorizam a presumir, não se pode dizer ter-se presumido nada. Daí resulta que a relação estreita da prova de acordo com o seu resultado diante da convicção do juiz – se convence, ou se não convence –⁵⁸¹ oferece mais perigos que utilidade para o processo.

Um reflexo direto da hipertrofia do convencimento como categoria da certeza é sobre a maneira como são deferidas ou indeferidas determinadas provas, tendo como base somente aquilo que o intérprete crê que possa influenciar seu próprio convencimento sobre a matéria: “A orientação da Corte de origem, em princípio, está em consonância com a jurisprudência do STJ ao proclamar que o Código de Processo Civil não impõe uma obrigação e, sim, faculta ao juiz determinar a realização de provas a qualquer tempo, conforme o seu livre convencimento”.⁵⁸² Teria mesmo o convencimento de um intérprete o condão de impor o conteúdo de uma decisão judicial, tendo em vista toda a responsabilidade democrática e institucional envolvida no ato de fundamentar essa mesma decisão? Veja-se igualmente o seguinte julgado:

Conclusões periciais não têm o condão de, em hipótese alguma, excluir do julgador a condição de intérprete último dos fatos e de proferir a decisão de acordo com a sua convicção íntima, tal como resulta da dicção do art. 436, do Código de Processo Civil. [...] Destarte, ostentando os autos prova segura e contundente a favor do direito buscado pela parte autora, é dado ao magistrado, com fundamento no princípio do livre convencimento motivado, inclinar a sua decisão em sentido contrário ao das conclusões técnicas produzidas no processo.⁵⁸³

De acordo com o trecho acima, o magistrado estaria livre para rejeitar provas periciais (que contêm conhecimentos técnicos que, via de regra, o juiz não possui) em nome do seu “livre” convencimento. Está-se diante de um super-argumento de autoridade, usado para legitimar uma vontade subjetiva. Muito ao contrário, na realidade “a prova serve muito mais à

⁵⁸¹ Como se vê no seguinte trecho: “Ao determinarmos a noção de convencimento judicial, dissemos em primeiro lugar que ele não pode graduar-se como a certeza. Deriva daí que as provas, sem mais nada, ou geram o convencimento, e tem a eficácia e a verdadeira natureza de prova, ou não chegam a produzir o convencimento, e não merecem o nome de provas, não tendo a eficácia, nem a verdadeira natureza persuasiva delas” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 89). Diante desse raciocínio, Malatesta rejeita a dicotomia entre “prova plena e não plena”, uma vez que não existe “meio convencimento” – ou se está convencido, ou não. Repousa sua conclusão em uma afirmação bastante forte: “a prova não plena não é por isso prova. Nem a autoridade dos grandes nomes tem valor para abalar a fé na lógica” (p. 89). Fica a pergunta sobre o que são o documento, o testemunho, o laudo pericial, e a vistoria judicial, do momento em que são produzidos até quando são ou deixam de ser utilizados como instrumentos de convencimento? Perdem sua natureza de prova por isso? Quer parecer que não.

⁵⁸² STJ, AgRg na MC 21.665/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 19/08/2014.

⁵⁸³ TJSC, Apelação Cível n. 2011.002997-0, Rel. Des. Trindade dos Santos, 2ª Câmara de Direito Civil, julgado em 02/08/2012.

elaboração do discurso justificativo do que propriamente à formação do convencimento do juiz”.⁵⁸⁴

Quer dizer, o juiz pode, sim, distanciar-se da conclusão do laudo pericial, mas não em nome de seu próprio convencimento ou da “verdade”. Por esse motivo, o art. 436 do CPC/73⁵⁸⁵ foi substituído, no CPC/15, pelo art. 479: “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”. Apenas as conclusões não técnicas do perito podem ser desconsideradas pelo juiz; as demais, se não forem bastantes, dão azo a uma segunda perícia (art. 480 do CPC/15), mas não a uma negação da expertise do perito.⁵⁸⁶ Não obstante, a jurisprudência indica que a mera referência às *regras da experiência*, supostamente informativas do livre convencimento, seriam suficientes para que a decisão se afaste da conclusão pericial.⁵⁸⁷ Ademais, é preciso destacar quanto de não-dito reside na mera relação prova-convencimento. Michele Taruffo opina, sobre isso, corretamente:

Ainda admitindo que a prova seja usada como instrumento de persuasão nos confrontos com o juiz, isso não explica se, como, quando e em quais condições ela atinja o objetivo, ou seja convença realmente o juiz a escolher uma versão dos fatos em vez de outra. Se trataria então de uma concepção da prova largamente incompleta, e aliás fundamentalmente inconsistente porque não estabelece quando a prova desempenha a função persuasiva que tipicamente lhe é atribuída. Mas se não consegue distinguir entre uma prova persuasiva e outra que não o é, tem-se uma teoria que não serve de nada.⁵⁸⁸

De fato, a concepção de prova como instrumento de convencimento precisa(ria) vir acompanhada de uma sólida definição dos *standards* de suficiência da prova, o que não ocorre no Brasil. Se a prova serve ao convencimento, e não há consenso sobre o que significa estar convencido (salvo opiniões íntimas e pessoais de quem se diz persuadido), a teoria derruba a si mesma. Como diz Leonardo Greco, se a prova estiver atrelada à convicção:

[...] há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio [...]. Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduzi a prova a um ato de

⁵⁸⁴ HARTMANN, Érica de Oliveira. *A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões*. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 142.

⁵⁸⁵ “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

⁵⁸⁶ LOPES, João Baptista. *Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC*, cit., p. 45.

⁵⁸⁷ “Conforme posição sólida do STJ, o juiz não está vinculado às conclusões do laudo pericial, em razão do princípio da livre convicção, se as regras de experiência e os demais elementos de prova permitirem juízo em sentido contrário à opinião do perito” (AgInt no AREsp 1118062/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017).

⁵⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Prova dei fatti giuridici*, cit., p. 328.

fé, crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem”.⁵⁸⁹

Não bastante a frequente concepção de que a prova *serve para convencer*, veja-se que a categoria do convencimento é quase invariavelmente conectada à ideia, já tanto debatida neste trabalho, de *verdade*. Se o juiz atrelado ao paradigma do racionalismo é aquele que dá por provado meramente por estar convencido, essa convicção se forma sobre a veracidade de algo. Por exemplo:

O convencimento do juiz pela prova exige uma convicção da verdade. Em outras palavras, convencido da verdade, conforme retratada no acervo probatório dos autos, o juiz forma a sua convicção e decide.⁵⁹⁰

Da mesma forma como os contornos da verdade foram ligados, no início deste trabalho, ao ideal racionalista de Sujeito, o convencimento sobre a verdade é dito possível através de padrões ditados pela “razão”, supostamente livre de toda subjetividade.⁵⁹¹ Repita-se aqui que, se é assim, qualquer julgador poderia superar o obstáculo do convencimento fazendo “uso da razão”, que como já foi possível observar, entra em cena justamente quando é necessário oferecer uma explicação *a posteriori* para uma decisão anteriormente tomada. Todo convencimento pode ser explicado (= ter sua complexidade reduzida) em termos racionais de referência à verdade. Narrativamente, portanto, qualquer hipótese fática com um mínimo de credibilidade pode ser adotada, apoiada na tríade convencimento/racional/verdade. Voltamos, mais uma vez, ao dilema das decisões que são tomadas de forma enérgica e ilegítima, e recebem uma capa de justificação retardatária.⁵⁹² Ocorre que, como diz Francesco Carnelutti:

Não se fala se não se pensa, mas não se pensa se não se fala; [...] não se faz entender se não se entende, mas não se entende se não se faz entender. Daí porque uma

⁵⁸⁹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de campos*, v. 4/5. SP: Campos dos Goytacazes, 2003/2004, p. 440. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25636>. Acesso em: 22.11.2017.

⁵⁹⁰ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 106. Em sentido contrário, admitindo que a convicção seja “algo menos que a verdade”, e mesmo assim suficiente para a decisão: LATORRACA, Claudio Zalona. *A dimensão da prova no direito processual civil*, cit., p. 10.

⁵⁹¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 54.

⁵⁹² “Que o sujeito esteja convencido de P é um problema do contexto de descoberta, relacionando-se com a formação da convicção do juiz sobre a verdade de uma proposição, independentemente da forma como essa convicção (belief) se formou. O problema da justificação da decisão sobre a verificação ou não verificação de um estado subjetivo reporta-se à [...] necessidade de a convicção do juiz ser justificada através de critérios de justificação intersubjetiva da decisão” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 121). Não podemos concordar com o trecho, que se apoia na indevida distinção entre contextos de descoberta e de justificação, autorizando a motivação posterior de uma decisão já tomada. A crítica à dicotomia de contextos do ponto de vista científico pode ser vista, com grande proveito, em: FEYERABEND, Paul. *Contra o método*, cit., p. 261.

separação entre a atividade cognoscitiva e a atividade comunicativa do juiz [...], como sempre, deforma a realidade.⁵⁹³

Parece, portanto, para esta tese, que argumentar nessa quadra não é suficiente. Fosse assim, deveríamos partir do pressuposto de que todo convencimento é universalizável e invariável, a partir de critérios racionais. Quer dizer, o fato de um julgador não se demonstrar convencido de uma prova implicaria que qualquer outra solução é uma inverdade e que nenhum outro intérprete, de posse da razão, agiria diferentemente.

Fato é que a simples circunstância de existir no juiz um estado psicológico de convencimento acerca de determinada hipótese fática não oferece nenhuma garantia per se de que tal hipótese mereça ser aceita.⁵⁹⁴ Ademais, qualquer concepção de verdade que exija como premissa um determinado estado mental (isto vale para a certeza e para a convicção) é, desde sempre, subjetivista.⁵⁹⁵ Diante da controvérsia de alegações relativas aos fatos relevantes para a decisão da causa, a mera convicção, como estado psicológico, não é suficiente.

É aí que devemos ressaltar a semelhança quase inescapável entre convicção e *crença*, esta última baseada nas expectativas que naturalmente temos ao nos depararmos com um objeto (= um texto) à espera de significação. A doutrina que persiste na centralização do convencimento judicial aposta em uma espécie de processo de neutralização do pensamento, através do qual meras crenças são pasteurizadas a ponto de, ao final, resultarem numa convicção legítima. Rui Cunha Martins aponta para esse fato, de forma precisa:

A crença e a convicção interpenetram-se. A crença não é (não é apenas) o estágio que está na origem da convicção e do qual esta descolaria mediante um processo linearmente instruído em ordem a prover, precisamente, ao desaparecimento tendencial da crença, idealmente consumado ao tempo em que o processo se aproximaria do momento da decisão. [...] Toda convicção é uma fuga para a frente desejosa de atingir a adesão, senão a confiança. É a crença que trabalha esse desejo.⁵⁹⁶

Seria no mínimo ingênuo acreditar que o convencimento e a crença sejam assim tão distantes das preconcepções do intérprete, no sentido detalhado no primeiro capítulo deste trabalho. Há, em todos nós, um desejo latente de ver confirmadas hipóteses já traçadas – os projetos de sentido – quando da leitura do texto ou quando do confronto com as narrativas de

⁵⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, cit., pp. 144/145 – tradução livre.

⁵⁹⁴ “O convencimento das provas nada tem a ver com a correspondência destas à efetiva ocorrência fenomenológica do evento. Basta que as provas do fato presumido forneçam ao sujeito cognoscentes como suficientes que convençam o agente de que o fato existe realmente. A existência real, aqui, não significa sua concrecência na realidade empírica, e, sim, sua validade no sistema jurídico. Logo, a verdade no direito, mais que correspondência [...] é conceito retórico” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 343).

⁵⁹⁵ MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*, cit., p. 110.

⁵⁹⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 30.

fato. E esse desejo, mascarado pelo “convencimento racional”, não é menos subjetivo que uma crença, dominada por vieses cognitivos.⁵⁹⁷ Não há, então, um método que conduza ao conhecimento; tampouco a convicção é o estágio final dessa compreensão.⁵⁹⁸

Podemos concluir, então, que “estar-se convencido” não é o que define legitimamente a suficiência de subsídios que deem suporte a uma hipótese fática.⁵⁹⁹ Como bem conclui Joseph Raz, “não se requer que juízes e júri creiam que o acusado é culpado ou inocente. O que se requer, somente, é que aceitem e pronunciem vereditos que são corretos de acordo com as provas apresentadas”.⁶⁰⁰

Como veremos mais detalhadamente adiante neste trabalho, para dizer que um fato está provado – e especialmente para afirmar justificadamente que uma hipótese presumida deve ser aceita – o critério repousa muito mais na constatação de que *há motivos suficientes para dizer que o fato narrado deve ser aceito* como provado no caso concreto. A constatação deve vir acompanhada, por óbvio, dos motivos que suportam essa conclusão, e da rejeição analítica das razões contrárias, que poderiam infirmar o que se concluiu. É desimportante, aí, que o juiz tenha se *convencido* da hipótese, o que no mais das vezes ocorre de toda forma.

4.3.2. Probabilidade e Certeza – estágios da verdade no processo?

Tema relacionado à convicção judicial é a ideia, bastante difundida na comunidade jurídica brasileira, de que as provas devem conduzir à *certeza* sobre o acerto dos fatos no caso. Mais ainda, a concepção de que o processo é o meio legítimo de formação de uma *certeza* sobre a decisão a ser tomada, inclusive quanto às questões jurídicas (isto é, não apenas fáticas). É corrente na doutrina a opinião de que sem certeza, só restam a dúvida e a impossibilidade de uma decisão segura.⁶⁰¹ Ademais, é concepção clássica que a prova judicial existe para conduzir

⁵⁹⁷ “Estar convicto não é a etapa final de um trajeto epistêmico sem mácula. Aliás, permito-me sugerir que nem sequer é, em bom rigor, uma etapa” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 16).

⁵⁹⁸ “A convicção é o resultado de uma multidão de motivos que não se podem predeterminar, e funda-se sobre uma série indefinida e impossível de prever de pequenas circunstâncias” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 97).

⁵⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – a verdade real? – uma crítica ao sincretismo filosófico de terrae brasiliis*, cit., p. 379.

⁶⁰⁰ RAZ, Joseph. Reasons: practical and adaptive. *Oxford legal studies research paper n. 12/2007*, jul/2007, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=999870>>, acesso em 20.03.2018.

⁶⁰¹ “O contrário da certeza é o incrível, o ontologicamente impossível” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 73). E ainda: “Sem a racionalidade e sem a certeza pululam na mente humana a dúvida, a contradição e a obscuridade” (LATORRACA, Claudio Zalona. *A dimensão da prova no direito processual civil*, cit., p. 11).

à certeza sobre a verdade de um fato.⁶⁰² Cabe debater, então, se o processo conduz à certeza; se dizer-se possuidor de *certeza* equivale a dar um fato por provado; e o que significa estar-se *certo* de algo.

A doutrina, de modo geral, tende a diferenciar expressões como “possível”, “verossímil”, “provável”, como se representassem realidades distintas da percepção sobre um fato. A distinção, no entanto, parece mais semântica que pragmática,⁶⁰³ e por este motivo nos limitaremos a analisar a *probabilidade* e a *verossimilhança*, como supostos estágios anteriores à *certeza* e à *verdade*.

Antes de tudo: quando se diz “verossimilhança”, frequentemente a expressão é associada a uma semelhança com a *verdade*, no sentido até aqui tão criticado nesta tese. Se, porém, tudo o que há no processo são conjuntos de narrativas que se interseccionam para a construção de uma resposta, a palavra verossimilhança utilizada pelo CPC deve ser encarada como a similitude, ou proximidade, entre as alegações das partes e o resultado interpretativo da análise das provas dos autos.⁶⁰⁴ Em momento algum, então, é necessário um recurso à verdade, embora o próprio juízo sobre o que é verossimilhante exija frequentemente uma série de inferências que se aproximam de presunções, baseadas na ocorrência passada de eventos, no passado, de forma análoga à que agora se verifica.⁶⁰⁵

Pois bem. Para chegar a conclusões sobre o tema, precisamos percorrer antes o caminho que costumeiramente se traça entre a *probabilidade*, enquanto suposto estado

⁶⁰² ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial*, cit., p. 142.

⁶⁰³ CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, n. 10. Padova: CEDAM, 1955, p. 170/171.

⁶⁰⁴ “A verossimilhança não é, em direito processual, o que se apresenta semelhante à verdade, mas o que se pode ver (inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa-verossimilitude) das alegações condutoras dos conteúdos de materialidade da prova instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, 13ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 155).

⁶⁰⁵ Sobre as máximas da experiência não se relacionarem necessariamente com juízos de veracidade: BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do código de processo civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 186.

intermediário de convencimento,⁶⁰⁶ e *certeza*, fase final e incorrigível da convicção.⁶⁰⁷ De forma bastante resumida, o questionamento que precisa ser feito é: as probabilidades representam graus de convencimento? Ou os graus de convencimento devem conformar-se à probabilidade?⁶⁰⁸

A probabilidade, diga-se de forma bastante rasa, assume dois significados distintos com relevância para o direito. Do ponto de vista matemático, que mais adiante veremos ser *pretensamente* importante para as presunções, é provável uma hipótese corroborada por uma porcentagem suficiente de exemplos análogos passados. Já do ponto de vista epistemológico,⁶⁰⁹ provável é aquilo que supostamente pode ser demonstrado discursivamente, não necessariamente apoiando o raciocínio em critérios puramente objetivos. É comum que se diga que provável é a hipótese que conta com boas razões a favor, e algumas não tão boas contrárias; certo é o que se prende às razões favoráveis e racionalmente não considera o peso das contrárias.⁶¹⁰

Ocorre, no entanto, que a probabilidade absolutamente *não é um estágio anterior da certeza*, pois se tratam de institutos que falam sobre coisas totalmente diversas. O provável situa-se no campo daquilo que possivelmente ocorreu, com fortes indícios corroborantes; a certeza é o estado mental a respeito dessa ocorrência.⁶¹¹ Indícios de que um fato tenha ocorrido – ou de que tenha ocorrido de uma determinada forma –, quando somados, facilitam a

⁶⁰⁶ “Há probabilidade quando a razão, apoiando-se em grandes motivos, considera um facto como verdadeiro, mas contato que não sejam completamente aniquilados os motivos graves em contrário. Resulta ela [...] da circunstância de, em face dos motivos por ela fornecidos existirem outros também procedentes em sentido contrário, ou do facto de basear-se a convicção em dados, que, não obstante a sua reunião, não são ainda bastante poderosos para produzirem certeza” (MITTERMAYER, Carl Joseph. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1909, p. 122).

⁶⁰⁷ “Quando a convicção chega ao ponto de repelir victoriosamente todos os motivos contrários, e quando estes não podem mais abalar a massa importante dos motivos afirmativos, então toma o nome de certeza” (MITTERMAYER, Carl Joseph. *Tratado da prova em matéria criminal*, cit., p. 118).

⁶⁰⁸ A pergunta é feita por: KYBURG Jr; Henry E. Belief, evidence and conditioning. *Philosophy of Science*, Vol. 73, No. 1 (January 2006), p. 43.

⁶⁰⁹ HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*, cit., pp. 79/80.

⁶¹⁰ “A probabilidade atende aos motivos convergentes e divergentes, e julga-os todos dignos de serem tomados em conta, se bem que mais os primeiros, e menos os segundos. A certeza ao contrário acha que os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração, e por isso afirma” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., pp. 61/62).

⁶¹¹ Dinamarco tem opinião interessante sobre o tema. Ao mesmo tempo em que estabelece que a certeza é a vertente subjetiva da verdade (e da probabilidade), como neste trabalho, diz que a probabilidade é um estágio anterior da certeza, com o que discordamos. Sobre isso: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 280 e ss.

constatação de que as coisas se passaram mesmo como parecem, mas *não conduzem à certeza a respeito*.⁶¹² O trecho seguinte, por sua clareza, merece transcrição:

Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente, os limites toleráveis de risco. E isso transparece, no processo de conhecimento, especialmente no tocante às questões de fato.⁶¹³

Ou seja, quem se crê atingindo “certeza” equivoca-se. Ou bem se faz um acordo semântico em que se dá o nome “certeza” aos graus de probabilidade toleráveis no processo,⁶¹⁴ ou se abandona a ideia de certeza como um todo.

Mais rente ao tema do presente trabalho, percebe-se que as presunções operam em um terreno onde a certeza, como sempre entendida a extrema crença do intérprete na sua própria decisão, não existe. Se se presume, algo não foi diretamente comprovado e propositadamente algo que é desconhecido foi *tido por conhecido*. E, no entanto, a presunção em si serve para supostamente preencher de “certeza” – em um sentido puramente fictício, quase confortante de legitimação – um espaço onde ela não existe. O raciocínio presuntivo atua enunciando elementos descritivos de outros fatos, que não aquele sob análise, através de juízos de semelhança e analogia. Não fala, portanto, *sobre o fato em si*, e por isso traz uma certeza que é meramente retórica.⁶¹⁵ Soa estranho, portanto, que se diga haver graus de certeza atingíveis *através* das presunções.

A distinção entre certeza e verdade por vezes é insuficiente para que uma ou outra categoria produzam resultados distintos no processo, pois em verdade a alteração é apenas de referencial: enquanto a verdade é um ente com vida própria, a certeza é um estado mental do intérprete que diz algo sobre a sua relação com a *verdade de um objeto* interpretado.⁶¹⁶ Em

⁶¹² “Na prova denominada por concurso de indícios e que é a resultante da utilização e combinação de vários indícios não necessários, de várias inferências indiciárias de caráter analógico, como é possível que com várias conclusões apenas prováveis se possa chegar à certeza, à convicção profunda da existência de um fato?” (DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 98).

⁶¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 281.

⁶¹⁴ “Os defensores da teoria subjetiva [de verdade], quando desistem de alcançar a verdade absoluta, isto é, quando chegam à conclusão de que não se pode justificar nenhuma crença além da dúvida, substituem a verdade por um sucedâneo, a probabilidade, entendida também de uma forma subjetiva. Nesse caso, verdade e falsidade aparecem como casos-limite da probabilidade. A probabilidade subjetiva de uma hipótese deveria ser interpretada então como o grau de racionalidade da nossa crença em sua verdade” (MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*, cit., p. 111 – tradução livre).

⁶¹⁵ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 571.

⁶¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, cit., p. 62.

outras palavras, quem tem certeza crê na verdade de algo,⁶¹⁷ e, portanto, modificou-se apenas o ponto de vista, agora centralizado no Sujeito, e não no Objeto. Não existiriam, então, certeza e verdade separadamente, pois para o pensamento clássico alguém só está *certo* (de posse de certeza) quando projeta sobre algo a crença de que esse algo é *verdade*.

A certeza é, então, o modo como a noção metodológica da ciência moderna trata o tema da verdade; são faces de um mesmo fenômeno.⁶¹⁸ E portanto, se o ideal de certeza servir para apenas para alterar a nomenclatura (não mais a “verdade”) do referencial de produção autorizada de conhecimento, tem pouca utilidade no combate à discricionariedade judicial. E mais: enquanto a verdade pretensamente se põe como algo neutro, impessoal, a certeza é já conectada à figura de quem a tem – no caso, o juiz. Dessa forma, fica ainda mais escancarado o protagonismo que esta tese busca, de certa forma, controlar.

Ocorre que mesmo a porção da doutrina que associa estreitamente certeza e verdade e confia nestas categorias metafísicas do conhecimento é ciente do fato de que a distinção entre certeza e verdade é uma *inevitabilidade*. Malatesta, dentre outros, diz o seguinte:

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.⁶¹⁹

Parece ser bastante evidente o aspecto fictício da *certeza* no âmbito do processo judicial, pois toda prova é apenas um indício da existência do fato provado.⁶²⁰ Por isso mesmo, Calamandrei diz que quando se considera um fato como verdadeiro, o que se atingiu foi um grau de verossimilhança que permite uma “certeza subjetiva” a respeito.⁶²¹ E no entanto, há quem defenda que a certeza é puramente um estado da alma, um estágio de convencimento bastante avançado que, embora subjetivo, seria reduzível a critérios de objetividade racional,

⁶¹⁷ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 26.

⁶¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Catedra, 1998, p. 15; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *A índole filosófica do direito*, cit., p. 61. E mais: “A introdução da certeza enquanto categoria substitutiva da verdade (ou concomitante a ela) não leva ao rompimento com a verdade correspondente, conduzindo somente à sua matização sob a forma relativa ou até a possibilidade de seu abandono” (KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 397).

⁶¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 2.

⁶²⁰ “O testemunho pessoal e todos, absolutamente todos os meios probatórios, resolvem-se em verdadeiros indícios de culpabilidade ou de inocência, ao serem apreciados para a formação dos nossos juízos” (MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*, cit., p. 479).

⁶²¹ CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*, v. 2. Buenos Aires: EuropaAmerica, 1962, p. 317/318.

representando o ponto final necessário para a tomada de uma decisão.⁶²² Cabe, diante das premissas que até agora foram traçadas, desdizer essa concepção, especialmente no que tange aos fatos que são tidos por provados através de presunções e inferências.

4.3.3. São úteis os teoremas matemáticos de probabilidade, no campo do direito probatório?

No tópico anterior foi possível perceber que em momento algum o juiz pode pronunciar a sua *certeza* absoluta a respeito de como sucederam os fatos de um caso concreto. Temos de lidar, portanto, com algo menos do que a certeza (o que implica, como também já vimos, deixar de lado o critério “verdade”). Quando falamos de *presunções judiciais*, nas quais o julgador estabelece que certos fatos ocorreram de determinada forma mesmo sem provas dessa ocorrência, o que ocorre é um juízo de *probabilidade*: é possível concluir, pelas provas dos autos e narrativas das partes, que o fato não provado pode ser presumido, pois há alta chance de que assim tenha sucedido.⁶²³ Precisamos, então, abordar com mais detalhes o que significa essa probabilidade.

A primeira questão a ser resolvida é saber se o conhecimento, pelo juiz, sobre os fatos do caso é algum tipo especial de conhecimento (jurídico), ou se não difere da epistemologia comum. Sem buscar muito aprofundamento, podemos concluir que a epistemologia comum só nos auxilia a determinar o grau de probabilidade de que uma hipótese seja verdadeira, mas não nos oferece informação relevante sobre qual é o ponto em que essa probabilidade passa a ser suficiente para que seja aceita como provada em um caso concreto.⁶²⁴ E não há motivo jurídico em estudar a probabilidade de que um fato tenha ocorrido (ou de que tenha ocorrido de determinada forma) que não reflita na consequente conclusão sobre a suficiência dessa mesma probabilidade para dar o fato (ou seu modo de ser) como provado.

⁶²² É o que diz, por exemplo: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55, concluindo inclusive que o conhecimento vulgar pode até estar correto, mas não há como ter certeza sobre sua correção, dada a falta de racionalidade.

⁶²³ Este é, segundo Michele Taruffo, o sentido dado pelos alemães quando utilizam o vocábulo “probabilidade”: refutar o ideal de certeza absoluta, sem necessariamente fazer referência a instâncias matemáticas do pensamento. A conclusão está em: TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*, cit., p. 668.

⁶²⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 30.

Assim, decidir sobre a suficiência da prova é, desde já, falar sobre a distribuição dos riscos de erro, e, logo, de ônus e *standards* de prova.

Logo adiante abordaremos especificamente a teoria de do inglês Thomas Bayes a respeito da probabilidade matemática no campo da epistemologia. O tema é de especial importância pois embora no Brasil não haja adesão, tampouco rejeição expressa, das teorias quantitativas de Bayes, existe um ceticismo generalizado a respeito da suposta suficiência e onipotência da abordagem estatística da prova.⁶²⁵ Enfrentar o assunto é, portanto, imprescindível.

Por ora, basta questionar: quando falamos que determinado evento “provavelmente” ocorreu, estamos nos referindo a um cálculo baseado em eventos passados similares, ou buscando referências em outras fontes que não a estatística? Em outras palavras, a probabilidade probatória é matemática, ou epistemológica?⁶²⁶ Nossa dúvida é bem sintetizada na seguinte passagem:

Dia sim, dia não, advogados, juízes, jurados e testemunhas falam de probabilidades. Não, decide o juiz, não é muito provável que o médico tenha assassinado seus pacientes idosos para acelerar o recebimento do pagamento do seguro de saúde. Não, insiste o promotor de justiça, o senador deveria saber que os valores que aceitou como presente eram de um investidor estrangeiro. [...] Há alguma conexão entre esses usos informais de probabilidade e a probabilidade que matemáticos e estatísticos manipulam e aplicam?⁶²⁷

Se a resposta for positiva, será imperativo termos conhecimento teórico firme sobre probabilidades matemáticas e sua interpretação. A abordagem matemática do provável, cuja crítica de certa forma permeia o presente trabalho como um todo, apoia-se em premissas ligadas às ciências naturais, não necessariamente aplicáveis ao mundo do direito. Entre algo absolutamente impossível (um elefante alçar voo) e algo absolutamente necessário (o movimento de rotação da terra) há um sem número de graus de possibilidade, que a lógica do

⁶²⁵ Opinando o mesmo, a respeito da França: TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*, cit., p. 663.

⁶²⁶ Sobre o tema: HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, cit., p. 65/98. A autora debate com muito detalhe e profundidade sobre como o uso epistemológico da probabilidade leva a resultados mais adequados que qualquer referência à probabilidade matemática ou estatística. Mais em: AUNE, Bruce. Haack's Evidence and Inquiry. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 56, No. 3 (Sep., 1996), pp. 627-632.

⁶²⁷ KAYE, D. H. What is Bayesianism? A guide for the perplexed. *Jurimetrics*, Vol. 28, No. 2 (Winter 1988), p. 163 – tradução livre;

provável *tenta, sem sucesso, capturar*.⁶²⁸ É preciso concluir – e nos tópicos seguintes se tentará demonstrar – que esse cálculo de medida dos graus intermediários é absolutamente impossível.

Por outro lado, há uma funcionalidade – mesmo que limitada – que deve ser reconhecida à probabilidade epistemológica. Isso pois, se estabelecermos que há causalidade probabilística sempre que a ocorrência de uma variável for capaz de aumentar a probabilidade de ocorrência de outra variável, poderemos ter um bom *input* para a tomada de decisões. Assim, se sabemos que fortes chuvas são causa de acidentes de automóvel, temos um dado relevante, embora daí não se conclua que diante de uma chuva torrencial todos os carros de uma rua se acidentarão. Reconhecer essa limitação é essencial para o uso da probabilidade no raciocínio.⁶²⁹

Especificamente em relação às presunções, tem-se que a probabilidade (por vezes no sentido estatístico, por vezes no epistemológico) é frequentemente invocada como seu fundamento de legitimidade. O juízo sobre o “acerto” de uma presunção é decorrente da crença na probabilidade de ocorrência de determinado fato.⁶³⁰ Daí a importância especial do tema para o presente trabalho. Assim, a probabilidade decorre de uma informação estatística sobre a frequência de determinados acontecimentos, que apenas indiretamente tem importância para o processo, já que o que se quer saber em um caso concreto não é quantas vezes uma situação similar já ocorreu no passado, e sim como foi a configuração fática do caso em si, que é desprendido dos eventos passados análogos.⁶³¹

Um exemplo prático pode auxiliar a nossa compreensão do tema. Imagine uma sacola opaca, da qual se retiram, uma a uma, bolas coloridas. Se forem retiradas x bolas (um número relativamente grande), e todas forem vermelhas, há uma crença justificada de que a bola $x+1$ também será vermelha. Mas essa crença, em si, não é base suficiente para a crença de que a bola $x+2$ será, também, da cor vermelha. E isso é assim pois não há *prova* de que a bola

⁶²⁸ “Todo evento descrito no fato envolve uma probabilidade de existência que oscila entre zero e o infinito. Assumem valor zero os fatos cuja existência seja de impossibilidade metafísica, enquanto certo são aqueles cuja existência seja necessária” (FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, cit., p. 52).

⁶²⁹ O exemplo e a conclusão estão em: NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*, cit., p. 71.

⁶³⁰ “Firmemos que a presunção comporta dois campos: (i) uma decisão da ordem emocional e (ii) um julgamento de probabilidade do domínio da lógica” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 242); HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*, cit., 2008, p. 113.

⁶³¹ “A probabilidade estatística nos informa unicamente de frequências relativas em que ocorre um tipo de evento em uma dada sucessão. Mas, de forma geral, no processo não importa determinar a frequência com que os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário e jubilados, matam suas irmãs; e sim se João matou sua irmã (o que, ainda que seja solteiro, maior de 60 anos, com título universitário e jubilado, é independente daquela frequência) (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 98 – tradução livre).

$x+1$ é vermelha; apenas uma expectativa justificada.⁶³² O que nos permite concluir, em termos probabilísticos, que a bola $x+2$ será vermelha é a mesma generalização que diz algo sobre a bola $x+1$. É possível que falemos, então, na *propensão* de ocorrência de um evento,⁶³³ mais do que na sua probabilidade, especialmente quando tratamos de presunções.

O mesmo se pode falar a respeito da análise a respeito dos *indícios*, que sabidamente conduzem apenas a um local onde o conhecimento sobre o fato é indireto, mediato. É opinião corrente que indícios “homogêneos” se somam, enquanto os “heterogêneos” não, estes últimos tidos como os que não conduzem ao mesmo resultado presumido. Se é assim, quanto mais indícios, mais provável é uma determinada hipótese, e mais convicção e certeza ela é capaz de gerar.⁶³⁴

Antonio Dellepiane é uma voz dissonante nessa discussão, com críticas severas à opinião descrita acima, especialmente por reduzir a complexidade da questão e tratar de hipóteses “homogêneas e heterógenas” sem muita profundidade. Em especial, o autor critica “a falta de razões demonstrativas de porquê a concorrência de vários indícios aumenta as probabilidades de cada um deles como uma nova probabilidade, que resultaria da reunião de todas as outras”.⁶³⁵

Temos que concordar com Dellepiane. Cada indício é, em si mesmo, uma prova não suficiente da ocorrência de um fato. A coexistência de dois indícios convergentes não faz, por si só, aumentar a probabilidade da hipótese, uma vez que cada indício tem sua probabilidade independente. A aritmética é de multiplicação entre percentuais, e não de simples soma – se quisermos nos manter no campo da lógica estatística. Malatesta, sobre isso, apresenta uma representação bastante didática. Diz que a somatória de indícios equivale à soma de frações com denominadores distintos. Não se chega, como em uma soma de números naturais, à unidade; tampouco se chega à certeza a partir da soma de frações de convencimento. Conclui o autor italiano que os indícios, como valores, são sempre heterogêneos.⁶³⁶ Antonio Dellepiane também critica a falta de profundidade com que autores – da sua época – tratam da confirmação

⁶³² RIZZIERI, Aaron. Evidence does not equal knowledge. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 153, No. 2 (March 2011), p. 239.

⁶³³ “Propensão é, conceitualmente, a disposição que uma série de condições repetíveis tem de produzir um resultado com determinada frequência; em outro conceito, é a disposição de uma determinada configuração a produzir um tipo de resultado em uma situação particular” (HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*, cit., p. 112 – tradução livre).

⁶³⁴ LOPEZ MORENO, Santiago. *La prueba de indícios*. Madrid: V. Suárez, 1897, p. 145.

⁶³⁵ DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 98.

⁶³⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 229.

de hipóteses. O que seria convergência de indícios, afinal? A mera menção de que um fato corrobora ou confirma os demais “nada explica, e antes autoriza a perguntar por que e quando os indícios se corroboram ou confirmam”.⁶³⁷

A independência do raciocínio inferencial e probabilístico, em matéria de direito probatório, das teorias estatísticas de probabilidade, é uma conclusão da qual parecemos estar nos aproximando. Assim, mesmo se a probabilidade objetiva seja utilizada, temos disponíveis apenas dados a respeito de uma possibilidade hipotética. Nada fala sobre o caso concreto. E há uma distância considerável entre considerar que um fato tem grandes chances de ocorrer, e crer que tenha de fato ocorrido.⁶³⁸ É por este motivo que Charles Peirce conclui que nenhuma inferência indutiva em relação a um caso isolado tem qualquer ligação com a probabilidade. A validade probabilística pertence, diz o autor, às séries de inferências repetidas indefinidamente, e assim o juízo inferencial sobre um fato concreto (sem referência à continuidade de fatos repetidos ao longo do tempo) não tem valor no campo da probabilidade.⁶³⁹

Chegamos, então, a Bayes e ao teorema matemático de comprovação da probabilidade, que merece atenção especial por ter sido amplamente estudado e defendido como método de aproximação da *verdade* na predição de como um evento desconhecido ocorrerá, tendo por base apenas informações a respeito de eventos análogos passados. De maneira resumida, o teorema é representado por uma equação matemática envolvendo *probabilidades condicionais*, cujo resultado varia de zero a um, representando a porcentagem de chance de ocorrência do evento examinado. O teorema é largamente estudado nas ciências naturais e exatas, onde é alvo atualmente de severas críticas. No campo do direito, devido a tudo o que até agora foi dito separando-o da ciência racionalista, os problemas do Bayesianismo ganham contornos mais destacados ainda.

É com esta seguinte hipótese que devemos iniciar nossa análise do teorema Bayesiano sobre provas: toda abordagem matematizante do valor probatório de um fato envolve que deixemos de lado, mesmo que momentaneamente, o caso concreto, e encaixotemos as características individualmente consideradas do fato em categorias (grupos de referência) cuja probabilidade ou frequência de ocorrência é sabida. E o problema das classes ou grupos de

⁶³⁷ DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 128.

⁶³⁸ HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*, cit., p. 119; STRIPINIS, Daniel. Probability Theory And Circumstantial Evidence: Implications From A Mathematical Analysis. *Jurimetrics*, Vol. 22, No. 1 (Fall 1981), pp. 59-82.

⁶³⁹ PEIRCE, Charles Sanders. *Collected Papers*, cit., 2.652.

referência é uma limitação epistemológica na tentativa de estabelecer o valor probabilístico de provas individualmente consideradas.⁶⁴⁰ De fato, é muito difícil ou quase impossível incluir conhecimento matemático na análise de probabilidade de ocorrência de um evento sem permitir a intromissão de conclusões estatísticas, nas quais algumas variáveis menos concretas sejam apequenadas em favor de variáveis mais facilmente quantificáveis. Os números têm essa natureza, afinal, de entregar informações sem interpretá-las.⁶⁴¹

Sabendo de tudo isso, temos que o uso de probabilidades matemáticas se resume a determinar qual é o grau aceitável de risco de erro ao qual o juiz aceitará submeter as partes. Isso implica, indubitavelmente, admitir que o julgamento será o resultado de uma incerteza, o que é paradoxal diante da promessa de segurança e certeza que faz parte do discurso da matematização da análise probatória.⁶⁴²

Um famoso exemplo utilizado pela doutrina norte-americana para discutir o tema é o caso *Smith v Rapid Transit*,⁶⁴³ no qual uma pessoa foi atingida por um ônibus e, no momento do incidente, não soube identificar a qual companhia de transportes o veículo pertencia. Foi identificado que oitenta por cento dos ônibus azuis que utilizavam aquela trajetória eram de uma companhia A, e por esse motivo o autor pediu a condenação da empresa, com base exclusivamente na probabilidade alta de ser esta a pessoa jurídica responsabilizável. O resultado do caso foi a improcedência do pedido, tendo sido expressamente mencionada a impossibilidade de responsabilização nestes termos.⁶⁴⁴

A solução parece acertada, afinal a estatística nua e crua que demonstra que oitenta por cento dos veículos pertencem a uma empresa é absoluta insuficiente para concluir que a empresa tenha dado causa ao acidente. Há parte da doutrina que discute, inclusive, a possibilidade de que em casos semelhantes, em que a única evidência disponível são dados a respeito da parcela de mercado controlada por cada possível responsabilizável, deve ser repartida a condenação correspondentemente. A “companhia A”, no exemplo acima, seria

⁶⁴⁰ ALLEN, Ronald J; PARDO, Michael. The problematic value of mathematical modes of evidence. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 36, No. 1 (January 2007), p. 114.

⁶⁴¹ Opinando que o uso do teorema de Bayes leva à desumanização da interpretação jurídica: SAKS, Michael J; KIDD, Robert F. Trial by heuristics, cit., p. 124.

⁶⁴² TRIBE, Laurence. Trial by mathematics: precision and ritual in legal process. *Harvard Law Review*, n. 84, 1971, p. 1.334.

⁶⁴³ 317 Mass. 469, 58 N.E.2d 754 (1945).

⁶⁴⁴ Análises do caso podem ser vistas em: SHAVIRO, Daniel. Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice. *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 2 (Dec., 1989), p. 531; NESSON, Charles. The evidence or the event? On juridical proof and the acceptability of verdicts. *Harvard Law Review*, vol. 98. Mai/1985, p. 1.379; WEINSTEIN, Jack B, et. al. *Evidence cases and materials*, 10th ed. St. Paul: West Academic, 2017, p. 73 e ss.

condenada a oitenta por cento dos danos causados ao autor.⁶⁴⁵ Estaríamos aí diante de uma decisão que promove uma política pública clara de favorecimento ao consumidor, a partir de uma *presunção* que é admitidamente baseada em probabilidades matemáticas. E por óbvio, decisões dessa espécie são conscientes e desenganados tiros no escuro. Exemplos assim valem para demonstrar que frequentemente o uso de probabilidades matemáticas implica *admitidamente* que o julgamento terá uma chance consciente de erro. Um risco calculado que devemos estar preparados a correr.

O aspecto importante aqui é a consideração da chamada taxa-base, assim entendida a frequência relativa em que um evento ocorre, ou que um atributo está presente em um grupo de referência. É o dado que nos informa sobre a probabilidade prévia e a respeito da previsibilidade teórica de ocorrência ou modo de ser de um determinado evento. Segundo a doutrina, alguns fatores que podem auxiliar a consideração de taxas-base em casos particulares incluem: a) a necessidade de rebater a alegação de que o fato ocorreu por coincidência/azar; b) a disponibilidade de taxas-base referentes a grupos de referência que incorporem características específicas do caso concreto; c) a dificuldade de obter provas de maneira mais individualizada.⁶⁴⁶ Em todos estes casos, note-se bem, o ponto de vista matemático ingressa no discurso do intérprete como um conformador, desde sempre voltado a um fim específico. A essa propensão podemos chamar de *heurística estatística*, um viés comportamental que, se bem analisado, desvirtua o propósito e a razão de ser dos teoremas matematizantes do raciocínio probatório.

Consciente disso, Richard Posner discute abertamente, do ponto de vista da análise econômica do direito, a validade e legitimidade de se abordar o direito probatório como um modelo de minimização de custos. Avaliando o custo dos erros judiciais, pode-se chegar a equações que nos dão informação suficiente sobre o tamanho do risco assumido.⁶⁴⁷ É essa a consequência que nos parece óbvia e direta a respeito do Bayesianismo, afinal aceitar o julgamento com base na probabilidade calculada sobre generalizações e analogias implica

⁶⁴⁵ NESSON, Charles. *The evidence or the event? On juridical proof and the acceptability of verdicts*, cit., p. 1.383 e ss. Há precedentes norte-americanos em que isso efetivamente ocorreu: *Summers v. Tice* (33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1 (1948)); *Sindell v. Abbott Laboratories* (26 Cal. 3d 588, 607 P.2d 924, 163). No direito brasileiro, o tema é discutido em: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 304.

⁶⁴⁶ KOEHLER, Jonathan J. When do courts think base rate statistics are relevant?, cit., p. 378. Mais em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, cit., p. 42.

⁶⁴⁷ POSNER, Richard A. An economic approach to the law of evidence. *Stanford Law Review*, Vol. 51, No. 6 (Jul., 1999), p. 1.484.

admitir a chance matemática de erro. O mínimo que se espera a partir daí é que estejamos cientes do tamanho do risco do equívoco judicial.⁶⁴⁸

A partir desse ponto podemos nos questionar se devemos aceitar como legítimas as decisões judiciais que se baseiam em estimativas matemáticas de um possível resultado fático. Afinal, ou bem aceitamos que presunções judiciais são fundadas em máximas da experiência que têm fundo estatístico, e com isso aceitamos que a decisão equivale à assunção de um risco calculado, ou, por outro lado, abandonamos esta abordagem e partimos em busca de outras fontes de legitimação do raciocínio presuntivo.

Para auxiliar a compreensão do problema colocado acima, precisamos repetir que *a matematização é um falseamento da compreensão*, se estamos diante da interpretação de objetos que não são numéricos em si mesmos.⁶⁴⁹ Quer dizer, a não ser que estejamos de problemas matemáticos, a matemática não nos responderá satisfatoriamente. E mais do que isso, é perigoso confiar nos redutores de complexidade do processo compreensivo quando, como já sabemos, nós não atribuímos sentidos às coisas de maneira racional. Se é assim, a própria equação de Bayes chega tarde na tentativa de explicar a nossa interpretação de um fenômeno.

Há demonstrações e estudos empíricos bastante detalhados que evidenciam que os julgadores têm dificuldade em converter suas impressões sobre os casos em números ou expressões numéricas.⁶⁵⁰ As tentativas de aplicar em casos práticos o teorema, ademais, mais distraíram o juiz e o júri que trouxeram benefícios ao julgamento.⁶⁵¹ E de fato, dificilmente o juiz lança mão de estatísticas que permitam afirmar a frequência do acontecimento de um dado evento para sustentar a probabilidade de sua ocorrência.⁶⁵² Soma-se a isso o fato de que, como tem notado a doutrina com relativa frequência, o correto uso do teorema Bayesiano é muito

⁶⁴⁸ Charles Peirce, sobre o tema, diz categoricamente que “um resultado indubitável da teoria das probabilidades é que todo apostador, se jogar por tempo o suficiente, acabará arruinado” (PEIRCE, Charles Sanders. *Collected Papers*, cit., 2.653 – tradução livre). O autor se refere à necessidade de que o observador que faz qualquer inferência baseada em probabilidade admita saber estar diante de um risco inafastável de erro.

⁶⁴⁹ ALLEN, Ronald J; PARDO, Michael. The problematic value of mathematical modes of evidence, cit., p. 110.

⁶⁵⁰ CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Durham: Carolina Academic Press, 2013, p. 113; SMITH, Brian C.; PENROD, Steven D.; OTTO, Amy L.; PARK, Roger C. Jurors' Use of Probabilistic Evidence. *Law and Human Behavior*, Vol. 20, No. 1 (Feb., 1996), pp. 49-82.

⁶⁵¹ TWINING, William. Debating probabilities In: TWINING, William; STEIN, Alex. *Evidence and proof*. New York: New York University Press, 1992, p. 159.

⁶⁵² REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 200.

complexo e dificilmente um julgador inexperiente no campo da estatística domina a sua aplicação no direito.⁶⁵³ Algumas questões pontuais podem exemplificar essa dificuldade.

Em uma interessante obra a respeito dos equívocos mais comuns dos jurados em matéria de cálculo de probabilidade nas cortes norte-americanas, as autoras concluem o seguinte:

Aplicar um modelo matemático para uma situação da vida real não é, e será jamais, completamente acurado; quanto mais simples o modelo e quanto mais individual o comportamento, pior será o resultado. Nem deveria ser preciso mencionar que este tipo de raciocínio não pode ser usado em uma corte de Justiça sem incorrer em um sério perigo de erro.⁶⁵⁴

Citam, como exemplos concretos de equívocos, a multiplicação de probabilidades que não são independentes, ou o tratamento autônomo de hipóteses que na verdade dependem uma da outra. Falam também, especificamente da dificuldade que os intérpretes têm em acreditar nas consequências que, em um cálculo retroativo mental de probabilidade, aparecem como hipóteses raríssimas, praticamente “coincidências”, mais do que verdadeiras possibilidades.⁶⁵⁵

Outro bom exemplo nos é dado por Posner, que está correto ao dizer que a abordagem probabilística da prova inferencial ganha contornos complexos quando o que precisa ser presumido é uma cadeia de eventos que podem ou não ser independentes entre si. Assim, imaginemos o já comentado exemplo do jogo de roleta em um cassino, em que cada jogada tem uma probabilidade de 50% de o resultado ser uma casa vermelha, e 50% uma casa preta. O mesmo ocorre com uma moeda em um jogo de cara ou coroa. Se analisarmos, no entanto, um grupo de três jogadas, a chance total de que os três resultados sejam coroa é a multiplicação de 50% por três, o que resulta em uma probabilidade de 0.125. Isso se, no caso analisado, as três jogadas ocorrerem indissociadamente, sempre em conjunto. Quer dizer: compreender se estamos lidando com eventos independentes entre si, ou não, é crucial para começarmos a pensar em probabilidades matemáticas. Posner chama a atenção para o fato de que muito frequentemente os jurados são instruídos a cálculos matemáticos equivocados,

⁶⁵³ Comentando a complexidade do teorema de Bayes: AMAYA, Amalia. *Reasoning about facts in law: essays in coherence, evidence, and proof*, cit., p. 12; DALL’AGNOL, Deltan. *The best explanation of circumstantial evidence: an analysis of circumstantial evidence with abductive glasses*, cit., p. 172/173; KASS, Robert E. How should indirect evidence be used? *Statistical Science*, Vol. 25, No. 2 (May 2010), p. 168.

⁶⁵⁴ SCHNEPS, Leila; COLMEZ, Coralie. *Math on trial: how numbers get used and abused in the courtroom*. New York: Basic Books, 2013, p. 167 – tradução livre.

⁶⁵⁵ SCHNEPS, Leila; COLMEZ, Coralie. *Math on trial: how numbers get used and abused in the courtroom*, cit., p. 121 e ss.

tratando eventos independentes como se não o fossem, e vice-versa. Isso tem impacto direto no *standard de prova* do caso, pois a multiplicação entre hipóteses causais altera a regra geral da preponderância da prova (matematicamente, mais de 50% de provas em favor da parte ganhadora).

Outro exemplo dado por Posner é relativamente simples, e vai aqui adaptado/reinterpretado: imagine-se uma demanda por assédio moral trabalhista, na qual o reclamante deve comprovar a) sua condição de subordinado; e b) os atos de assédio verbal em frente aos colegas de trabalho. Se, no caso, a probabilidade de ‘a’ for avaliada em 0.6, e a de ‘b’, 0.7, e os eventos forem equivocadamente tratados como dependentes entre si, a probabilidade conjunta será a multiplicação deles, e resultará 0.42 – ou seja, menos de 50% –, o que em tese faria com que o pedido fosse julgado improcedente. No entanto, a percepção exata do caso nos leva a analisar cada prova separadamente, sendo a primeira questão – a relação de subordinação – prejudicial ao julgamento da segunda.⁶⁵⁶ Tudo isso deve fazer parte da justificativa judicial, se estivermos presos ao raciocínio estatístico.

Por fim, temos de enfrentar uma questão que o próprio Bayes, assim como muitos de seus seguidores, têm dificuldade em responder: a falta de critérios objetivos para a seleção das variáveis que comporão o cálculo matemático da probabilidade segundo o teorema. Talvez a mais contundente crítica ao Bayesianismo seja, de fato, o ataque à subjetividade inescapável⁶⁵⁷ que a teoria desencadeia, por paradoxal que isso possa parecer.

A aplicação subjetiva das probabilidades é ilustrada por um exemplo bastante simples. Imagine-se uma previsão meteorológica na qual há 80% de chances de chuva no dia seguinte. Como podemos analisar o acerto dessa previsão? Se no dia previsto de fato tiver chovido, terá sido acertada? E se não chover, estará dentro dos 20% de chances de tempo seco, ou estamos diante de uma previsão falha? Em geral, as predições expressadas em termos de probabilidade não podem ser invalidadas ou validadas pela ocorrência ou inoccorrência do evento previsto. Por isso, matematicamente não é adequado aplicar o conceito de probabilidade

⁶⁵⁶ POSNER, Richard A. *An economic approach to the law of evidence*, cit., p. 1.512 e ss. Exemplos semelhantes são bem analisados em: NESSON, Charles. *The evidence or the event? On juridical proof and the acceptability of verdicts*, cit., p. 1.385 e ss.

⁶⁵⁷ GOLDMAN, Alvin I. *Quasi-objective bayesianism and legal evidence*. *Jurimetrics*, Vol. 42, No. 3 (SPRING 2002), p. 239. Há, por outro lado, quem defenda a natureza essencialmente objetiva da probabilidade: NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*, cit., p. 65.

a eventos singulares.⁶⁵⁸ E, afinal, falamos aqui sempre de eventos singulares, por mais que aproximáveis ou análogos a outros eventos passados. Daí porque devemos concluir, nesta tese, que as abordagens probabilísticas matemáticas não são uma alternativa, mas uma visão perniciosa às mais adequadas teorias narrativas sobre o acerto dos fatos de um caso concreto.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ O exemplo está no seguinte texto: D'AMATO, Anthony. The limits of legal realism. *The Yale Law Journal*, Vol. 87, No. 3 (Jan., 1978), p. 483/484.

⁶⁵⁹ PARDO, Michael; ALLEN, Ronald. Juridical proof and the best explanation, cit., p. 261 e ss.

5. AS PRESUNÇÕES JUDICIAIS E AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

5.1. Visão geral das presunções

O intuito deste trabalho é apontar como, nos raciocínios judiciais que impliquem inferências presuntivas, há espaços velados de discricionariedade, que se escondem sob argumentos cuja legitimidade precisa ser questionada. O objeto específico da tese, portanto, são as chamadas *presunções simples*. Para isso, é importante que falemos a respeito da classificação tradicional das presunções, na qual estão presentes também as presunções *legais*, divididas em *relativas* e *absolutas*.

Veremos mais adiante que nem sempre é útil ou proveitoso tratar de presunções simples (judiciais) e legais como fenômenos de uma mesma espécie. Por ora, cabe conceituar o que é uma presunção, e demonstrar como a doutrina trata do tema de forma geral.

5.1.1. O conceito clássico de presunção – o fato ignorado e seu conhecimento

Em termos gerais, a presunção é um “juízo antecipado e provisório, que se considera válido até prova em contrário”.⁶⁶⁰ É antecipado porque confessadamente se apoia em circunstâncias que apenas fazem *supor* aquilo que se presume. Já especificamente no campo do direito processual civil, essa definição nem sempre fará sentido. O termo, inclusive nos países de *common law*, é reconhecidamente amplo e usado de forma livre, pouco cuidadosa.⁶⁶¹

A doutrina e a legislação do período pós Revolução Francesa tem um ponto bem claro em comum, na definição do tema: presunção é a forma pela qual se toma conhecimento de um fato desconhecido através de um fato conhecido. É assim a redação do art. 1.349 do Código Napoleão: “Presunções são as consequências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido para provar um fato desconhecido”. O código civil italiano repete essa redação, por exemplo (art. 2.727). O mesmo ocorre no código civil português (art. 349), boliviano (art. 934), uruguaio (art. 1.600), e na Ley de Enjuiciamiento civil espanhola (art. 386).⁶⁶²

⁶⁶⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 926.

⁶⁶¹ RICE, Paul; CUTTER, Slade. Problems with presumptions: a case study of the structural presumption of anticompetitiveness. *The antitrust bulletin*, n. 47. 2002, p. 557, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X0204700401>, acesso em 13.12.2017. Os autores anotam, em seguida, que o termo *ônus da prova* (burden of proof) é também vítima desse uso despreocupado, sem técnica, por grande parte da comunidade jurídica norte-americana.

⁶⁶² Um ótimo panorama das legislações clássicas sobre o tema está em: LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*, vol. V. Madrid: REUS, 1964, p. 117/118.

Note-se que as definições acima estão, à exceção do exemplo da Espanha, nos *códigos civis*, que no auge do positivismo clássico foram instrumentos tipicamente unificadores das noções gerais de direito. O que vale a pena notar dessa constatação é que a definição de presunção estava mais ligada ao fato de que a lei poderia atribuir consequências jurídicas presuntivas a um dado fato, do que à situação em que o juiz toma para si a tarefa de presumir. Daí se percebe que presunções *legais* e *judiciais* têm, inclusive na previsão legislativa, uma origem comum.

Na doutrina brasileira, vemos que “presunção é o convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo”.⁶⁶³ Esse julgamento é antecipado, porque “tem por certa uma coisa antes de ter sido esta provada por meios diretos”.⁶⁶⁴ Por tudo o que vimos até aqui, sabemos que conceito não é o mais adequado, por colocar muita ênfase no *convencimento* a respeito do fato a ser presumido. De toda forma, vale o destaque de que uma presunção é admitidamente o estabelecimento da existência ou modo de ocorrência de um fato sem que o próprio fato tenha sido comprovado. A partir da conclusão a respeito do fato sabido, o resultado (o fato presumido) substitui a prova (que não existe), e daí em diante é tratado como prova. Daí porque não é, ontologicamente, prova.⁶⁶⁵ O que precisa ser questionado então é qual a ligação necessária entre o que se quer conhecer e o que se conhece, para que se possa estabelecer a presunção.

Em comum entre as definições clássicas do raciocínio presuntivo está a relação entre um fato conhecido (=provado) que não necessariamente compõe o objeto de prova do caso, e um segundo fato que compõe o *thema probandum*, cujo conhecimento é possível através da prova do primeiro.⁶⁶⁶ Quer dizer, aquilo que realmente se quer saber não é *provado*, mas é tido por provado diante da comprovação do fato que dá início à presunção: “O que fica fora do campo probatório são o fato desconhecido e a relação de causalidade, incidindo a atividade probatória sobre a demonstração do fato ao qual a presunção deve se apoiar”.⁶⁶⁷

⁶⁶³ COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 19.

⁶⁶⁴ COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 20.

⁶⁶⁵ OLSHAUSEN, George. Presumptions as evidence: a reply. *California Law Review*, Vol. 31, No. 3 (Jun., 1943), p. 321; WALTON, Douglas. *Burden of proof, presumption and argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 85; MORGAN, Edmund. Some observations concerning presumptions. *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 6 (Apr., 1931), p. 908.

⁶⁶⁶ No direito português, esse conceito pode ser encontrado nas seguintes obras: VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO e NORA. *Manual de processo civil*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 501; RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 226/227.

⁶⁶⁷ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 360.

Portanto, o que merece ser investigada é a natureza do salto entre o que se conhece e o que se dará por conhecido. Nesse contexto é que Nicola Malatesta compara o raciocínio presuntivo ao de um cão que fareja vestígios para encontrar seu dono.⁶⁶⁸ O que o autor quer destacar é que o cão – como o julgador – adquire um repertório de saberes que auxiliarão, e de certa forma guiarão, a atividade de busca pelo conhecimento do fato presumido. De forma resumida, pode-se dizer que presunções são “como critérios de orientação da pesquisa”.⁶⁶⁹

Frequentemente se confundem *presunção*, *indício*, e *prova indireta*; conceitos que à primeira vista parecem análogos, mas em realidade não o são. Indício (ou “fato indiciário”, que para esta tese será usado como sinônimo) é o fato que não comprova nem atesta, mas apenas *indica* a existência ou o modo de ser de outro fato. Diz Antonio Dellepiane: “Que é um indício? É todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou, melhor dito, devidamente comprovado; suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos”.⁶⁷⁰

Um indício pode ser, em si mesmo, prova de um fato relevante para o caso, e ao mesmo tempo desempenhar a função de fazer supor o fato presumido. A doutrina costuma, ademais, dizer que um indício não poderia ser fonte de prova para outro indício,⁶⁷¹ o que parece não encontrar vedação legal ou lógica alguma. Com exceção do fato de que uma cadeia de fatos indiciários retira a segurança da conclusão a cada passo inferencial que se dá, nada parece impedir que eventualmente isso ocorra.⁶⁷² O importante, de todo modo, é saber que indício é o *ponto de partida* de um raciocínio, e a *presunção* é o raciocínio em si, o caminho (= a inferência) para se dar por provado um determinado fato.⁶⁷³ Não obstante haja opiniões em sentido contrário,⁶⁷⁴ é essa a definição adotada pelo presente trabalho.

⁶⁶⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 180.

⁶⁶⁹ REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 30.

⁶⁷⁰ DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 89.

⁶⁷¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 228.

⁶⁷² Esta opinião, com a qual concordamos, pode ser encontrada em: LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba em derecho civil*, t. V, cit., p. 371; SCARPA, Antonio. *La prova civile: percorsi giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 39.

⁶⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A presunção e a prova. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56/57; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 134; CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*, cit., 1947, p. 226/227; SANTOS, Moacyr Amaral. *A prova judiciária no civil e comercial*, vol. 5, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 412/416; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., 122/123.

⁶⁷⁴ GIANTURCO, Vito. *La prova indiziaria*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 21 e ss. Sérgio Covello, por exemplo, opina que o indício é o ponto de chegada, e não de partida da presunção (COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 119). Confirma-se também o seguinte trecho, bastante diferente do que neste trabalho se defende: “O indício é o fato conhecido do qual, em virtude do princípio de causalidade, se induz o fato

A presunção, então, não é exatamente um meio de prova – embora o Código Civil assim o trate, no art. 212, IV –, mas sim um *processo* de compreensão⁶⁷⁵ para que se dê por provado um fato. O que resulta da presunção não é de forma alguma um fato provado, mas o instrumento da presunção atribui a esse fato a mesma eficácia dos fatos provados – aliás, é essa a utilidade do raciocínio presuntivo: dispensar prova do fato e mesmo assim tê-lo por demonstrado. Resumidamente, indícios são a fonte de se obtém a presunção. Indícios são os fatos, presunção é o raciocínio conclusivo.⁶⁷⁶

Muito embora seja fácil perceber que na presunção a “chance de erro” é razoavelmente maior do que quanto a um fato provado diretamente,⁶⁷⁷ ambos – fato presumido e fato provado – devem ser equivalentes no momento da valoração probatória. Isso só reforça a responsabilidade e as rígidas exigências para que seja legítimo um raciocínio presuntivo. Afinal, quanto menor for a amplitude semântica do enunciado que servir de base a uma presunção, menor será o campo dos objetos possíveis por ele abarcado, e consequentemente maior será a probabilidade de precisão no raciocínio.⁶⁷⁸

Por tudo o que vimos em relação à inafastabilidade da linguagem e à limitação natural dos conceitos (enunciados), podemos concluir que quanto mais uma presunção se baseia em raciocínios abstratos, mais provavelmente ela não se apoia em argumentos seguros. Por ora, para fins de conceituação temos então o fato que representa um indício (também denominado fato-base da presunção), o fato presumido, e a presunção em si. Vejamos como tradicionalmente as presunções são tipificadas pela doutrina.

desconhecido, ao qual se atribui a função de causa e efeito em relação ao fato conhecido. A presunção, ao invés, não tem por fundamento o princípio de causalidade, mas sim o de identidade, porque do fato conhecido induzimos indiretamente o fato desconhecido, em virtude de certas circunstâncias que em casos idênticos costumam verificar-se” (CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Manual elementar de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 152). A distinção entre “causalidade” e “identidade”, além de ser subjetiva, não parece justificar que se criem duas categorias separadas de raciocínios inferenciais.

⁶⁷⁵ “Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio “se ocorreu x, deve ter ocorrido y”, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, in mente iudicis. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A presunção e a prova*, cit., p. 57). Também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 145/147; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*, 3ª ed. Torino: Utete, 2010, p. 647; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 452; WALTON, Douglas. *Burden of proof, presumption and argumentation*, cit., p. 102.

⁶⁷⁶ Na precisa definição de Hernando Echandía, os indícios são a lâmpada, e a presunção é a luz produzida por essa lâmpada (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 2, cit., p. 696).

⁶⁷⁷ LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*, vol. V, cit., p. 130; COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 39.

⁶⁷⁸ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 528. A opinião é em grande parte inspirada em: SANTOS, Moacyr Amaral. *A prova judiciária no civil e comercial*, vol. 5, cit., p. 484.

5.1.2. Classificação das presunções

Não se pode dizer que há um consenso na doutrina a respeito da natureza jurídica das presunções. Seriam meios de prova? Substitutivos da prova? Modos de raciocínio judicial? A confusão não é exclusividade do Brasil, sendo comum também em países de *common law*, onde o termo *presunção* já foi chamado de “o mais escorregadio dos termos legais”.⁶⁷⁹ Parte do problema está, cremos, nas classificações tradicionais das presunções, que misturam critérios e finalidades diversas na tentativa de criar categorias universais para o tema.⁶⁸⁰ Ainda de acordo com a doutrina do início do século, percebemos uma série de tipificações e classificações de indícios – entre próximos e remotos; prováveis e verossímeis; urgentes e não urgentes, violentos e não violentos; graves e ligeiros; antecedentes, concomitantes e subsequentes.⁶⁸¹ O presente estudo, como já dito, tem como foco identificar espaços de discricionariedade nas presunções. As classificações acima são de pouca funcionalidade para o que buscaremos concluir, e por esse motivo não serão abordadas.

Para falar de presunções, discorre a doutrina também sobre a suposta distinção entre *prova direta e prova indireta*, cujo critério seria a (i)mediação na percepção do fato pelos sentidos humanos.⁶⁸² Além de não concordarmos com essa distinção (o que será visto no próximo capítulo), cabe deixar claro que o *meio de prova*, na presunção, é o mesmo; os fatos a serem provados é que são direta ou indiretamente relacionados ao caso, a depender de se integram ou não o objeto da prova. Para esta tese, presunções podem surgir de provas diretas, ou de provas indiretas, indistintamente.

Distinguir, por outro lado, presunções “de direito” e “de fato”, sendo estas as simples e aquelas as legais, não parece ser útil. Isto porque, de um lado, todo raciocínio presuntivo terá consequências jurídicas (ou seja, “de direito”). E ao mesmo tempo, não há o que se presumir se não fatos, ou a qualificação jurídica de fatos. Assim, as presunções que a lei estabelece são também fáticas, e as presunções judiciais implicam consequências jurídicas.⁶⁸³

⁶⁷⁹ BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, 7th ed. St. Paul: West, 2014, p. 726.

⁶⁸⁰ Fazendo referência a uma “colcha de retalhos” (*patchwork character*) das diversas espécies de presunções: HELMHOLZ, R. H; SELLAR, W. DAVID H. Presumptions in comparative legal history. In: _____(org). *The law or presumptions: essays in comparative legal history*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 11/13.

⁶⁸¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., pp. 214/216.

⁶⁸² DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., pp. 76/77.

⁶⁸³ Nesse sentido: COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 31.

Outro possível critério, embora de difícil categorização, é a razão de ser da presunção. Podem ser vários os motivos de existência de uma presunção legal – seja legal, seja judicial, como veremos. Algumas justificativas incluem: a) fazer com que uma das partes tenha acesso facilitado à prova; b) promover políticas públicas sociais ou econômicas; c) evitar a produção de uma prova quando a experiência indica a alta probabilidade de uma determinada conclusão, dado um cenário fático específico; d) promoção de eficiência e conveniência.⁶⁸⁴ Em obra do século XIX, o inglês William Best resume as presunções nas seguintes categorias:

a) contra a ignorância da lei; b) presunção de validade dos atos oficiais (administrativos e judiciais); c) decorrentes de posse e uso; d) derivadas do curso da natureza; e) derivadas dos hábitos e costumes da sociedade; f) presunção de continuidade das coisas no *status quo*; g) em desfavor do malfeitor; h) decorrentes do comportamento das partes durante o processo judicial.⁶⁸⁵

Já a respeito do próprio raciocínio presuntivo, cabe discorrer a respeito da tradicional classificação: presunções podem ser judiciais ou legais, e estas últimas se dividem em relativas e absolutas. Antes de tudo, e já adiantando aquilo que será dito logo à frente: a classificação entre presunções legais relativas e absolutas também parece indevida, pois as chamadas presunções absolutas não são verdadeiramente presunções – só levam a nomenclatura.⁶⁸⁶

Quanto à divisão entre presunções legais e judiciais, há opiniões no sentido de que “uma presunção qualquer nada mais é que a prova indiciária imposta pelo legislador para a evidenciação judicial de certos fatos”.⁶⁸⁷ Essa parcela da doutrina não vê diferença entre presunção judicial e legal, à exceção da sua fonte (produzida pelo legislador ou pelo juiz). Já Giuseppe Chiovenda distingue estas duas espécies a ponto de não enxergar semelhanças que mereçam incluí-las como elementos de uma mesma categoria. As primeiras são instrumentos do direito material para atribuir consequências jurídicas a determinados fatos, com função de facilitar o exercício de certas condições jurídicas (como por exemplo os direitos que decorrem da filiação presumida). Já presunções judiciais são, para o autor italiano, meios de prova que influem na convicção judicial de acordo com uma relação ordinária de causalidade.⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ SALTZBURG, Stephen; MARITN, Michael; CAPRA, Daniel. *Federal rules of evidence manual*, vol. 1. 11th ed. New Providence: LexisNexis, 2015, §301.02[2]; LAUGHLIN, Charles. In support of the Thayer theory of presumptions. *Michigan Law Review*, Vol. 52, No. 2 (Dec., 1953), p. 219.

⁶⁸⁵ BEST, William M. *A treatise on presumptions of law and fact*. London: Hodges & Smith, 1844.

⁶⁸⁶ BEST, William M. *A treatise on presumptions of law and fact*, cit., p. 17.

⁶⁸⁷ DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 145.

⁶⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile cit.*, pp. 781/782 e 853/854. Idem em: ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle prove civili*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 110.

Parece certo o raciocínio de Chiovenda. As presunções legais dizem mais a respeito da atribuição de eficácia jurídica a determinadas situações de fato, enquanto as judiciais dependem de um juízo *justificado* de relação causal entre dois fatos em concreto. Na presunção legal, o legislador antecipa efeitos probatórios a certos fatos, que se têm por demonstrados até prova em contrário; na judicial essa eficácia probatória só ocorre por conta da demonstração específica de relação entre fatos. Nas presunções legais há um deslocamento do ônus de prova (como veremos adiante); nas inferências judiciais o que ocorre é uma circunstância específica, que autoriza a suficiência da produção de uma prova não relacionada diretamente ao fato que se quer conhecer.⁶⁸⁹

Seja como for, na linguagem jurídica já consolidada ambos os mecanismos recebem o nome de *presunções*, e por este motivo são tratados conjuntamente. Vejamos de forma mais detida as categorias dessa classificação.

5.1.3. Presunções legais, em especial as relativas

Presunções chamadas legais são as situações em que a lei, a partir da existência comprovada de um fato, atribui eficácia jurídica a outro, mesmo sem que sobre este último tenha sido produzida qualquer prova. É o caso da morte presumida (art. 7º do CC/02) e da divisão igualitária de obrigações entre coobrigados (art. 257 do CC/02).

Como dito acima, presunções legais são em verdade normas que dispõem sobre como se resolve um problema jurídico; não tratam necessariamente de um fato que dificilmente seria comprovado e, por isso, é *presumido* como ocorrido. Parte mais radical da doutrina dirá que essa espécie leva apenas o nome de presunção, não constituindo um raciocínio presuntivo.⁶⁹⁰ O que ocorre é que na função legislativa a regra que contém uma presunção é “atributiva de direito e assegura o funcionamento das regras jurídicas, constituindo, de certa forma, um acessório da regra de fundo, à qual presta mais eficácia, ao facilitar a prova de fatos que determinam as condições de aplicação ou de incidência do preceito legal”.⁶⁹¹ Em outras

⁶⁸⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 554. Já Leo Rosenberg afirmava que equiparar presunções judiciais das legais demonstra “o desconhecimento fundamental da essência da presunção legal sobre fatos” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 189 – tradução livre).

⁶⁹⁰ KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, cit., p. 658 e ss.

⁶⁹¹ COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 52/53. Opinião semelhante, de que a presunção importa uma “diminuição das existências jurídicas” sobre a solidez da prova, está em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 132.

palavras, a presunção legal não admite um fato por outro (como a judicial), mas serve como instrumento de funcionalidade do sistema jurídico.⁶⁹²

A presunção se diz *relativa* pois admite prova em contrário, caso em que deixa de ser aplicada ao caso. A prova pode servir para elidir o fato-base, o fato presumido, ou ainda desdizer ou modificar a relação entre os fatos – caso em que não se deverá atribuir a eficácia presuntiva ao dispositivo legal no caso concreto.⁶⁹³ Em tópico específico mais adiante detalharemos como é a dinâmica das presunções em juízo, e o tema da contraprova será mais bem tratado.

Um ponto importante a respeito das presunções legais, que as diferenciam substancialmente das judiciais, é que podem ser, e no mais das vezes são, normatizações de máximas da experiência comum,⁶⁹⁴ mas seu fundamento não necessariamente⁶⁹⁵ é uma estreita relação entre fato-base e fato presumido. Quer dizer: enquanto a legitimidade da presunção feita pelo juiz depende exclusivamente dos fatos que a compõem, no caso judicial a regra presuntiva é legítima por sua própria validade jurídica, e implica um constrangimento do convencimento judicial.⁶⁹⁶

Há quem opine no sentido de que também a presunção legal implica um convencimento antecipado dos fatos por parte do juiz.⁶⁹⁷ Sobre isso, devemos discordar: se a regra legal já qualifica juridicamente a consequência de um fato, a questão é de apenas aplicar o texto da lei, e não de se deixar convencer por ele. Não há convencimento judicial (no sentido do art. 371 do CPC) senão sobre fatos controvertidos, que formam o objeto de prova de um caso. Fatos sobre os quais milita presunção legal, parece-nos, fogem a essa regra.

⁶⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, vol. 196. São Paulo: RT, Jun/2011, p. 11. E ainda: “A presunção legal admite um fato por outro, como se fossem um só ou o mesmo. Nesta medida, o fato presumido A pode não ser, mas será tido, para o universo do direito, como se fosse; assim como da mesma forma pode ser, no mundo real, mas será observado como se não fosse no domínio das normas jurídicas” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 24).

⁶⁹³ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 2, cit., p. 705/706.

⁶⁹⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções, cit., p. 337.

⁶⁹⁵ Pode-se dizer que usualmente as presunções legais são baseadas tanto em uma estimativa de probabilidades, mas também nas dificuldades inerentes em provar que o evento mais provável efetivamente ocorreu (BROWN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, cit., p. 728). Semelhantemente, no sentido de que não há suposição de causalidade nas presunções legais, que valem normativamente por si mesmas: SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*, cit., p. 138.

⁶⁹⁶ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 197.

⁶⁹⁷ “Seja com fundamento em numa máxima de experiência, seja com fundamento puramente na segurança jurídica, a prova legal traduz um convencimento normativo, de cariz apriorístico e vinculante, previamente fixado. Com base nele, será formada a convicção judicial sobre a verdade dos fatos litigiosos” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., pp. 160/161).

Cabe aqui um aprofundamento do que foi dito. Se em um determinado caso concreto há provas suficientes que elidam a presunção legal, o juiz formará seu convencimento *a respeito destes fatos*, e deixará de aplicar a lei justificadamente. Por outro lado, se não houver provas contrárias, ou se elas não o convencerem de que a presunção deva ser afastada, seu convencimento deverá ser formado também sobre estas provas, e não sobre o conteúdo da regra em si. O que não nos parece ocorrer é que o intérprete se convença do conteúdo da presunção legal; a lei prescreve uma conduta, e é caso de verificar se é caso de aplicá-la ou não.⁶⁹⁸ Quer dizer: se não há prova contra a presunção legal, aplica-se a lei, não o convencimento do juiz.

Outro questionamento que surge em relação às presunções legais, já que no tópico anterior elas foram diferenciadas das judiciais, é se o legislador toma a decisão a seu respeito baseado no que *ordinariamente acontece*, ou se a relação de probabilidade e causalidade não é algo imanente a esse tipo de regra presuntiva.⁶⁹⁹

Quer parecer, diante do que até agora foi dito, que a resposta indique a independência das presunções legais de critérios de probabilidade no momento da aplicação. Isso, pois as presunções legais implicam a facilitação da demonstração de determinados fatos (por não lhes exigir prova), e seu objetivo pode não ser estritamente baseado na frequência ou taxa-base de ocorrência do evento presumido.⁷⁰⁰ É o caso da presunção de constitucionalidade das leis e de certeza e liquidez do débito inscrito em dívida ativa, que servem ao “interesse público”.⁷⁰¹ Assim, a relação de causalidade nas presunções legais (entre fato conhecido e fato presumido) não é evidente, e afinal as regras legais podem resultar meramente de uma escolha de política legislativa.⁷⁰²

Há quem diga, em sentido contrário, que mesmo as presunções legais se valham de “conhecimentos gerais universalmente aceitos”.⁷⁰³ Ocorre, no entanto, que não há garantia

⁶⁹⁸ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 190. Também: “A presunção legal relativa, se a parte desfavorecida não oferece a prova contrária, desempenha um papel análogo ao do ônus da prova enquanto regra de julgamento: em ambos os casos não há espaço para o convencimento do juiz, que acolhe ou rejeita a demanda com base na norma que, no caso concreto, disciplina a distribuição do ônus da prova” (PATTI, Salvatore. *Commentario del codice civile – delle presunzioni*. Bologna: Zanichelli, 2001, p. 115 – tradução livre).

⁶⁹⁹ A mesma pergunta está em: HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 138.

⁷⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. 2. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 547; LESSONA, Carlos. *Teoría general de la prueba en derecho civil*, vol. II, 2ª ed. Madrid: Revista de Legislación, 1906, p. 168; BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, cit., p. 728.

⁷⁰¹ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. *Revista de direito público*, n. 61. São Paulo: RT, jan-mar/1982, p. p. 33. O mesmo se vê em: FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, cit., p. 81.

⁷⁰² HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 248.

⁷⁰³ BONILHA, Paulo Celso. *Da prova no processo administrativo tributário*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 92.

firme de que esse seja o caso. A não ser que o mito da “vontade do legislador”, ultrapassado e típico do positivismo exegético,⁷⁰⁴ seja reavivado e levado em conta na interpretação da lei, fato é que a partir do momento em que a regra presuntiva entra em vigor, ela se torna autônoma em relação a seu possível motivo fundador.⁷⁰⁵ Crer que o motivo pelo qual uma lei foi criada condiciona a sua aplicação é, afinal de contas, uma ficção jurídica.⁷⁰⁶ O que ocorre, para a parcela da comunidade jurídica que recolhe exemplos práticos e destaca vínculos causais entre fato provado e fato presumido nas presunções legais, é que cada intérprete apenas expõe aquilo que crê que o legislador quis dizer. Não há, em verdade, como recapturar o momento volitivo da criação legislativa. E pelo contrário, o recurso à vontade do legislador é facilmente transformado em um instrumento de ressignificação do texto legal de acordo com a vontade do próprio intérprete.⁷⁰⁷

Situação diversa ocorreria se no Brasil, como ocorre em alguns países da Europa continental, fosse admitido como fonte formal de direito os chamados *travaux préparatoires*, que se constituem de uma série de estudos publicados por comitês parlamentares contendo as intenções e o “espírito” da promulgação de dispositivos legais. E mesmo onde isso é um fato aceito, tais intenções não passam de uma ilustração geral das ideias que levam ao momento da decisão legislativa.⁷⁰⁸

Como nada disso é o caso no País, e como toda opinião a respeito da real intenção do legislador não passa de uma suposição, permanecemos firmes na ideia de que uma distinção bastante clara entre presunções legais e judiciais é que a ordem natural das coisas é importante para a presunção legal, mas não essencial.⁷⁰⁹

⁷⁰⁴ Criticando corretamente o recurso à vontade do legislador: “O espírito do legislador aparece como uma forma ideológica que outorga precisão ao discurso exegético, recupera as dissidências, estabelece a univocidade da significação jurídica. Em nome do espírito do legislador proclama-se a racionalidade e onipotência do poder legislativo. O espírito do legislador nos sugere uma hiper-realidade normativa e é por conseguinte, perfeito e infalível” (WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*, cit., pp. 68/69).

⁷⁰⁵ PEREIRA, Hugo Filardi. *Motivação das decisões judiciais e o Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15.

⁷⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 87. Também: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 429.

⁷⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, cit., p. 39.

⁷⁰⁸ FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 39.

⁷⁰⁹ Assim, embora a experiência possa ser base para uma presunção legal, “muitas vezes foi decisivo para o estabelecimento de uma presunção legal não um princípio da experiência, senão uma consideração de utilidade prática” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 189 – tradução livre). Também: “Na presunção legal, a ideia de probabilidade é deixada à elaboração técnica da norma, enquanto na presunção judicial o recurso à probabilidade é constitutivo da própria presunção” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 273).

Tenha-se por certo, de toda forma, que o estabelecimento de presunções legais permite que as partes antevejam as consequências do seu comportamento pré-processual. Fica minimizada a situação de surpresa, e a gestão dos riscos passa a ser responsabilidade da própria parte.

5.1.4. Presunções absolutas e ficções

Essas duas categorias, por se assemelharem a ponto de não merecem tratamento distinto, serão abordadas em um só momento.

Diz-se absoluta a presunção que *não admite prova em contrário*, ou seja, a atribuição, pela lei, de eficácia a certo fato, independentemente de se demonstrar, no caso concreto, uma situação fática contrária à relação entre fato presuntivo e fato presumido. Quer dizer, qualquer prova em face da *presunção* não impede a sua aplicação; uma prova em face do fato-base, no entanto, é plenamente admissível, pois nesse caso não se está elidindo a eficácia probatória do fato, e sim o fato em si. Exemplo conhecido dessa espécie de presunção é a de que “Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra pessoa menor de 14 anos de idade, a presunção de violência é absoluta”,⁷¹⁰ conforme a jurisprudência do STJ.

A título de curiosidade, veja-se que no Decreto n. 737/1850, que instituía o procedimento em matéria de direito comercial e é um antecedente histórico do CPC de 1939, a *coisa julgada* foi expressamente utilizada como exemplo de presunção absoluta, no art. 185:

Art. 185. São presumpções legais absolutas os factos, ou actos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como - a coisa julgada.

A definição do artigo é bastante boa, embora o exemplo não tenha sido o melhor. Isso, pois a coisa julgada *não é um fato*, e tampouco transforma o conteúdo da decisão de mérito em “verdade”. Trata-se de uma confusão bastante presente na doutrina da virada do século XX, de que aquilo que passava em julgado se tornaria verídico, mesmo sem sê-lo.⁷¹¹ A imutabilidade que é típica da coisa julgada não tem relação alguma com a veracidade do que foi julgado.

⁷¹⁰ AgRg no REsp 1585144/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 06/11/2017.

⁷¹¹ Já no início do século XX a doutrina brasileira dava-se conta do problema: “Por que há de a ordem jurídica consagrar como verdade absoluta uma verdade que é somente provável, ter como verdade objectiva a que é apenas subjectiva? (ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento jurídico e extensão aos terceiros*, cit., p. 27). A preocupação da coisa julgada, aliás, não é com a “verdade” do caso, e sim uma opção política de segurança das relações jurídicas (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 907). No mesmo

O que vale ressaltar a respeito das presunções absolutas, de todo modo, é que embora seja possível enxergar certo aspecto inferencial no seu conteúdo, tratam-se mais de *ficções* jurídicas que verdadeiramente de presunções. Frequentemente, nas presunções legais, aquilo que sequer é presumido – no sentido de que houve uma valoração entre as possíveis implicações jurídicas, resultando na escolha daquela que parece mais provável – recebe o nome vulgar de presunção.⁷¹²

De forma semelhante às relativas, as presunções absolutas existem, como tais, possivelmente na fase pré-legislativa. A partir da edição da norma, deixa de ser importante se há alguma relação entre fato-base e fato presumido. E, portanto, deixam de ser, elas mesmas, presunções. São, mais que inferências, um estado ideal de coisas imaginado pelo legislador. Pense-se na presunção de que o sujeito que está em débito com a Fazenda Pública aliena seus bens e rendas de forma fraudulenta (art. 185, do CTN). Diferentemente das presunções legais relativas, não há um juízo de probabilidade aliado à dificuldade de provar. As presunções absolutas representam um expediente ordenado à equiparação de efeitos entre diferentes esquemas de fato. São, portanto, mais regras de direito material do que verdadeiramente processos cognitivos.⁷¹³

As ficções são, assim como as presunções absolutas, atribuições legislativas de eficácia a determinados fatos, independentemente de se demonstrarem no caso concreto situações que em tese afastariam a aplicação da lei. Não é que necessariamente o fato fictício

sentido: CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II. Padova: Cedam, 1933, p. 87; VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. Milano: giuffrè, 1958, p. 107. Em sentido contrário, defendendo que a coisa julgada seja uma presunção de verdade: SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*, cit., p. 139. A discussão é mais aprofundada em: LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*, vol. V, cit., p. 240.

⁷¹² DOMINGUEZ, Manuel Serra. *Normas de presunción en el código civil*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1963; LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*, vol. V, cit., p. 236; COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 60.

⁷¹³ “A presunção absoluta somente produz o efeito de definir os fatos aptos a constituir, impedir, modificar ou extinguir direitos e obrigações. O reflexo que essa operação projeta sobre o objeto da prova é o mesmo que toda norma substancial projeta” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 125). A opinião é amplamente compartilhada: MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 283; PERELMAN, Chaïm. *Presomptions et fictions en droit. Essai de synthèse*. In: PERELMAN, Chaïm ; FORIERS, P. (orgs.). *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles : Bruylant, 1974, p. 34; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 140. No common law dá-se o mesmo: GRAHAM, Michael H. *Federal rules of evidence in a nutshell*, 10th ed. St. Paul: West, 2018, p. 74; MYERS, John. E. B. *Principles of California and federal evidence*. Saint Paul: West Academic, 2017, p. 244; PARK, Roger; et. Al. *Evidence law*, 4th ed. St. Paul: West Academic, 2018, p. 53; OLSHAUSEN, George. *Presumptions as evidence: a reply*, cit., p. 316.

seja falso. O que ocorre é a irrelevância da sua veracidade, para que a ficção opere efeitos.⁷¹⁴ Diz-se então que a diferença entre presunções absolutas e ficções é que o conteúdo da primeira seria um juízo hipotético de probabilidade, enquanto o da segunda seria a mais pura imaginação.⁷¹⁵ A presunção então seria o reconhecimento de equivalência natural de duas ordens de fatos; a ficção é atribuição de equivalência jurídica a dois fatos que, de outra forma, não seriam relacionados.⁷¹⁶

O que foi dito no tópico anterior sobre o texto legal se desvincular das suas intenções originais vale com especial detalhe aqui: se a suposta diferença entre presunção legal absoluta e ficção são juízos que novos intérpretes fazem sobre o que teria sido motivador do juízo político para a sua criação, não parece haver razão para distinguir essas duas categorias.

De toda forma, o que se destaca em uma ficção é que ela ressignifica a realidade de forma propositada.⁷¹⁷ Um exemplo é o não comparecimento injustificado da parte intimada para prestar depoimento pessoal, que segundo o art. 343, §1º do CPC/73 fazia ser “presumida” a confissão sobre fatos alegados contra a parte. Ora, sabe-se definitivamente que houve qualquer coisa, menos confissão. No CPC/15 (art. 385, §1º) a disposição está mais bem redigida: “Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena”.

Tanto na presunção absoluta quanto na ficção, o legislador *opta* por equiparar efeitos jurídicos, mesmo que contra a realidade dos fatos. A não correspondência com a realidade é assumida na ficção, na qual não se supõe, mas se cria uma realidade, “ordenando que algo seja tratado como se fosse coisa completamente diversa”.⁷¹⁸

⁷¹⁴ Em sentido contrário, afirmando que a ficção aceita como verdade algo que reconhecidamente não o é: LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*, vol. V, cit., p. 131; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 2, cit., p. 707.

⁷¹⁵ “a presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato: de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade. Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente falso”(BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 539).

⁷¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. 2, cit., p. 543; BEST, William M. *A treatise on presumptions of law and fact*, cit., p. 24. E mais: “O poder criador na ficção, atribuído pelo mito da divindade ao homem, é ilimitado. Com a palavra, criam-se outras realidades, tão empíricas quanto aquela que sentimos, como se fossem as que percebemos pelos sentidos” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 252).

⁷¹⁷ [A ficção] “é sempre uma desnaturação do real. Ela intervém após uma primeira qualificação de uma situação de fato dada e percebida como essencialmente diferente. Determina-se, então, que, voluntária e conscientemente, certas consequências sejam deduzidas de uma situação da qual, de princípio, não seriam dedutíveis. Seu fundamento, portanto, é uma dessemelhança e um juízo prévio de diferença, a partir do que se procede a uma igualação” (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Equiparação – CTN, art. 51. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, vol. 28. São Paulo: RT, p. 109).

⁷¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório, cit., p. 12).

5.1.5. Presunções simples ou judiciais

Por fim, e mais rentes ao tema do presente trabalho, têm-se as presunções realizadas apenas diante de um caso concreto. Seja por sugestão das partes, seja por raciocínio do próprio julgador, são inferências probatórias que independem de juízos prévios legislativos, e tradicionalmente se apoiam naquilo que *ordinariamente acontece* (art. 375, do CPC). Será esta relação de *ordinariedade*, causalidade, “lógica”, ou até mesmo *necessariedade*,⁷¹⁹ que ocupará as próximas páginas desta tese. A definição do código civil italiano, que assim como nos demais trechos sobre o tema é inspirado no Código Napoleônico francês, é de grande utilidade para a nossa investigação. Diz o art. 2.729:

As presunções não estabelecidas pela lei são deixadas à prudência do juiz, que não deve admitir senão presunções graves, precisas e concordantes.⁷²⁰

A gravidade, precisão, e concordância entre fato-base e fato presumido são o cerne do que será discutido. Em especial, pois parcela da doutrina crê que as presunções devem ser admitidas apenas quando inexoravelmente um fato leva à conclusão certa a respeito de outro:

A proposição inferida, enquanto conclusão inferencial que afirma a verificação do estado subjetivo e cujos factos se subsumem a uma previsão normativa, tem de ser necessariamente implicada pela aplicação da regra de experiência às proposições-base da presunção judicial. Significa isto que da aplicação da regra de experiência às proposições-base da presunção judicial só pode resultar uma – e uma só – proposição inferida.⁷²¹

Vale lembrar o que no primeiro capítulo deste trabalho foi dito a respeito do mito da configuração “causal” (ou uso monumental) da história, para que possamos nos perguntar: será mesmo que existem situações nas quais apenas uma inferência pode ser feita diante da comprovação de um fato? E, se a resposta da pergunta parece ser negativa, será que o nível de subjetividade intrínseco ao raciocínio presuntivo pode estar indevidamente mascarado por conceitos pretensamente objetivos? Diante desse quadro, que é sintomático na comunidade

⁷¹⁹ No direito norte-americano, o caso *Tot v. United States* (319 US 463, 1943), estabeleceu que o devido processo legal requer uma “conexão racional” entre fato-base e fato presumido. Esse padrão tornou-se conhecido como o “Tot standard”, aplicado largamente até hoje. Exemplos recentes podem ser encontrados em: BERGMAN, Barbara E; HOLLANDER, Nancy. *Wharton’s criminal evidence*, 15th ed. Eagan: Thomson-West, 1997, p. 136.

⁷²⁰ Gravidade, precisão e concordância tornam-se, então, os critérios de controle da presunção: ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle prove civili*, cit., p. 123/125. Boas análises do tema estão em: CAMBI, Eduardo. *Prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 380 e ss; SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*, cit., p. 141 e ss.

⁷²¹ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 119.

jurídica, passaremos ao aprofundamento dos temas que compõem e embasam as inferências e presunções.

5.2. A presunção e a distribuição do ônus de prova

No tópico em que o conceito e as características gerais das presunções foram tratados foi possível ver que uma das consequências diretas de qualquer prova por inferência é um deslocamento: a prova recai não sobre o que se quer ter por provado ao final, mas sobre outro fato – o fato-base que leva ao raciocínio presuntivo. Nas presunções legais, o fenômeno é semelhante; um fato que, em situações gerais, deveria ser provado, não precisa sê-lo, pois assim dispensa a lei.

Nesse contexto é que se costuma dizer que as presunções – em especial as legais – implicam uma *inversão do ônus de prova*, que, com a eficácia presuntiva sobre um determinado fato, é a parte adversária que passa a ser incumbida de demonstrar a não ocorrência do fato ou a inexistência de relação, no caso concreto, entre fato presuntivo e fato presumido.

É opinião corrente na doutrina que “o objetivo comum e imediato de todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova”,⁷²² em dadas situações nas quais um juízo de probabilidade (no sentido de *propensão*, como vimos) leva à conclusão sobre a necessidade de desequilibrar a favor de uma das partes a relação processual, impondo à outra parte uma carga demonstrativa que antes não lhe incumbiria.⁷²³

É típico das presunções, portanto, um propositado desvio no tratamento formalmente equânime dispensado às partes. Uma delas (a favorecida pela presunção) terá facilitada, e outra dificultada, a dinâmica de funcionamento das provas em juízo. Vale notar que a inversão do ônus não é consequência necessária da presunção; ocorrerá apenas quando o fato presumido estiver dentre aqueles cujo ônus recai sobre a parte favorecida pela inferência. Então, a presunção não significa necessariamente modificação na distribuição da carga, mas possivelmente uma redução das exigências sobre a solidez das provas que seriam necessárias para a aceitação de um fato como provado.⁷²⁴ Sob outra perspectiva, podemos dizer que o que

⁷²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 114; LILLY, Graham C.; CAPRA, Daniel J.; SALTZBURG, Stephen A. *Principles of evidence*, 6th ed. St. Paul: West, 2006, p. 389.

⁷²³ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 102.

⁷²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., pp. 131/132.

ocorre é não uma modificação, mas uma duplicação do objeto da prova, na medida que se faculta à parte a prova tanto do fato indiciário como do fato presumido.⁷²⁵

Quando estamos diante de uma presunção legal, falar em *redistribuição*, *modificação* dos ônus de prova, pode levar a um mal-entendido a respeito do que realmente ocorre, especialmente se comparada a hipótese com a de presunção simples. É que na presunção imposta pela lei, existe uma possível *exceção* (=uma lei específica que derroga a lei geral) à regra da repartição dos ônus de prova (art. 371 do CPC). Não é que a distribuição de ônus seja “modificada”, mas sim que desde sempre, quando da ocorrência do fato previsto pela lei, outro dele será presumido. É caso de uma repartição específica das cargas de prova, e não da redistribuição das cargas definidas genericamente.⁷²⁶

A modificação não é *total*, no entanto, já que o fato do qual partirá a presunção não é isento de prova. A presunção não *exime*, mas *alivia* a carga da prova.⁷²⁷ São os fatos que constituem as premissas do raciocínio. O que pode ocorrer é que a prova que serve de premissa para uma presunção a favor de uma parte pode ter sido produzida justamente por seu adversário. Nesse caso, circunstancialmente, a “dispensa” terá sido total, e apenas à parte adversa caberia demonstrar o descabimento da eficácia presuntiva. A mesma situação ocorrerá se o fato-base (o “fato conhecido”) do qual se presumirá algo independer de prova, nos termos do art. 374 do CPC.

Um primeiro questionamento a ser enfrentado é se um fato notório, por exemplo, poderia dar azo a uma presunção simples a respeito de outro fato, sendo que apenas este último é parte do objeto de prova. Quer dizer: é legítimo que o juiz conheça de um fato notório com o único objetivo de fazer com que ele sirva de base para uma inferência? O art. 374 parece indicar que a dispensa de prova sobre determinados fatos diz respeito apenas aos que, no caso concreto, *deverão* ser tidos por demonstrados. Isto é, o artigo falaria somente do objeto direto da prova.

Por outro lado, é dado ao juiz o indeferimento apenas das provas inúteis ou protelatórias (art. 370, p. único do CPC). Em certa medida se poderá dizer que o fato notório, cujo conhecimento é indispensável para que sirva de fato instrumental a uma presunção, não é

⁷²⁵ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 268.

⁷²⁶ A presunção de validade dos atos administrativos, por exemplo, não tem relação alguma com inversão de ônus de prova: FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, cit., p. 116.

⁷²⁷ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 194/195. E ainda: “Não se entenda, todavia, que o beneficiário por presunção legal possa ficar inativo. Não. Nunca. Quem invoca a presunção legal deve provar o fato-base, o indício sobre que se funda a presunção” (COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 70).

nem inútil, nem protelatório. Ao contrário, serve, mesmo que indiretamente, à demonstração daquilo que compõe o objeto de prova.

De toda forma, tendo em vista que todo raciocínio inferencial feito pelo juiz é desde sempre complexo e exige cuidado, não há dúvidas de que se aumenta o risco de insegurança ao se admitir que uma situação absolutamente não provada possa ser “contornada” a favor de uma das partes, lançando-se mão do tortuoso recurso de se conhecer de um fato notório para em seguida presumir-se o fato até então ignorado.

5.2.1. Julgamento por ônus e a situação de “dúvida” em face de presunções

Já pudemos ver, em tópico próprio, sobre as impropriedades envolvidas na determinação oficiosa de provas pelo juiz. Os poderes instrutórios carregam consigo sempre uma parcela de discricionariedade que exige muita atenção. Agora, diante do que foi dito a respeito das presunções importarem alterações nos ônus de prova, é inevitável que enfrentemos a seguinte questão: se das provas produzidas resultar uma situação de incerteza que, em tese, justificaria o julgamento pelo descumprimento de ônus de prova, é legítimo que o juiz dê um “passo à frente” na cognição dos fatos e presuma um ou mais fatos, a fim de evitar uma decisão baseada na falta de provas? Em outras palavras, como já se perguntava Alfredo Rocco: “como deverá comportar-se o juiz quando nenhuma das partes haja provado seu argumento e ele não tenha logrado formar um convencimento sobre a existência ou inexistência da relação que se trata de acertar?”⁷²⁸

A mesma pergunta é posta por José Carlos Barbosa Moreira, que, pensando na inexistência de prova do autor sobre fato constitutivo de seu direito, põe a questão: “dizer que não há certeza a respeito do fato bastará como fundamento da rejeição? E, se basta, há de se entender que a afirmação de incerteza vale por negação do fato?” O próprio autor levanta hipóteses para responder, sendo uma delas a possibilidade de que, ao aplicar a regra do ônus, criar-se uma *presunção* de inexistência do fato em si, pela ausência da sua prova.⁷²⁹ É esta a hipótese que merece ser trabalhada, uma vez que *para os autos*, o fato não existe se não está provado – lembrando que se houver presunção de existência, a eficácia jurídica equipara-se à

⁷²⁸ ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 102 – tradução livre.

⁷²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus de prova*. In: Temas de Direito Processual, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 80.

da prova, sendo portanto considerado provado de toda forma.⁷³⁰ Responder a esses questionamentos exige retrair o caminho sobre o significado dos ônus de prova e da repartição de riscos suportados pelos litigantes.

Sabe-se, antes de tudo, que o instituto dos ônus probatórios ganha importância e passa a ser decisivo apenas nas situações em que alguma das (ou ambas as) partes deixam de cumpri-los.⁷³¹ Ônus implicam a faculdade de praticar atos processuais para benefício próprio, sendo que a omissão nessa prática gera o risco de desvantagens diversas de uma sanção.⁷³² E justamente aí, ao se estabelecer de antemão qual é o espectro de desvantagens processuais envolvidas na produção ou não produção de cada prova, é que a distribuição dos ônus de prova serve como contenção à discricionariedade do juiz.⁷³³

Como diz Egas Moniz de Aragão, “o ônus da prova, diferentemente dos outros ônus não comporta necessariamente um prejuízo, mas apenas o risco de um prejuízo, tendo em vista que a produção da prova não está diretamente ligada ao resultado favorável, mas apenas à maior chance de convencimento do juiz”.⁷³⁴ Tudo gira, então, ao redor da noção de *risco*. A parte litigante que se desincumbe de um ônus que sabe possuir tem segurança a respeito das possíveis consequências de seu ato. A parte que se omite em relação a um ônus seu, da mesma forma, pode ao menos calcular quais os resultados daí decorrentes.

A mesma segurança não ocorre, no entanto, quando se abre a possibilidade de que uma presunção judicial seja incluída no material probatório do caso *após a constatação de que as provas produzidas até então não foram suficientes para um julgamento* que não pela falta

⁷³⁰ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 196.

⁷³¹ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*, 3ª ed, vol. II. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 403; SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de direito processual civil*, v. I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 327; GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 179.

⁷³² “O ônus é um poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos actos ou adoptar ou não certa conduta prevista para benefício e interesse próprio sem qualquer sujeição ou coacção e sem que seja possível outro agente exigir a sua observância, comportando, a omissão do comportamento ou o incumprimento, um risco gerador de consequências desfavoráveis e desvantagens” (FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*, 6ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 513). Há opiniões, com as quais não concordamos, de que o descumprimento de um ônus levaria a uma sanção: REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 343/344.

⁷³³ “Diante da ausência de comprovação, estará obrigado a impor o ônus à parte que tinha, pelas regras de distribuição, o poder de produzir determinada prova e não o fez. Obviamente que, se diante da ausência de provas, o magistrado deixa de impor sucumbência àquela que tem a responsabilidade pela produção da prova, estará a decidir com base em argumentos ilegítimos, pois que extraídos fora do espaço procedimental processualizado” (PAOLINELLI, Camilla Mattos; VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Da íntima relação entre ônus da prova e valoração como mecanismo de controle do conteúdo do pronunciamento jurisdicional, cit., p. 136).

⁷³⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Direito à prova. *Revista de Processo*, v. 39. São Paulo: RT, jul/1985, p. 39; BROWN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, cit., p. 715.

de provas. É caso, nitidamente e como veremos em tópico específico, de decisão que surpreenderá as partes (violando, portanto, o conteúdo do art. 10 do CPC). O que se quer enfrentar agora surge quando, então, constata-se uma situação de *dúvida*.⁷³⁵ Assim, a questão dos ônus se põe diante de uma barreira – a dúvida – e a pergunta é se é legítimo transpor essa mesma barreira através não da produção de novas provas, mas sim de novos raciocínios inferenciais sobre as provas já produzidas.

A conclusão desta tese sobre o tema decorre das premissas traçadas até aqui, notadamente quanto aos perigos de se conceder a um sujeito cognoscente o *status* de observador privilegiado da realidade, a ponto de lhe permitir induzir, de uma situação posta, outra meramente pressuposta, esquivando-se de aplicar o art. 373 do CPC. A doutrina é bastante dividida quanto a isso, e nas opiniões divergentes da que ora se adota percebe-se a adoção de um discurso apoiado mais em retórica que em legitimidade jurisdicional.⁷³⁶ Gilberto Silvestre, por exemplo, critica o “formalismo excessivo” envolvido no julgamento por ônus, e diz o seguinte:

As máximas de experiência, nesse contexto, podem oferecer soluções – atendendo a certo grau de probabilidade e verossimilhança – que permitem a entrega da tutela jurisdicional de maneira equitativa.⁷³⁷

No trecho acima nota-se uma contraposição clara entre, de um lado, o uso de regras de experiência (art. 375 do CPC) e, de outro, o julgamento pela não produção das provas necessárias. A “entrega da tutela jurisdicional”, segundo essa lógica, seria possível apenas através do movimento ativo do juiz. Voltamos aqui ao que já dissemos sobre o ativismo: o perigo está na sedução do seu discurso, mais do que nas soluções encontradas pelos julgadores nos casos concretos.⁷³⁸ Assim, a proibição de *non liquet* não constrange a admissão de provas fracas; o que ela faz é impor ao juiz o uso das regras de julgamento a partir dos ônus de prova. Afinal, a concretização de uma regra como a do art. 373 do CPC tem o mesmo efeito de se

⁷³⁵ MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966, p. 117 e ss.

⁷³⁶ “O ônus da prova, na perspectiva da instrumentalidade do processo, não pode servir para inviabilizar a tutela dos direitos materiais. Assim, baseado em máximas de experiência, independentemente de regra específica a este respeito, com o intuito de promover a tutela dos direitos e a justiça da decisão, o juiz deve inverter o ônus da prova” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 335).

⁷³⁷ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 155.

⁷³⁸ “A simplicidade da operatividade instrumentalista não é argumento que se sobrepõe validamente à constatação de que a crença, a ética e a tópica não compõem, em direito democrático, como elementos auxiliares de uma teoria da prova que exige a testificação das proposições em um espaço de refutação demarcado pela isomenia. À jurisdição não compete consolidar como verdade pacificadora uma probabilidade de ocorrência de certos fatos ou um desígnio de bem comum, moral ou justiça” (GRESTA, Roberta Maia. *Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica*, cit., p. 296).

considerar provada (ou não provada) determinada hipótese. Distribui entre as partes o risco da sua atividade ou omissão durante a fase instrutória.⁷³⁹

A despeito do que aqui vem sendo afirmado, há parcela da doutrina que, corroborando o que diz Barbosa Moreira em trecho já citado neste trabalho (“Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me” – item 4.2.3), acredita que o julgamento por ônus de prova é tão arriscado quanto determinar provas oficiosamente para confirmar hipóteses imaginadas:

[Ao julgar por ônus, o juiz] atira no escuro. É possível que acerte ou não o alvo. Caso cometa um erro, a sentença – injusta – produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos daqueles desejados pelo ordenamento. Não seria, assim, preferível que se permita ao juiz que lance alguma luz sobre os desvãos escuros da causa e, se possível, baseie o seu julgamento numa ciência mais exata e completa da realidade dos fatos?⁷⁴⁰

O trecho acima deixa de enxergar aspectos bastante latentes da compreensão humana. Tudo o que se pode falar a respeito da preferência (mesmo inconsciente) por uma dentre tantas hipóteses fáticas permanece como um risco iminente, na dinâmica de expectativa e preenchimento já trabalhada nesta tese. É ingênuo imaginar que a questão se divide em, de um lado, a omissão do juiz e o risco de uma decisão equivocada, e de outro a investigação pelo julgador e o atingimento de um quadro mais claro sobre os fatos do caso. A inegável possibilidade de um enviesamento, por si só, desequilibra a neutralidade judicial.

Não há, veja-se, nada de menos digno ou conformista em uma sentença que conclua pela improcedência do pedido diante da falta de provas de fatos constitutivos do direito do autor.⁷⁴¹ De forma idêntica, se os fatos constitutivos estão provados, e aqueles incumbidos ao réu não, a procedência é o curso natural do caso. A chamada “dúvida”, como atestou Nicola Malatesta, não é mais que um “empate” entre as proposições demonstradas por ambas as partes.⁷⁴² E por óbvio, se estão provados fatos constitutivos do direito, mas estes mesmos fatos são elididos por fatos impeditivos, modificativos ou extintivos igualmente provados, é o réu quem teve sucesso na atividade probatória.

⁷³⁹ TRENTO, Simone. *O dever de fundamentação e a matéria probatória*, cit., p. 104.

⁷⁴⁰ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 56.

⁷⁴¹ Outra questão posta inteligentemente por José Carlos Barbosa Moreira merece ser abordada: após o julgamento que dá conta da falta de determinada prova e aplica a consequência jurídica pela não desincumbência do ônus correspondente, a parte prejudicada terá novamente acesso ao Judiciário? Parece-nos haver apenas duas hipóteses em que sim: a) se a causa de pedir da nova ação não tiver sido atingida pela coisa julgada; e b) se se tratar de caso de prova nova apta ao ajuizamento de ação rescisória (art. 966, VII, do CPC). Mais em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus de prova*, cit., p. 81.

⁷⁴² MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 20.

O recurso a expressões vagas como “instrumentalidade”,⁷⁴³ “justiça”, e mesmo “verdade”, ofusca a concepção de que ao não aplicar rigidamente os ônus como regra de julgamento admite-se, mesmo que de forma velada, que apenas uma das partes litigantes tem direito material a ser tutelado. A decisão, em outras palavras, já foi tomada, e a ultrapassagem desse obstáculo que é o estado de dúvida é a justificativa posterior, a racionalização de um convencimento antecipado. Novamente aí reside o problema da compreensão e da falta de legitimidade dos fundamentos da decisão. Há uma dimensão autoritária latente no ato de relativizar o julgamento por ônus, *especialmente* quando isso é feito com base em uma *inferência*, comumente apoiada em uma *regra de experiência*. A máxima, como veremos adiante, muito frequentemente ingressa no discurso judicial como última saída possível para uma decisão que já não encontra justificativa sob uma perspectiva não ativista.

Tudo isso para concluir que, afinal, é fictícia a situação de empate, de dúvida intransponível. Ou bem o autor não se desincumbiu de provar o que devia, ou bem o fez. Nessa segunda hipótese, ou o réu não se desincumbiu, ou o fez. Seja como for, a solução é atingida pela aplicação do art. 373 do CPC.⁷⁴⁴ O que se quer dizer é que, pela própria definição do que é um ônus, tem-se que a consciência sobre os riscos a serem suportados faz parte da dinâmica do processo.⁷⁴⁵ Não produzir determinada prova implica desvantagens que de antemão são sabidas pelos litigantes. Essa segurança e previsibilidade são minadas, se ao juiz for dada a liberdade de não aplicar a regra processual sob o pretexto de “entrega da tutela jurisdicional” ou “busca da verdade”. Quer dizer: omitir-se é, também, uma atitude probatória.⁷⁴⁶

5.2.2. O que significa inverter o ônus da prova? – lições do direito norte-americano

Uma pequena digressão é válida a título de informação, a respeito de como a doutrina norte-americana trata o tema, sabendo-se que nos Estados Unidos é comum a opinião

⁷⁴³ Afirmando que a instrumentalidade do processo é premissa necessária para concluir pelo dever do juiz de produzir provas oficiosamente: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 14.

⁷⁴⁴ No sentido de que o ônus não cumprido pelas partes importa um *dever* de julgamento conforme, para o juiz: CARPES, Arthur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

⁷⁴⁵ SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*, cit., p. 39/40.

⁷⁴⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 416; REICHEL, Luis Alberto. A prova no direito processual civil, cit., pp. 135/136; PAOLINELLI, Camilla Mattos; VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Da íntima relação entre ônus da prova e valoração como mecanismo de controle do conteúdo do pronunciamento jurisdicional, cit., p. 137.

de que a única função dogmática das presunções é, justamente, a inversão do ônus probatório.⁷⁴⁷ O ônus de produção de prova (*burden of production*), nos EUA, é tão somente a carga de apresentar em juízo comprovação da existência de determinado fato. Agrega-se a isso, de forma independente, o ônus de persuasão (*burden of persuasion*), assim chamada a incumbência de convencer o julgador da veracidade daquilo que foi provado.⁷⁴⁸ Repartem-se em momentos distintos a responsabilidade por levar a prova a juízo, e a de argumentar em seu favor.

O processo norte-americano conta com um procedimento probatório bipartido. A primeira fase inclui a escolha e preparação do júri, e a segunda, a decisão tomada pelo juiz a respeito das conclusões de fato a que chegaram os jurados. O ônus de produção probatória atua nesse primeiro momento: caso alguma das partes não tenha se desincumbido dessa carga, o júri será instruído pelo juiz a impor sobre ela a consequência negativa da não produção. Caso, por outro lado, ambas as partes tenham produzido provas, o estado de dúvida a respeito de um fato controvertido é dirimido pela avaliação de quem mais adequadamente se desincumbiu do ônus de persuasão.⁷⁴⁹

A instrução dada ao júri normalmente ocorre em uma flexão negativa: caso *x* não esteja provado à suficiência, a parte *y* (que detém o ônus) deve sucumbir quanto a este ponto específico. No Brasil, essa distinção perde sentido, tendo em vista que toda prova serve a demonstrar um fato alegado, já aí inclusa a alegação de sua pertinência relevância ao caso. Fatos que estiverem suportados por documentos, laudos, ou testemunhos, e não suficientemente persuadirem o julgador, serão considerados *não provados*. Quer dizer: a parte produz a prova, e justifica a sua importância pelo destaque de quais consequências jurídicas a dita prova tem para o caso. Na hipótese de, por exemplo, o autor não lograr convencer da existência de determinado fato (não obstante a juntada de documentos com esse propósito), dir-se-á não se ter desincumbido da *produção de prova de fato constitutivo* de seu direito (art. 373, I, do CPC). Não há distinção útil, aqui, entre produção de prova e convencimento a seu respeito.

De toda forma, o ônus de persuasão implica que o julgador entenda ser mais provável a existência, do que a inexistência da proposição provada.⁷⁵⁰ Trata-se de um

⁷⁴⁷ LAUGHLIN, Charles. *In support of the Thayer theory of presumptions*, cit., p. 210.

⁷⁴⁸ GRAHAM, Michael H. *Federal rules of evidence in a nutshell*, cit., p. 65 e ss.

⁷⁴⁹ PARK, Roger; et. Al. *Evidence law*, cit., p. 36.

⁷⁵⁰ GRAHAM, Michael H. *Federal rules of evidence in a nutshell*, cit., p. 67.

desdobramento do *standard* da preponderância da prova, prevalente em casos cíveis nos Estados Unidos.

A explicação acima foi feita para evidenciar as duas grandes teorias a respeito da presunção norte-americana. A ideia tradicional e comumente aceita, de autoria de James Thayer, é a de que o efeito produzido pela presunção é tão somente o de inversão do ônus de produção, e não o de persuasão probatória. Atualmente, as *Federal Rules of Evidence* adotam expressamente essa teoria (art. 301).⁷⁵¹ Estabelecida uma presunção, cabe à parte desfavorecida produzir provas a respeito da inexistência: a) do fato-base provado; b) da relação de causalidade presuntiva; ou c) do fato presumido.

O ônus de convencimento a respeito da existência ou não do fato presumido, no entanto, permanece com a parte a que originalmente a quem a presunção favoreceu. Isso quer dizer que não recai ônus argumentativo diferenciado em decorrência de um raciocínio presuntivo. Quem se beneficia pela presunção deve argumentar para defendê-la. Não tendo êxito nessa tarefa e havendo prova em contrário, a presunção deixa de existir.⁷⁵²

A principal teoria concorrente, atribuída a Edmund Morgan, dirá que a parte prejudicada pela presunção deve não só apresentar prova que a elida, mas também convencer o julgador da inexistência da relação presuntiva. É uma posição que, de certa forma, dá às presunções um *status* de validade mais forte e dificilmente refutável. Os defensores da teoria de Morgan dizem, nesse contexto, que o conteúdo do artigo 301 das FRE facilita muito, demasiadamente inclusive, a desconsideração de uma presunção,⁷⁵³ já que a simples introdução de prova (mesmo que não convincente) em sentido contrário ao fato presumido faz *desaparecer* a presunção, e o júri é instruído a absolutamente desconsiderá-la.⁷⁵⁴ Como comumente diz a doutrina, a desconsideração da presunção equivale ao estourar de uma bolha (*burst of a bubble*); onde antes havia a aparência de conteúdo – embora “vazio”, já que o que existe é apenas a eficácia de prova, mas não a prova em si –, agora não há mais nada.

⁷⁵¹ “Em um caso civil, a menos que uma lei federal ou esta lei diga diferentemente, a parte contra quem a presunção é dirigida tem o ônus de produzir prova para refutar a presunção. Mas esta regra não altera o ônus de persuasão, que permanece com a parte que o detinha originalmente” (tradução livre).

⁷⁵² GARD, Spencer A. *Jones on evidence*, vol. 1, 6th ed. New York: Lawyers Co-operative, 1972, p. 143.

⁷⁵³ GRAHAM, Michael H. *Federal rules of evidence in a nutshell*, cit., p. 69.

⁷⁵⁴ “A teoria da bolha estourada (*bursting bubble*) é fácil de ser aplicada, já que a corte precisa apenas determinar se a prova contrária [à presunção] foi introduzida. Se a resposta for positiva, nenhuma referência é feita à presunção” (GRAHAM, Michael H. *Federal rules of evidence in a nutshell*, cit., p. 77 – tradução livre); LILLY, Graham C.; CAPRA, Daniel J.; SALTZBURG, Stephen A. *Principles of evidence*, cit., p. 395.

A aplicação das presunções nos EUA segue uma dinâmica de tudo-ou-nada.⁷⁵⁵ Uma *presumption* faz com que o juiz instrua o júri a obrigatoriamente considerar o fato presumido, constatada a existência do fato-base. Se a bolha estoura, isto é, se a parte que assumiu o ônus por ser prejudicada pela presunção produz prova contrária ao fato-base ou contra o fato presumido, o júri é instruído a *desconsiderar* o fato presumido.⁷⁵⁶ No entanto, se a prova for produzida contra a relação lógica/causal entre fato-base e fato presumido, permanece aberta ao júri a possibilidade de *inferir* a existência do último. Não se falará aí tecnicamente em presunção, mas em inferência, e a obrigatoriedade não existe mais.⁷⁵⁷

Quer dizer: à parte a quem a presunção desfavorece interessa provar contra o fato-base ou contra o fato presumido, mais do que questionar ou criticar a relação causal entre os dois. Essa distinção, na doutrina norte-americana, entre *presumption* e *inference* – ou entre presunções *obrigatórias* e meramente *permissivas* –⁷⁵⁸ leva a que apenas as *presumptions* movam o terreno do ônus de prova. As inferências limitam-se a levantar no juiz a dúvida sobre a existência do fato inferido.

O próprio Edmund Morgan, em artigo sobre o tema, fala a respeito da sua teoria concorrente à clássica visão de Thayer. Diz o autor que a prova a ser produzida após a inversão que se opera pela presunção, nos EUA, serve antes de tudo para evitar um veredicto direto (sem a participação do júri). Sim, pois sem a produção dessa prova, a mera consideração da presunção faz com que não seja necessário um julgamento pelos jurados, atuando o juiz diretamente.⁷⁵⁹

Morgan nos dá um exemplo: em determinado caso, restou comprovado que o veículo que causou determinado acidente pertencia à empresa ré do caso, e que o condutor do veículo era empregado seu. O juiz estabeleceu, na falta de prova a respeito, a presunção de que o empregado, no momento do acidente, utilizava o veículo para cumprir funções profissionais. A única prova em sentido contrário foi o testemunho do próprio réu, no sentido de que seu

⁷⁵⁵ “Embora a linguagem usada com referência às presunções é frequentemente indiscriminada, uma presunção genuína provém de um fato-base que, como aceito como verdadeiro, leva a uma inferência obrigatória, chamada fato presumido. Ou seja, uma vez que o fato-base é estabelecido, o fato presumido deve ser aceito pelo julgador a menos que rebatido por contraprova. Uma inferência jamais tem esse efeito compulsório. O julgador tem sempre a liberdade de aceitar ou não o fato inferido” (LILLY, Graham C.; CAPRA, Daniel J.; SALTZBURG, Stephen A. *Principles of evidence*, cit., p. 389/390 – tradução livre).

⁷⁵⁶ O caráter quase mecânico, construtivo do raciocínio, que é natural das presunções (nos EUA pelo menos), fez com que o tema recebesse duras críticas da doutrina no século XIX, especialmente dos defensores mais árdios da livre valoração da prova, como se vê em: HELMHOLZ, R. H; SELLAR, W. DAVID H. *Presumptions in comparative legal history*, cit., p. 9/10.

⁷⁵⁷ BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, cit., p. 731 e ss.

⁷⁵⁸ BERGMAN, Barbara E; HOLLANDER, Nancy. *Wharton's criminal evidence*, cit., p. 128.

⁷⁵⁹ MORGAN, Edmund. *Some observations concerning presumptions*, cit., p. 909.

empregado usou o veículo para fins pessoais no momento do acidente. Aplicando-se a teoria de Thayer, a mera produção probatória “estoura a bolha” da presunção, que é desfeita. O autor critica severamente a posição, uma vez que a prova contrária cuja força probatória ainda não se sabe não pode elidir todas as presunções, tornando o instituto praticamente vazio.⁷⁶⁰

Daí a solução de Morgan, de inverter também o ônus de persuasão. Se a prova apresentada (no caso, o depoimento do réu) for completamente inconvincente, a presunção mantém-se inteira; se for completamente convincente, a presunção deixa de ter eficácia. Se, no entanto, ocorrer uma situação intermediária – isto é, se o julgador estiver em legítima dúvida sobre a contraprova apresentada –, deve prevalecer a presunção, já que a parte contra quem ela opera não se desincumbiu de *convencer* em sentido contrário. Essa é uma visão que se aproxima mais do sistema brasileiro (já que a força da presunção e da sua contraprova serão analisados em sentença), e contradiz frontalmente o atual código federal de direito probatório norte-americano.

A proposta de Morgan é importante para a presente tese, pois o ônus de persuasão ganha importância apenas e justamente nas situações de dúvida, nas quais o ônus probatório se fará relevante como técnica de julgamento no Brasil. A situação, no entanto, é específica: o julgador pensará no ônus de persuasão apenas quando ambas as partes tiverem produzido as provas que lhes incumbiam. O juízo a ser feito é de *valoração*, e deve ser estreitamente conectado às noções de *standard* probatório. Quais provas foram mais convincentes, e quais fatos estão provados à suficiência, de acordo com critérios pré-estabelecidos de avaliação? É isso o que entra em jogo quando se fala em ônus de persuasão probatória.

Difícilmente uma distinção assim nítida entre produzir e convencer pode ser fixada no Brasil. Em primeiro lugar pois, como já dito neste trabalho, não temos no País sequer contornos mínimos de um standard de prova que valha para a regra geral dos casos cíveis. Em segundo, pois frequentemente se confundem as situações de produzir prova insuficiente, e não produzir prova sobre determinado fato. Em realidade, se a questão for analisada tendo por base os ônus bipartidos do direito anglo-saxão, teríamos que apenas para o autor essa distinção fará algum sentido. Se não tiver produzido prova suficiente de fato constitutivo de seu direito, o pedido será improcedente por expresse comando do art. 373, I, do CPC. Se, ao contrário, produzir provas que forem desdidas pelas provas do réu, a improcedência provavelmente será

⁷⁶⁰ Sobre este ponto da teoria de Edmund Morgan: LILLY, Graham C.; CAPRA, Daniel J.; SALTZBURG, Stephen A. *Principles of evidence*, cit., p. 392.

baseada no art. 371, em um confronto entre o material probatório das partes. Já quanto ao réu, embora o raciocínio deva ser o mesmo, percebe-se na prática algo diverso: seja se deixou de produzir prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, seja se produzir provas insuficientes, dir-se-á que não se desincumbiu de seu ônus (art. 373, II, do CPC).

A ideia de Morgan apresenta avanços em relação à abordagem de Thayer, mas é também bastante mais complexa. Em especial a versão adotada pelo código probatório da Califórnia (art. 603), que estipula que quando presunções tiverem por justificativa a promoção de uma política pública, o ônus de persuasão será invertido; quando servirem apenas como facilitadores de prova, aplica-se a regra geral da inversão somente do ônus de produção. Pode-se atribuir a lei Californiana ao próprio Morgan, que é enfático ao dizer que a única classificação das presunções que merece existir é a que leva em conta a natureza que leva à sua criação, devendo determinar inclusive as consequências procedimentais do tipo de presunção. Presunções criadas para evitar uma “*policy*” indesejada alteram apenas o ônus de produção de prova. Todas as demais devem exigir a produção de uma prova que ponha um júri razoável ao menos em uma situação de dúvida mínima. Quer dizer, uma prova que mereça ter sua força analisada no momento da valoração.⁷⁶¹

Essa distinção faz sentido nos Estados Unidos, onde se costumam distinguir presunções que têm por base fundamentos de probabilidade das que servem ao interesse público. A separação, por si só, parte da premissa de que a natureza jurídica do raciocínio presuntivo deve ser observada em cada caso, o que no Brasil absolutamente não ocorre. Como vimos em tópicos anteriores, não há razões seguras para afirmar que as presunções judiciais – em especial as que se utilizam de regras de experiência – têm como base análises empíricas e estatísticas confiáveis.⁷⁶² Sendo assim, não é possível, ao menos no atual estado das coisas, identificar quais presunções são estatisticamente suportadas, e quais atendem a motivos de outra natureza. Também nos EUA, a dificuldade de aplicação do código Californiano está, justamente, em determinar quais são as presunções que promovem políticas públicas, e quais não, tendo em vista que as tentativas de categorizar as presunções de acordo com o seu embasamento não foram bem sucedidas.⁷⁶³

⁷⁶¹ MORGAN, Edmund. Some observations concerning presumptions, cit., p. 931.

⁷⁶² Em sentido contrário: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*, 3ª ed. Torino: Utete, 2010, p. 156.

⁷⁶³ MORGAN, Edmund. Some observations concerning presumptions, cit., p. 736/738.

5.3. Regras de experiência e o Sujeito que apreende aquilo que ordinariamente acontece

É chegada a hora de tratarmos com detalhes o tema central deste trabalho. Para tanto, deveremos falar do art. 375 do CPC: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. Praticamente de todo raciocínio presuntivo poderemos extrair, explícita ou implicitamente, uma regra de experiência.⁷⁶⁴ Na doutrina e na jurisprudência, encontramos fartos exemplos,⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶ bem como em critérios e propostas de classificação.⁷⁶⁷

Uma coisa é certa: as regras de experiência servem para determinar o modo de ocorrência de fatos cujo inteiro conhecimento por provas diretas não é possível. São os critérios que ordenam o raciocínio entre indício e fato presumido.⁷⁶⁸ Não obstante, nota-se certo abuso de seu uso, como por exemplo fazer referência à experiência para definir conceitos legislativos indeterminados ou cláusulas gerais,⁷⁶⁹ ou para mensurar condenações por danos morais.⁷⁷⁰ Veja-se bem: não estamos negando que a ocorrência costumeira de uma sequência de fatos

⁷⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 122; REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., 178; TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 80.

⁷⁶⁵ “O terceiro desinteressado diz a verdade; o terceiro interessado, mas de comprovada moralidade, diz a verdade; [...] a declaração da parte favorável ao seu interesse e desfavorável ao interesse do adversário não pode ser tida como atendida plenamente” (SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*, cit., p. 104).

⁷⁶⁶ “As declarações de uma criança são menos confiáveis do que a de um adulto, pois as faculdades de observação e compreensão daquela ainda não estão completamente desenvolvidas; [...] o silêncio ou a tergiversação da testemunha durante o depoimento são indicações, conforme as circunstâncias, de que ela dispõe de um conhecimento que não pretende revelar; [...] a testemunha que, ao ser indagada durante o depoimento, se volta e olha para o advogado da parte que a arrolou procurando orientação, possivelmente foi instruída a depor (CREDIDIO, Georgius Luís Argentinini Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*, cit., pp. 112/113).

⁷⁶⁷ “As máximas de experiência que podem servir para a solução dos conflitos são as seguintes: 1) regras de experiência e cultura gerais quanto às normas de uma perícia ou erudição especiais na arte, na ciência, em ofício, profissão, comércio ou tráfico; 2) o resultado da investigação científica ou de uma atividade profissional ou artística; 3) noções extrajudiciais decorrentes dos conhecimentos artísticos, sociais ou práticos possuídos pelo juiz e aplicados no momento em que avalia a prova. [...] A falta de normas jurídicas particulares, isto é, normas jurídicas que regulam a espécie, é condição de aplicação das máximas de experiência” (DELGADO, José Augusto. *Alguns aspectos controvertidos no processo de conhecimento*. In: Revista dos Tribunais, vol. 80. São Paulo: RT, fev/1991, p. 29).

⁷⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 330.

⁷⁶⁹ Defendendo uma função “integrativa” das regras de experiência, que auxilia na interpretação: DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 477; BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 414 e ss; PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*, cit., p. 270.

⁷⁷⁰ REsp 1564955/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018; AgRg no Ag 309.117/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/04/2002, DJ 17/06/2002.

possa servir de guia na atribuição de sentido para um conceito jurídico indeterminado. Mas as *regras de experiência*, estas que estão no art. 375, não se prestam a isso. O tema será tratado com mais vagar logo adiante.

Como características quase que unanimemente atribuídas às regras ou máximas de experiência, tem-se que são enunciados abstratos (embora embasados em juízos sobre casos particulares), com pretensão de universalização, que se prestam a servir de *guia* ao raciocínio inferencial presuntivo. Sua estrutura é *antirretórica* e sua aplicação é admitidamente silogística,⁷⁷¹ o que desde já revela a ligação estreita das máximas de experiência com as primeiras fases do positivismo jurídico, ainda no século XIX. A definição de Erich Döhring merece atenção:

A regra de experiência parte de vivências iguais ou similares, havidas não por ocasião do caso que se está investigando, mas anteriormente. Em parte, se tratará de um vivenciar personalíssimo que o julgador em questão tem, em maior ou menor medida, presente. Em parte, o saber experiencial se apoiará em uma vivência coletiva de todo o povo [...]. O julgador utiliza o aprendido em ocorrências anteriores para tirar deduções sobre a configuração fática do caso em estudo, ainda não esclarecido.⁷⁷²

Aí estão sintetizados os aspectos que serão tratados nos próximos tópicos, e que de certa forma são utilizados por grande parte da doutrina:⁷⁷³ a ideia de *repetição dos fatos da vida* que justificou a criação das máximas; o desprendimento da regra em relação ao caso concreto, de forma deontológica; o conhecimento “privado” do juiz e seus limites de utilização; e o caráter dedutivo e silogístico das regras.

Deve ainda ser dito algo sobre a *probabilidade* como critério de reconhecimento do que é ou não uma máxima de experiência.⁷⁷⁴ É bastante assentada na doutrina a ideia de que as regras de experiência se fundam em um suposto conhecimento humano universal daquilo que acontece “ordinariamente”. Situações ordinárias e extraordinárias, portanto, precisarão ser

⁷⁷¹ “proposições universais e com sentido puramente formal, e por isso de caráter antirretórico e silogístico, que contêm o sentido de muitas consequências e que revelam, segundo a força decorrente da repetição, a convicção ou prova das diferenças que nelas se contêm” (CREDIDIO, Georgius Luís Argentini Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*, cit., p. 69).

⁷⁷² DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 265 – tradução livre.

⁷⁷³ Veja-se, por exemplo, a seguinte definição: Uma proposição empírica particular, derivada por indução da experiência comum, que o juiz, atendendo à sua ciência privada, serve-se ex officio seja no raciocínio argumentativo inferencial [...] seja na valoração das provas presumidas ou produzidas, como base do próprio livre convencimento. Sobre estas regras racionais mínimas, de caráter indutivo e probabilístico, retiradas da experiência, se forma o discurso justificativo, desenvolvido pelo juiz no contexto do juízo de fato” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*, cit., p. 215 – tradução livre).

⁷⁷⁴ “Toda e qualquer regra de experiência circula no patamar da probabilidade” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 176/177).

diferenciadas para se entender – e em seguida analisar criticamente – o que se entende por máxima de experiência.

Algo que é recorrente, também de acordo com parte majoritária da doutrina clássica sobre o tema, é o componente *estatístico* que supostamente justifica o reconhecimento de um enunciado como uma máxima de experiência,⁷⁷⁵ o que implica retomarmos o que foi dito a respeito das probabilidades epistemológicas e matemáticas. Afinal, qual o nível de ordinaryidade e de repetição de fatos da vida necessário para que uma simples sequência de fatos seja qualificada como uma máxima de experiência? Quantos casos concretos são exigidos para que deles se desprenda uma assertiva deontológica com validade para casos análogos? E como ocorre – se é que ocorre – o reconhecimento destes casos concretos? São questionamentos feitos de forma precisa por Michele Taruffo, no seguinte trecho:

De quem é a experiência relevante para a elaboração de uma máxima? A do juiz? Mas, então, quantos casos deve ter visto e decidido o juiz para formar essa experiência? Mas como decidiu estes casos nos momentos em que sua experiência não havia sido formada ainda? [...] Ou então, trata-se da experiência de um ambiente social ou cultural? Quão amplo? Quão homogêneo? [...] É o juiz quem se faz intérprete do sentir social e cria *ad hoc* máxima da experiência?.⁷⁷⁶

O autor conclui que, diante de inúmeras dúvidas a respeito, o uso das regras de experiência em juízo é de altíssimo risco, e há muitos problemas não resolvidos no uso das máximas como “cobertura” para a formulação de inferências causais. Sabe-se, diante disso tudo, que o discurso de fundamentação das máximas é o fato de que o juiz, Sujeito humano que é, adquire ao longo do tempo uma inegável e inafastável *experiência* a respeito dos fatos da vida. Seria esse o seu “conhecimento privado”, como diz Friedrich Stein, aplicável em casos concretos.⁷⁷⁷

Daí ser impossível que o intérprete lance mão de juízos que são subjetivamente seus – na terminologia da hermenêutica, use de *prejuízos inautênticos*. Para exemplificar, veja-se um interessante e perigoso julgado⁷⁷⁸ do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O caso é de

⁷⁷⁵ “O que se supõe está fundado no que ordinariamente acontece, nas máximas da experiência humana. Há, portanto, um critério estatístico que serve de respaldo para a presunção” (COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 20). No mesmo sentido: PASTORE, Baldissare. *Giudizio, prova, ragione pratica*, cit., p. 176.

⁷⁷⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 270 – tradução livre.

⁷⁷⁷ Do mesmo modo, Malatesta afirma que o fundamento da regra de experiência são “a experiência externa e a experiência interna; a experiência do mundo físico que nos rodeia e a do mundo moral da nossa consciência” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 181).

⁷⁷⁸ O uso e análise do julgado foi esboçado anteriormente, no seguinte artigo: SCHMITZ, Leonard. As máximas de experiência” na decisão judicial são justificação suficiente na valoração e interpretação probatória? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 17. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 140.

indenização por danos morais, onde a vítima (autora) teve fotos íntimas divulgadas na internet por um ex-namorado. O TJMG considerou que a autora foi partícipe do fato danoso:

APELAÇÃO CÍVEL - CORPO FEMININO - FOTOS DE PARTES ÍNTIMAS - DIVULGAÇÃO PELA INTERNET - AUTORIA INCERTA DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA VÍTIMA - INDENIZAÇÃO DIMINUÍDA.

As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Têm definição mais amarga. A postura de quem fragiliza o conceito de moral pode autorizar avaliação condizente com essa postura. Havendo dúvidas quanto a origem da divulgação de fotos tiradas por webcam não se pode fixar um culpado. Vítima que participa de forma efetiva e preponderante para a consumação do fato tem de ser levado em consideração na fixação da condenação.⁷⁷⁹

O julgado trata de um ex-casal de namorados que utilizava meios eletrônicos de conversa por áudio e vídeo para manter contato entre si. O fato ocorrido foi que algumas fotos íntimas da autora (capturadas durante conversas por vídeo entre as partes) foram divulgadas na internet, sem sua autorização, após o término do relacionamento. A ação busca, assim, condenar o ex-namorado pelo dano causado em decorrência da violação ao direito de imagem e de personalidade. O réu admitiu a existência das fotos, mas negou a autoria da divulgação indevida das imagens.

A prova pericial realizada no caso atestou que fora, sim, o réu quem capturou as fotografias e armazenou-as em seu computador. A tese da não autoria do réu, assim, ficou prejudicada, e o acórdão concluiu inclusive que “foi ele quem deu publicidade ao material, sem o consentimento da autora”. O voto do Desembargador Relator deixou claro que as fotografias e vídeos foram todos feitos em um contexto de confiança entre as partes, condenando o réu à indenização pelo dano causado. No entanto, o voto do Desembargador Revisor, recorrendo a valorações que são nitidamente regras de experiência subjetivas, considerou que a autora assumiu o risco de divulgação das imagens, ao manter contato íntimo por meio eletrônico com seu ex-namorado.⁷⁸⁰ Vejam-se trechos do voto:

As fotos em momento algum foram sensuais. As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Fotos sensuais são exibíveis, não agridem e não assustam. Fotos sensuais são aquelas que provocam a imaginação de como são as formas femininas. Em avaliação menos amarga, mais branda podem ser eróticas.

⁷⁷⁹ TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.09.250262-7/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, julgado em 11/06/2014.

⁷⁸⁰ “A vítima dessa divulgação foi a autora embora tenha concorrido de forma bem acentuada e preponderante. Ligou sua webcam, direcionou-a para suas partes íntimas. Fez poses. Dialogou com o réu por algum tempo. Tinha consciência do que fazia e do risco que corria” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.09.250262-7/001, trecho do voto do Desembargador Otávio de Abreu Portes).

O voto revisor parte do pressuposto de que há uma diferença nítida entre imagens “sensuais” e aquelas que “agridem” a moral. Qual é, no entanto, a importância dessa suposta diferença para o caso concreto, que envolve questões de responsabilidade civil? Fotos que subjetivamente (determinadas a partir do “livre convencimento” do revisor) pudessem ser consideradas sensuais, mas não grosseiras, conduziriam a uma decisão diferente? A fundamentação faz ainda ilações sobre quais posições e ângulos fotográficos são “aceitáveis”, e sobre o grau de comprometimento das partes enquanto mantiveram relacionamento:

São poses que não se tiram fotos. São poses para um quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado, mas verdadeiro. Não para um ex-namorado por um curto período de um ano. Não para ex-namorado de um namoro de ano. Não foram fotos tiradas em momento íntimo de um casal ainda que namorados. E não vale afirmar quebra de confiança. O namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério.

Em outras palavras: para o voto acima, o fato de o relacionamento não aparentar a seriedade esperada para uma relação de confiança “atenua” a divulgação de fotos íntimas, e ainda mais, evidencia um suposto risco assumido pela vítima. Para concluir que a autora da ação teria contribuído para a ocorrência do fato danoso, a motivação usa regras de experiência tipicamente silogísticas e fortemente carregadas pela ideologia subjetiva de quem julga. Veja-se a seguinte passagem:

Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida. Irrelevantes para avaliação moral as ofertas modernas, virtuais, de exibição do corpo nu. A exposição do nu em frente a uma webcam é o mesmo que estar em público. A imagem da autora na sua forma grosseira demonstra não ter ela amor-próprio e autoestima.

Esse julgado foi tomado como exemplo dada a facilidade de se constatar a utilização de regras de experiência para julgar discricionariamente. Se a comunidade jurídica brasileira persistir acreditando que a busca “do que ordinariamente acontece” possa determinar o conteúdo do direito, não há possibilidade alguma de controle hermenêutico das decisões judiciais.

Assim, a noção de conhecimento privado, como apresentada por Stein, não deve ser tomada de maneira absoluta, afinal todo conhecimento é, ao menos indiretamente, partilhado.⁷⁸¹ Diz-se privado por não se tratar das informações que estão nos autos; é o

⁷⁸¹ “Não se pode ter o sentimento de que determinado acerca do real é verdadeiro sem ter, ao mesmo tempo, o sentimento de que um Outrem generalizado o endossaria igualmente. [...] Não há dúvida de que determinado indivíduo em particular pode ter experiências que lhe pertencem propriamente, não há dúvida que pode exprimir determinado conhecimento melhor do que outros: mas a ideia de um conhecimento que não fosse comunicável e partilhável é quase impossível de conceber. Trata-se de noção contraditória com a própria noção de conhecimento” (BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 141).

conhecimento subjetivo (mas não puramente pessoal) do juiz, que ingressa no processo a despeito de as partes terem-no narrado. O que resta saber é que o intérprete das máximas, como idealizado, no entanto, é ainda tipicamente o Sujeito que conhece sozinho dos objetos ao seu redor e, sob a justificativa de apreender o sentimento cultural da sociedade, apenas externa aquilo que de todo modo é universal e imutável.

São comuns as referências ao “homem médio”,⁷⁸² “homem comum”,⁷⁸³ julgamento com “prudência”,⁷⁸⁴ e de todo modo expressões que nos remetem à figura do juiz-antena do ativismo, já examinado neste trabalho. A referência à consciência do julgador, Sujeito dotado de um apurado senso de Justiça, permeia a utilização das regras de experiência, vez que estas muito frequentemente são válvulas de escape para quando a aplicação fria das provas do caso parece não atingir o resultado que pareça mais adequados aos olhos de quem julga. O juízo de conveniência das máximas é frequentemente pessoal (do julgador), embasado em conhecimentos adquiridos pela observação da realidade ao seu redor. Isto é: as máximas seriam fruto de uma experiência coletiva, mas apreendidas pela experiência singular do intérprete.⁷⁸⁵ E, no entanto, são vedados juízos decorrentes da pura e simples percepção subjetiva – não coletivizada – desse mesmo intérprete. Aparentemente aí é instaurada uma confusão entre experiência interna e externa, entre consciência e mundo, decorrente da antiga – e já superada – separação entre consciência e linguagem.

É inadequado que a comunidade jurídica permaneça crente de que “a decisão judicial reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas etc)”.⁷⁸⁶ Tudo o que vimos neste trabalho, até aqui, aponta para uma direção contrária a isso. Quer dizer, o fato de que em

⁷⁸² ALLORIO, Enrico. Osservazione sul fatto notório. *Rivista di diritto processuale civile*, n. 2. Padova: CEDAM, 1934, p. 3; CALAMANDREI, Piero. Per la definizione di fatto notorio. *Rivista di diritto processuale civile*, n. 2. Padova: Cedam 1935, p. 297. Também: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Máximas de experiência e verdade processual: a construção da decisão justa para o caso concreto*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça – estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77.

⁷⁸³ COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 48.

⁷⁸⁴ O Decreto 737/800, precursor das regras processuais unificadas no Brasil, inclusive, diz: Art. 187. Presunções comuns são aquelas que a lei não estabelece, mas se fundam naquillo que ordinariamente acontece. Estas presunções devem ser deduzidas pelo Juiz, conforme as regras do direito, e com prudencia e discernimento.

⁷⁸⁵ “As noções de fato que entram na experiência comum são aqueles conhecimentos objetiva e coletivamente adquiridos, ou facilmente adquiríveis, de todos os componentes de um agregado social, do qual também o juiz é parte. Ele, portanto, não utiliza um conhecimento particular e subjetivo para decidir a controvérsia, mas utiliza um dado de fato que entra no patrimônio cultural de uma inteira comunidade de pessoas: na experiência comum. Faltando tais condições, é vedado ao juiz de usar a própria consciência privada” (MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*, 3ª ed. Padova: Cedam 2002, p. 270 – tradução livre).

⁷⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009, p. 83.

uma decisão estejam presentes referências à experiência comum ou a fatos da vida que não os fatos do caso não implica a existência de um espaço de subjetividade, entendida assim uma dualidade inexistente entre Sujeito do conhecimento e Objeto a ser conhecido.

Passemos a analisar de forma mais profunda alguns aspectos do uso das regras de experiência no discurso jurídico.

5.3.1. Estrutura das máximas – achatamento da realidade e as lacunas no “ordenamento completo”

O que define uma constatação sobre fatos e a qualifica como uma regra de experiência é, notadamente, sua estrutura formal, e não seu conteúdo. Isto é: o acerto ou equívoco de uma máxima não diz nada a respeito da sua posição no raciocínio do juiz; o que a define enquanto tal é a maneira como é posta teórica e desprendidamente dos casos concretos aos quais ela mesma faz referência. Igualmente, não é relevante quantos sujeitos têm conhecimento a respeito da dita regra. Importa que quem a aplica mencione-a como um enunciado deontológico sobre aquilo que acontece ordinariamente, embora sabidamente não se tenha certeza ter ocorrido no caso em análise.⁷⁸⁷

A ideia que está por trás da existência mesma das regras de experiência é acrescentar juízos fáticos gerais e a experiência pessoal do intérprete à decisão judicial, *sem perder o caráter racionalista* – que, supostamente, é o que mantém o discurso judicial dentro de um espectro de controle lógico. A dita *função lógica das máximas* serve para garantir que o elo de conexão⁷⁸⁸ entre os fatos do caso e a sua valoração permaneça, sob os olhos da razão, neutra e longe de qualquer subjetividade. E mais do que isso: se as regras de experiência pertencem a um mundo objetivo, universal (ou universalizável) e propositadamente desprendida dos casos concretos que lhe dariam fundamento, elas são legítimas por si mesmas,

⁷⁸⁷ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 283; REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 167).

⁷⁸⁸ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 252.

bastando serem enunciadas para serem válidas.⁷⁸⁹ Elimina-se, com isso, a *diferença*, e reforça-se a unidade entre casos desiguais,⁷⁹⁰ como veremos em tópico específico.

O discurso que normalmente é utilizado para justificar o uso das regras de experiência é bastante ligado aos ideais positivistas de completude do ordenamento e preenchimento de “lacunas” epistemológicas. Tudo isso é fruto do mito do *legislador racional*,⁷⁹¹ que por sua vez decorre da já combatida ideia de suficiência de uma razão totalizadora, que supostamente “fecharia” o sistema do Direito. Tudo o que está fora do ordenamento é extrajurídico, e tudo o que o ordenamento não dá conta de alcançar é visto como um buraco, uma lacuna, que urgentemente precisa ser tapada (suprida) para o retorno à condição de completude.⁷⁹² Como nos lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr., no ambiente jurídico em que o valor *certeza* é tido como fundamental, “o conceito de lacuna, do ângulo argumentativo, torna-se, antes de mais nada, um recurso hermenêutico da dogmática jurídica cuja função é permitir-lhe o caráter de procedimento persuasivo que busca uma decisão jurídica mais favorável”.⁷⁹³ O autor ressalta ainda que nos limites dessa visão positivista/legalista, sem o subterfúgio às lacunas o intérprete estaria sem defesas contra a estrita legalidade.

Daí a ideia de que seria necessário um artigo no código de processo civil que expressamente permita ao juiz o uso de conhecimento “comum”, “ordinário”. Algo como uma saída normativa que faça ingressar no processo o “conhecimento privado” do julgador. O jurista do positivismo primitivo, em um sistema legal no qual o art. 375 do CPC/15 não existisse, poderia se sentir compelido a falsear seu raciocínio afastando todo o saber extra autos – tudo aquilo que ele sabe, mas não está documentado no processo.

⁷⁸⁹ É o que se vê na seguinte opinião: “As máximas de experiência equivalem a juízos formulados abstratamente pelas pessoas de cultura média, noções pertencentes ao patrimônio comum da humanidade. Assim sendo, não dependeriam de nenhum elemento de prova no processo e nem necessitariam da menção aos casos que lhe servem de fundamento, sendo conhecidas independentemente de terem sido percebidas pelas partes no processo” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 287).

⁷⁹⁰ A regra da experiência “corresponde a uma disposição de resistência a tudo o que parece contraintuitivo, aspecto elaborado pelo seu limitado poder de abstração; [...] tende, em paralelo, a produzir uma subsunção da diversidade à unidade, reportando a dispersão a formas de identidade” MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 60).

⁷⁹¹ “A presença no direito brasileiro da presunção, da analogia e da interpretação extensiva, inclusive de forma expressa em artigos de diferentes diplomas legais, demonstra que a ordem brasileira requer uma completude, isto é, pede um ordenamento completo e, para realizar tal inteireza e autossuficiência, recorre a mecanismos como os três acima indicados. A completude no direito brasileiro se apresenta, pois, como dogma, pressuposto, condição necessária para o próprio direito se tornar possível e aplicável em sua inteireza” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 272).

⁷⁹² Relacionando a falta de “justiça” à existência de lacunas preenchíveis: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 36.

⁷⁹³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, cit., p. 151.

Essa hipótese, por óbvio, já há muitas décadas é ultrapassada. Julgadores e advogados já sabem que ninguém é “boca-da-lei” desde o início do século XX. Não há (não deveria haver) espaço para se perpetrar a ideia de que as máximas de experiência são a única janela de entrada para o conhecimento “privado” do juiz.⁷⁹⁴ Repetindo à exaustão: não é disponível ao intérprete a escolha por abandonar seu próprio conhecimento. E se assim o é, não há necessidade de permitir que os saberes “comuns” sejam utilizados discursivamente nas decisões.

Para esta tese, é importante ressaltar que o que o art. 375 do CPC permite, ao revés de sua intenção originária, é que se abra um espaço de discricionariedade onde decisões são tomadas – presunções são feitas – sob o fundamento de que um ou outro fato não provado é o que “ordinariamente acontece”. Eis o problema: precisa ficar claro, no estágio de conhecimento em que nos encontramos, que o ordenamento de direito não é material de trabalho suficiente para a tomada da decisão no caso concreto.⁷⁹⁵

Na verdade, a própria ideia de que certas situações encontram “lacunas” na lei implicaria admitir que apenas em determinados casos o texto não é suficiente para resolver demandas,⁷⁹⁶ e em todos os outros imperaria o silogismo decisório. Como consequência, está-se querendo crer que o ordenamento é “quase completo”, no sentido de que na maioria das situações o juiz terá elementos suficientes para resolver um caso valendo-se apenas da lei, só excepcionalmente preenchendo “lacunas”. Há aí alguns problemas hermenêuticos: como identificar quando a lacuna existe a ser preenchida, e quando não?⁷⁹⁷ E ainda: se não há lacuna, a interpretação ficaria dispensada? Para “descobrir” se se está diante de uma suposta lacuna, o julgador já não deveria interpretar? O trecho abaixo merece leitura:

⁷⁹⁴ O discurso de que a máxima de experiência ingressa no raciocínio pois o juiz não é mais boca-da-lei está, por exemplo, em: BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 369.

⁷⁹⁵ “Se a legislação fosse assim perfeita e previsse todos os atos que os homens podem realizar e, por sua vez, os homens fossem tão prudentes a ponto de saber fazer um confronto exato entre fatos e fatispécie, e tão firmes a ponto de determinar a sua conduta segundo esse juízo, o direito poderia exaurir-se na lei; em outros termos, o legislador substituiria integralmente o juiz, do qual não haveria necessidade alguma” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, cit., p. 15 – tradução livre).

⁷⁹⁶ “Nenhum exemplo mais claro do narcisismo dos juristas que a manutenção do dogma de ser o ordenamento jurídico um todo completo e coerente, no qual as lacunas e antinomias são aparentes e de previsível resolução” (CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinariedade. In: Gauer, Ruth (coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40).

⁷⁹⁷ A doutrina brasileira, em geral, aborda ainda o fenômeno jurídico presa ao paradigma da racionalidade. Nega a completude do ordenamento, mas crê que as “lacunas” sejam excepcionais, e só aí caberia ao julgador utilizar-se de elementos extrajurídicos. Um exemplo desta concepção está em DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 121 e ss.

A constatação da lacuna, embora aparentemente tenha um significado descritivo, representa na verdade um procedimento inventivo, nos termos da retórica, que atua efetivamente como uma regra de natureza permissiva. ‘Em casos de lacunas, pode o intérprete’: esta fórmula, sempre que se tenha em mente que a própria determinação dos ‘casos’ [...] serve para controlar uma interpretação voltada para as consequências.⁷⁹⁸

Tudo indica que estabelecer o ordenamento como semi-completo não é epistemologicamente adequado, já que sempre (em toda e qualquer situação) é necessário utilizar elementos extratextuais para responder às questões jurídicas, e não apenas quando alegadamente a lei em si não der conta da resolução.

A doutrina que reconhece a não-completude do ordenamento a partir das alegadas “lacunas” é ainda positivista, no sentido kelseniano. A discricionariedade que surgiria apenas no momento de preenchimento destas lacunas é prova de que os problemas centrais da cultura positivista não foram superados.⁷⁹⁹

Esse aspecto das regras de experiência é muito bem apreendido por Michele Taruffo, para quem seu uso equivale a aprisionar o raciocínio probatório a esquemas de silogismo lógico. A convicção judicial é sempre permeada por aquilo que ele (juiz) conhece e que legitimamente pode ser utilizado no discurso da decisão – isto é, excluindo-se suas impressões pessoais ou aquilo que Gadamer chamaria de preconceitos inautênticos. Racionalizar a existência do inevitável conhecimento privado significa, então, simplificar o modo como a compreensão ocorre.⁸⁰⁰

Diz o processualista italiano que há uma “impressão de que as máximas expressem generalizações universais, podendo, portanto, embasar inferências capazes de produzir conclusões dedutivamente certas (ou pelo menos próximas à certeza)”, e continua:

Essa impressão é, entretanto, falaciosa, pois em muitos casos as noções formuladas nas máximas de experiência não exprimem qualquer generalização fundada em alguma base cognoscitiva; ao invés disso, exprimem nada mais do que lugares-comuns, preconceitos e estereótipos, consolidados em alguma medida no senso comum (que não correspondem, contudo, a qualquer conhecimento efetivo de algo).⁸⁰¹

⁷⁹⁸ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, cit., p. 152.

⁷⁹⁹ Alessandro Raselli, por exemplo, na década de 1970, diz textualmente que o reconhecimento da existência de lacunas no ordenamento influi profundamente na extensão e na natureza dos poderes atribuídos ao juiz. Para o autor, é nestes espaços que a discricionariedade entraria em cena como instrumento a disposição do julgador. (RASELLI, Alessandro. *Sutdi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 65).

⁸⁰⁰ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, vol. 355. Rio de Janeiro: Forense, mai-jun/2001, p 103 e ss (pp. 101/118).

⁸⁰¹ Taruffo, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 81. Em outra oportunidade, o autor relembra que há mesmo máximas sem qualquer base estatística: “A situação, no entanto, é absolutamente distinta, e em grande medida mais incerta, nos numerosíssimos casos em que a máxima de experiência carece de

Taruffo oferece uma resposta contundente à pergunta feita no início deste tópico, sobre qual a linha divisória entre uma série de situações em que a configuração fática foi quase idêntica, e um aglomerado de casos apto a ser reduzido a uma máxima de experiência. Diz o autor, afinal, que a distinção é meramente discricionária. E a falta de um catálogo mais ou menos claro ou previsível de como de regras de experiência, ou mesmo a completa inexistência de uma criteriologia que informe sobre a criação das mesmas, corrobora a constatação de Taruffo.⁸⁰² O sistema de modo geral apenas pressupõe que todos nós possuímos um estoque de generalizações de senso comum,⁸⁰³ a serem aplicadas a partir da evidência em um dado julgamento.

O problema precisa ser enfrentado com seriedade e de forma honesta. Afinal, a esmagadora maioria da jurisprudência e da doutrina limita-se a reconhecer que em certas ocasiões o juiz pode lançar mão das máximas, mas rarissimamente se fala qualquer coisa a respeito da existência mesma da máxima que é utilizada, ou da legitimidade de seu uso em um caso concreto. Afinal, se o fundamento do enunciado empírico é estatístico, quais os dados que o embasam? E por qual motivo não se vê na comunidade jurídica um questionamento mais aprofundado⁸⁰⁴ sobre a falta deste material de análise da probabilidade subjacente a uma máxima?⁸⁰⁵

Um bom exemplo desta confusão está nos enunciados científicos de conhecimento popular. Por exemplo: “Se um carro viaja a 100km/h, então em uma hora percorrerá por volta de 100km”.⁸⁰⁶ Será mesmo que estamos diante de uma máxima de experiência, ou um cálculo de física cinemática tão básico que está na ementa pedagógica do ensino médio, pelo qual em

qualquer apoio científico ou estatístico, isto é, precisamente quando se trate de uma afirmação fundada unicamente na experiência” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 270 – tradução livre).

⁸⁰² AROCA, Juan Montero. *Prueba y proceso civil*, cit., p. 173; CORREA, Rodrigo Coloma; SAN JUAN, Claudio Agüero. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, cit., p. 676.

⁸⁰³ “A exigência de verdade do senso comum é marcada pela ausência de verdadeira vontade de emergência de uma verdade; é uma verdade procurada enquanto confirmação do que já se sabe por antecipação e que é projetada sobre o horizonte de expectativas buscando ocupar o preenchimento” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 60/61). Mais em: SCHUM, David. *The evidential foundations of probabilistic reasoning*, cit., p. 24.

⁸⁰⁴ Salvo exceções pontuais, como é o caso da análise das regras de experiência através da lógica informática de redes complexas: MACOHIN, Aline; SERBENA, Cesar Antonio. O processo eletrônico e o processo em rede: uma análise de precedentes judiciais através de redes complexas. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 39/68). O estudo serve para identificar quais julgados são mais citados em cada tema jurídico. De certa forma, é já um avanço no sentido de delimitar quais constatações de fato têm mais ou menos apoio probabilístico ou empírico.

⁸⁰⁵ A respeito de as regras incluírem na sua formulação elementos heterogêneos e ambíguos, que se confundem com generalizações sem fundamento e “vulgarizações pseudocientíficas” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, cit., p. 136).

⁸⁰⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*, cit., p. 108.

tese todo magistrado passou? Da mesma forma, a doutrina fala, por exemplo, do fato de que “a acetona entra em ebulição a 56° Celsius”.⁸⁰⁷ O caso é de um fato da natureza, e não de um enunciado universal extraído da experiência! Estes enunciados de caráter científico cujo conhecimento é atingível – por exemplo através de uma pesquisa na *internet* – não são, realmente, regras da experiência, e não servem como elo para uma presunção.⁸⁰⁸

Existe, aí, pouca clareza sobre o que são regras da *experiência comum* e o que são regras da *experiência técnica*, estas últimas cedendo para as conclusões mais específicas de um eventual exame pericial (art. 375 do CPC). Até onde vai a liberdade do julgador para afirmar máximas de cunho científico – e, aliás, qual é o liame de conhecimento “científico” que permite o descarte da prova técnica?

Um exemplo esclarece o nosso ponto. Em ação com pedido de obrigação de não fazer discutindo temas de propriedade intelectual, discutiu-se a suposta concorrência desleal entre marcas de iogurte que ofereciam produtos com nomes, características e *layout* muito semelhantes (confusão no chamado *conjunto-imagem*, ou *trade dress*). A prova pericial realizada no caso indicou não ter havido violação de direitos de marca, pois: a) as marcas dos fabricantes não colidem; [...] c) a combinação de cores e suas tonalidades, bem como as embalagens, são visivelmente distintas [...] f) os *layouts* e a diagramação apresentam pouca semelhança entre si; [...] h) quem prefere produtos do fabricante X irá procurá-los no setor correspondente ao fabricante, nunca nas gôndolas de outro produtor.⁸⁰⁹

A sentença do caso, confirmada pelo acórdão, concluiu diferentemente. O TJSP afastou-se do que disse o perito e limitou-se a dizer que “em que pese a possibilidade dos iogurtes serem agrupados por fabricantes, *é sabido que* também podem ser agrupados por tipo de iogurtes. [...] Nessa situação, é evidente que a identidade do conjunto visual das embalagens é apta a confundir o consumidor”.⁸¹⁰

⁸⁰⁷ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. A prova de estados subjetivos no processo civil. Coimbra: Almedina, 2016, p. 259.

⁸⁰⁸ “Algumas vezes, em verdade, nos encontramos com máximas de experiência que não são mais do que a tradução de leis científicas de caráter geral nos termos do sentido comum e da cultura média. Nestes casos, com a condição de que a vulgarização da lei científica não tenha traído seu significado originário, não se pode equiparar a máxima de experiência à lei científica e utilizá-la como lei de cobertura da inferência causal” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 269 – tradução livre).

⁸⁰⁹ TJSP, Ap. Cível n. 0077960-09.2012.8.26.0100, 2ª Câm. Empres., Rel. Ricardo Negrão, j. 13.02.2017, fls. 1.882.

⁸¹⁰ Idem, fls. 1.883.

Note-se bem, lembrando do que foi dito a respeito dos entimemas (item 2.3.1.1.): na expressão “*é sabido que*”, o Tribunal acaba por usar uma regra da experiência comum, consistente em que o julgador já observou a organização dessa espécie de produtos nas prateleiras de supermercados em geral. Nada, além da menção à suposta sabença geral a respeito do fato, é oferecido como fundamento para que a decisão discorde das conclusões técnicas da prova pericial. Por tudo o que vimos até aqui, devemos concluir que nem mesmo a liberdade de convencimento judicial pode autorizar uma conclusão tal, sem argumentos contundentes. E mais: se para conclusões a respeito do impacto do conjunto-imagem dos produtos foi convocado um *expert*, o debate certamente envolve temas de conhecimento técnico. Não podemos concordar com que uma regra da experiência, ainda mais blindada sob uma argumentação entimemática, se sobreponha à prova específica.⁸¹¹

Melhor decisão foi dada em outro caso, também do Tribunal Paulista. A demanda continha pedido condenatório por danos morais, por conta de erro médio na prescrição de um medicamento anti-inflamatório ao qual a Autora era alérgica. A sentença do caso alegou o seguinte:

Até por experiência própria (art. 335 do Código de Processo Civil) que uma pessoa pode ser alérgica a um determinado anti-inflamatório não-esteróide, por exemplo, Dipirona (que não é Meloxicam, como erroneamente afirma a autora a fls. 4, mas Metamizol sódico), e não ser alérgica a outros anti-inflamatórios não-esteróides, como, por exemplo Cetoprofeno, mesmo porque, embora sejam todos classificados como anti-inflamatórios não-esteróides, cada um deriva de um princípio ativo diverso e tem fórmula molecular diferente. Só para exemplificar, a Dipirona é um derivado pirazolônico, o Diclofenaco é um derivado do ácido acético e Cetaprofeno é um derivado do ácido propiônico, todos eles com fórmulas moleculares distintas.⁸¹²

Não é necessário muito esforço para concluir que o juízo extrapola a experiência comum ou técnica do julgador. Por esse mesmo motivo, o TJSP reformou a sentença para que nova fase instrutória apresentasse informações adequadas sobre a ação farmacológica das substâncias em questão.

O risco que se corre aqui é, como se pode ver, de que o conceito das regras de experiência seja alargado a ponto de abranger toda e qualquer generalização que seja utilizada no raciocínio jurídico. Há exemplos claros na doutrina de regras de experiência que em verdade

⁸¹¹ Muito embora parte da doutrina diga que seja possível convocar um perito para esclarecer se, no caso, existe uma regra de experiência apta a resolver o caso (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 122). Nossa opinião é diametralmente oposta: se entra em cena o *expert*, deixam de valer as regras da experiência, comum ou técnica.

⁸¹² TJSP, Apelação 0025498-31.2013.8.26.0071; Relator (a): José Aparício Coelho Prado Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 03/03/2015.

são meros juízos universais ou constatações valorativas amplas. Veja-se, como exemplos: “mãe é quem cria, não quem dá a luz; a pessoa que comete ato ilícito não poderá dele se beneficiar”.⁸¹³ Em realidade, a primeira regra é uma constatação com apoio na jurisprudência e sequer é uma regra geral; a segunda é um brocardo jurídico. Quanto a isso, a definição de Andrea Proto Pisani chama a atenção para a gama de conhecimentos abarcado pelas máximas:

Trata-se de uma noção amplíssima e indefinida, da qual fazem parte coisas tão heterogêneas que vão de leis naturais e lógicas a noções científicas, de generalizações empíricas a regras do senso comum, de frequências estatísticas a noções vulgarizadas de psicologia, ética, economia, etc.⁸¹⁴

Daí a se falar da “falência da tentativa de racionalização dos aspectos não-jurídicos do raciocínio judicial através do recurso às máximas da experiência”.⁸¹⁵ A função primordial do art. 375 do CPC, portanto, que seria o de reduzir a complexidade do mundo da vida a ponto de criar categorias deontológicas nas quais o raciocínio fático se encaixasse, perde sentido diante do que se sabe a respeito da compreensão humana. Se essa era a serventia do recurso às regras de experiência, podemos opinar no sentido de que já há muitas décadas, não se trata mais de um conceito útil à ciência jurídica.⁸¹⁶

5.3.2. A inevitabilidade dos juízos fáticos sobre o mundo da vida – em todo raciocínio há experiência

O caminho percorrido até aqui para analisar criticamente a função das regras de experiência ocorre em dois níveis diversos. Em primeiro lugar, serve para destacar pontos de discricionariedade na própria ideia das máximas, sua estrutura e modo de funcionamento. Em segundo, para deixar evidente que a existência de um artigo no CPC absolutamente não é (=não deveria ser) o que legitima o uso da experiência sobre o que ordinariamente acontece como baliza para o julgamento de um caso concreto. Isso pois o Sujeito que é consciente da atividade hermenêutica que desempenha não pode abrir mão, jamais, dos seus preconceitos legítimos, no sentido dado por Gadamer. Não existe o mundo dos autos e o mundo da vida, como espaços

⁸¹³ Há ainda uma confusão entre as ditas máximas axiológicas e noções gerais de direito, herdadas pela tradição do ensino jurídico: “As máximas de experiência axiológicas são aquilo que a sociedade espera do Direito, ou aquilo que a sociedade espera que o Direito imponha a ela: proteção, respeito, paz, correição, etc. Elas são critérios de adequação/conexão do Direito ao espírito do povo” (SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*, cit., p. 115-120).

⁸¹⁴ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999, p. 444 – tradução livre. O mesmo está em: BAGGIO, Lucas Pereira. *O artigo 335 do código de processo civil à luz da categoria das máximas de experiência*, cit., p. 187.

⁸¹⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*, cit., p. 211.

⁸¹⁶ PALERMO, Antonio. *Il processo di formazione della sentenza civile*, cit., p. 47 – tradução livre).

estanques de conhecimento. O que há são as narrativas das partes em um litígio, que serão interpretadas *inevitavelmente* de acordo com padrões de comportamento nem sempre ligados ao próprio caso concreto.⁸¹⁷ Quer dizer, absolutamente todo raciocínio probatório é ampliativo e se baseia em determinadas generalizações sobre a realidade.

Daí que a existência do art. 375 do CPC pode confundir a respeito do real uso da experiência comum na decisão judicial, e fazer com que se torne um argumento em si mesmo, para quando não há mais provas nos autos que legitimem a decisão buscada pelo intérprete. Afinal, os exemplos da jurisprudência confirmam que há inúmeras hipóteses em que o artigo é mencionado como parte do discurso de que em algumas excepcionais situações o juiz precisa lançar mão de regras de experiência para corretamente decidir um caso. Voltamos à ideia das lacunas criadas *ad hoc* unicamente para serem preenchidas.⁸¹⁸

Assim, por exemplo, há casos de menção genérica às “regras da experiência” para justificar a decisão pela inadmissibilidade de novas provas e o julgamento antecipado da lide.⁸¹⁹ É mesmo uma máxima da experiência que permite essa conclusão? Se sim, qual, e por qual motivo?

É razoavelmente óbvio que não apenas neste tipo de caso o juiz usa generalizações decorrentes da experiência para chegar a conclusões sobre determinadas configurações fáticas. Por qual razão então a menção ao art. 375 não é frequente, se todo e qualquer juízo sobre provas implica recorrer a máximas? A resposta parece estar justamente na desnecessidade do artigo para a completude do raciocínio jurídico. Se a experiência penetra sempre na compreensão

⁸¹⁷ “Nossa compreensão do mundo exige necessariamente o recurso a generalizações. Também a nossa linguagem. Por ela, qualquer argumento sobre a ocorrência de um fato precisa de apoio das correspondentes generalizações. Isso é inevitável” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 107/108 – tradução livre). Também: “Raciocínios probatórios são sempre ampliativos, juízos de risco que ocorrem na esfera do ‘provável’. Não há como raciocinar sobre provas sem lançar mão de generalizações feitas sobre a realidade” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 79). Igualmente: TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, cit., p. 102).

⁸¹⁸ A mesma ideia é pode ser aplicada ao art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor (“São direitos básicos do consumidor [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”), no art. 852-D, da Consolidação das Leis do Trabalho (Art. 852-D – O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciar-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”), e no art. 5º da Lei n. 9.099/1995 (Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”).

⁸¹⁹ TJSP, Apelação 0015568-87.2012.8.26.0664; Relator (a): Clóvis Castelo; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 17/06/2013. Na doutrina, a crítica a essa prática pode ser vista em: SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*, cit., p. 45 e ss.

(afinal a linguagem é coconstituidora de mundo), o conteúdo do art. 375 está sempre ali. Inseri-lo explicitamente na decisão não dá mais legitimidade a uma generalização utilizada.

Daí que Pontes de Miranda faz o alerta: as regras de experiência “não são regras de direito processual sobre prova – são experiências da vida, com certo índice de probabilidade (...). Os juízes devem abster-se de citá-las como regras jurídicas, perturbando a elaboração normal do direito e criando confusão na consciência jurídica do povo”.⁸²⁰

5.3.3. Essência das coisas e constância da ordem natural

Em tópicos anteriores deste trabalho pôde-se deixar claro que uma presunção tem lugar quando há uma relação *estreita* entre o fato conhecido (que frequentemente é de importância secundária para o caso) e o fato que se quer conhecer. Desvelar qual é a distância desse estreitamento, e quais são suas características, é o tema central da presente tese. Já pudemos ver que a doutrina fala em relações de *causalidade*, de *lógica*, de *necessariedade*. Um fato, em termos grosseiros, *implica* o outro. E o juízo valorativo que leva à constatação de implicação é frequentemente atribuído às regras de experiência, uma vez que estas supostamente descrevem aquilo que ordinariamente acontece. Cabe então falar sobre o ordinário – e, por consequência, sobre o extraordinário – dos fatos da vida.

Toda presunção judicial se apoia, ao cabo e ao final de tudo, na *crença* de que uma hipótese projetada se confirme, embora essa confirmação seja admitidamente impossível (afinal, se fosse possível comprovar diretamente o fato, não sealaria em presumir).⁸²¹ A expectativa de preenchimento da crença, por sua vez, é embasada na esperança de que, se em suficientes casos análogos uma dada configuração de fatos foi idêntica, também no caso sob análise isto há de se repetir.⁸²² Em resumo, “presumir significa apenas confiar razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato-base e o presumido, sendo essa probabilidade havida por suficiente para neutralizar maiores temores de erro”.⁸²³ Fala-se

⁸²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, t. II, cit., p. 382.

⁸²¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 201). Quer dizer: ninguém afirma que em um determinado caso concreto, o fato presumido tenha ocorrido (ou a qualificação jurídica possa ser atribuída a ele). Só se supõe que o tenha, pela sua ocorrência em um grande número de situações análogas. O argumento presuntivo, portanto, não fala sobre o caso concreto, e sim sobre outros casos.

⁸²² “A força de convicção da regra de experiência repousa na expectativa de que as observações coincidentes feitas em situações similares serão novamente endossadas pelos fatos do caso” (DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 265 – tradução livre).

⁸²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, cit., p. 115.

então em observar a realidade e a facticidade na esperança⁸²⁴ de que tudo seja reduzível a fenômenos da natureza, diante dos quais o cientista enxerga aquilo que há de constante, com o objetivo de categorizar e compreender.⁸²⁵ Barbosa Moreira diz, sobre as presunções, que são:

Noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.⁸²⁶

Toda abordagem das regras de experiência precisa enfrentar a questão de modo bastante dedicado, afinal tudo se resume que, não obstante não se possa garantir a ocorrência de um fato, seu modo de ser no caso será pressuposto, por conta de casos análogos em que algo muito semelhante ocorreu. E se as coisas não forem bem compreendidas, passará ao largo da discussão o que é crucial sobre as regras de experiência: sua estrutura, modo de formulação e razão de ser são fruto de uma concepção da vida onde os objetos têm uma *essência*, uma natureza própria, um sentido pré-determinado. A vida do homem é reduzida à vida da natureza.

Vale um exemplo. Em ações de natureza previdenciária, é uma regra da experiência que “mulher de rurícola, rurícola é”,⁸²⁷ para fins de comprovação de atividade laborativa. O julgado em questão, do STJ, justifica a existência da máxima citando precedentes nos quais o mesmo foi dito, estendendo a condição de trabalhador rural à dona de casa cônjuge de rurícola, “apesar de suas tarefas domésticas”. Quer dizer: por conta da constatação de que usualmente a esposa “necessita concorrer para a economia do casal”,⁸²⁸ presume-se a natureza do labor para fins previdenciários. A homogeneidade do comportamento das famílias neste grupo de referência – os trabalhadores rurais – é o fundamento da presunção.

De forma semelhante, veja-se o seguinte julgado do TJSP: em ação monitória onde há alegação de agiotagem, o Relator do caso concluiu:

⁸²⁴ Popper fala, inclusive, em uma “fé metafísica na existência de regularidades” (MARTINEZ, Jerónimo. *Ciência e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*, cit., p. 157 – tradução livre).

⁸²⁵ “É constante, o que se apresenta como verdadeiro em todos os casos particulares que se compreendem na espécie; é ordinário o que se apresenta como verdadeiro no maior número dos casos que compreendem na espécie [...]. O constante da espécie é lei de certeza para o indivíduo; o ordinário da espécie é lei de probabilidade para o indivíduo” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., pp. 190/191).

⁸²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual, segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 62.

⁸²⁷ REsp 210.935/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/1999, DJ 23/08/1999.

⁸²⁸ Idem.

Difícil acreditar que a apelante tenha emprestado a sequência de cheques e notas promissórias por mero favor, ou a juros legais; a estes juros, emprestaria diretamente ao banco, com muito mais segurança, é o que decorre da lógica dos fatos.⁸²⁹

Não há, no caso, mais que a mera sugestão de que é “difícil acreditar” na hipótese contrária à alegada por quem opôs embargos monitórios. E a presunção de que seria natural esperar que o empréstimo, se fosse legal, ocorresse através de instituição bancária.

Ocorre que a realidade do direito não é uma ordem natural. É convencionalmente estabelecida mediante decisões políticas que, uma vez enunciadas em linguagem jurídica competente, se tornam jurídicas. Algo, portanto, deve ser dito sobre o que significa estabelecer que determinados fatos acontecem “ordinariamente”.

E no entanto, existe aí um risco de que o raciocínio seja vítima de um círculo vicioso. Se o conjunto de fatos que forma o juízo universal de verossimilhança for composto por outras decisões judiciais ou por casos em que fatos semelhantes foram submetidos a juízo, poderemos ser levados a um estado paranoico de coisas. Isso porque a medida de “comparação”, para firmar a experiência, serão casos “idênticos” que, por sua vez, se fiam na regularidade com que ainda outros casos idênticos tenham sido decididos. Em momento algum há elementos seguros onde apoiar o raciocínio.⁸³⁰

Podemos falar aí em uma *violência* praticada pelo direito, na vontade de manutenção de si mesmo, de sua própria ordem estabelecida. A racionalidade é assim uma forma de violência, na medida em que dirige nossa compreensão sobre o mundo e institui uma visão padronizada onde, ontologicamente, ela não existe.⁸³¹ Isso tem particular importância quando analisamos decisões que estabelecem presunções de fato baseadas em outras decisões semelhantes onde a mesma presunção foi determinada, por sua vez com fundamento em ainda outras decisões similares, e assim por diante. A justificativa legítima para uma presunção precisa conversar com os fatos do caso e com *o mundo real*, além do universo estritamente jurídico e judiciário. Do contrário, a pretensa legitimidade da decisão dá-se por si mesma, o que

⁸²⁹ TJSP; Apelação Com Revisão 9195054-38.2006.8.26.0000; Relator (a): Sebastião Junqueira; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª VC F Reg Itaquera; Data do Julgamento: 07/08/2007.

⁸³⁰ Michael Oakeshott diz, sobre a investigação histórica, que opera “mediante o procedimento de examinar (e talvez comparar) um certo número dessas ocorrências e situações e de vir a percebê-las como estruturas compostas de regularidade. Mas também isso é, inequivocamente, um erro: nenhuma conclusão assim poderia surgir desse procedimento” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 136).

⁸³¹ “É isso que faz a violência da lei repreensível: não que a lei também ameaça, viola, e exerce coerção, mas que a lei é efetiva em nome da manutenção da sua própria ordem, de estabelecer e executar suas próprias categorias, perspectivas, e linguagem – em nome de seu próprio poder. A violência da lei repousa sobre sua preservação própria, a infundável repetição de si mesma” (MENKE, Christoph. *Law and violence. Law and Literature*, Vol. 22, No. 1 (Spring 2010), p. 11 – tradução livre).

absolutamente não se pode aceitar. Um caso é julgado por um juízo de probabilidade, baseado em outros casos, que por sua vez também foram julgados por juízos de probabilidade; a decisão patina no vazio em busca da sua própria legitimação; Assim, se toda ocorrência do evento abstrato que é tomado como medida de comparação levaria a fatos idênticos ao que se quer presumir, a busca por relações mútuas (entre fato julgado e fatos similares comparáveis) é substituída pela procura de relações entre eventos antecedentes e subsequentes, já que toda ocorrência do fato-modelo levaria ao evento que se quer presumir. Perdemos de vista gradualmente o julgamento do caso concreto.

Se em relação aos fatos da natureza (ex: a água, a nível do mar, entra em ebulição a 100°C) existe uma expectativa que se converte em certeza, o mesmo não ocorre quando os fatos dependem diretamente do comportamento humano. E o que acontece com as máximas é justamente esse achatamento da diferença entre homem e mundo; a facticidade, tão rica e inesgotável, tem suas arestas aparadas para caber no pensamento racionalista.⁸³²

Presumir, então, de certo modo equivale a fazer um corte na realidade e assumir uma homogeneidade que sabidamente não está lá.⁸³³ Em verdade, a observação da realidade através das lentes do racionalismo *escolhe* tomar séries de fatos como similares entre si, interpretá-las como repetições. Não existe a repetição pura, a experiência pura; nós, intérpretes, é que recortamos a realidade para assim enxergá-la. A constância ou repetição da vida é tal unicamente a partir do momento que decidimos encará-la dessa forma, selecionando este dentre outros pontos de vista sobre os fatos analisados.⁸³⁴

A dinâmica do pensamento racional, quando o assunto são as presunções e em especial as regras da experiência, gira em torno de uma rotulação, um repertório de estereótipos de comportamento, que se presta unicamente a reduzir a complexidade da compreensão dos fatos da vida.⁸³⁵ A partir dessa constatação, percebe-se que o uso da razão instrumental – e a

⁸³² “Na presunção toma-se como sendo verdade de todos os casos aquilo que é verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de frequência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza” (CANTO, Gilberto Ulhôa. Presunções no direito tributário. *Cadernos de pesquisas tributárias*, vol. 9. São Paulo: resenha tributária, 1983, p. 5).

⁸³³ “O conhecimento esquematiza, ignora as diferenças, assimila as coisas entre si, e isto sem nenhum fundamento em verdade. Devido a isso, o conhecimento é sempre um desconhecimento” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, cit., p. 33).

⁸³⁴ Sobre a repetição de fatos não transformar o evento repetido em *racional*: NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*, cit. p. 81.

⁸³⁵ “O escaninho no qual um homem é enfiado circunscreve seu destino. Uma vez que um pensamento ou uma palavra torna-se uma ferramenta, pode-se abrir mão de ‘pensá-los’ verdadeiramente. [...] A vantagem da

consequente mecanização do pensamento – faz com que os enunciados da experiência assumam a posição de uma entidade mágica, que é aceita em vez de ser compreendida.

A partir daí os vínculos de causa e consequência deixam de ser determinantes, uma vez que basta um juízo de semelhança entre o caso analisado e o amontoado de casos análogos de que se tem notícia. Sabe-se, claro, que esse reducionismo ocorre em prol da segurança jurídica,⁸³⁶ mas resta perguntar se, no jogo entre pressupor a continuidade e esquecer do caso concreto, as generalizações cumprem um papel legítimo constitucionalmente, ou apenas facilitam o trabalho de julgar.

Antes de tudo, vale responder que não há dúvidas sobre ser mais *simples*, menos trabalhoso e complexo, admitir o uso amplo das presunções e das regras de experiência baseadas no que “ordinariamente acontece”. E de certa forma, a segurança jurídica e a previsibilidade são bastante favorecidas, uma vez que toda vez que uma determinada situação “ordinária” tiver ocorrido, já se sabe de antemão a resposta dos tribunais a despeito do que tenha efetivamente acontecido no caso concreto. A questão permanece, no entanto, sobre a validade de se encarar o acerto dos fatos a partir de uma abordagem da lógica econômica, que leva em conta sobretudo o custo-benefício na tomada de decisões.⁸³⁷

É claro que, em sistemas sociais de modo geral, a confiança (isto é: a crença justificada na ocorrência de eventos futuros com base na ocorrência destes mesmos eventos no passado) age como um redutor de complexidade e auxilia na *organização* da sociedade.⁸³⁸ De toda forma, aceitando-se ou não o uso das máximas no discurso da decisão judicial, diga-se que a compreensão sobre um texto, sobre uma narrativa fática, sempre fará alusões aos preconceitos legítimos dos intérpretes – e como vimos, a experiência está no raciocínio inafastavelmente. O que surge como um ponto de fragilidade das regras de experiência, contudo, é a aceitação

matemática – o modelo de todo pensamento neopositivista – reside apenas nessa ‘economia intelectual’ (HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 31).

⁸³⁶ “Ao proceder à generalização dos acontecimentos, o homem procede a um corte metodológico. Assume uma continuidade heterogênea dos acontecimentos para dela construir um descontínuo homogêneo na forma de regra generalizante. Reduz a recorrência do vínculo de causa e consequência ou causa e efeito. Procede assim a um reducionismo da realidade empírica, mas a redução se dá em prol de uma segurança, de uma crença em uma normalidade dos acontecimentos. O liame deixa clara a existência de uma expectativa de que aquilo se repetirá na forma como admitido genericamente. Presume-se sempre uma generalidade organizada mediante raciocínio indutivo” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 406).

⁸³⁷ Ótima análise desse tema está em: TOSTES, Yhon. A fundamentação das decisões judiciais entre as generalizações e as singularidades. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 182

⁸³⁸ A respeito do tema: LUHMANN, Niklas. *La confiance – um mécanisme de réduction de la complexité sociale*. Paris: Economica, 2006.

acrítica da homogeneidade, do recurso à analogia como redutor de complexidade da vida. E se, como vimos, o real valor estatístico de uma máxima é virtualmente inexistente – e, segundo a doutrina, indiferente –, a estabilidade sugerida pela experiência é uma pressuposição ela mesma.⁸³⁹ Presumir, então, é uma pressuposição feita com base em outras suposições. Distanciamos-nos da vida real para garantir a racionalidade da decisão.

Visão interessante a respeito da promessa de homogeneidade que alimenta as crenças presuntivas é trazida pelo português Rui Cunha Martins. Segundo o autor, a credibilidade que aparentemente é apresentada pelos indicadores de normalidade e de repetição não é suficiente para transformar as regras de experiência em meios de prova. Em vez disso, facilitam a abertura para uma discricionariedade que escolhe denominar “operador de contágio”.⁸⁴⁰

O autor usa a expressão para designar os fatores de contaminação subjetiva que podem influenciar o conteúdo da decisão sobre o material probatório. Quer dizer, a ideia de confiar em uma repetição de eventos, que surge a partir do momento em que se aceitam as generalizações sem uma crítica mais detida, funciona a desserviço da decisão justificada. E enquanto a constância dos fatos da vida, como se reduzíveis sempre a leis naturais, for premissa para raciocínios probatórios,⁸⁴¹ estaremos sempre diante da lógica da eficiência, e não necessariamente próximos da legitimidade constitucional do acerto dos fatos em um caso.

Diante disso, e para concluir este tópico, atente-se para a impossibilidade de que as regras de experiência se transformem em *prescrições* sobre a realidade. Não podem, jamais, ser mais que uma tentativa de descrição daquilo que acontece, afinal são uma ementa que resume inúmeros, incontáveis casos passados.⁸⁴² No entanto e ao mesmo tempo, paradoxalmente, a estrutura descolada dos casos concretos faz com que a máxima sirva para indicar aquilo que “deve ser” em casos futuros, com base nessa confiança na estabilidade da vida. Essa é a tarefa, por exemplo, da *jurimetria*, que busca desenvolver conjuntos de generalizações capazes de

⁸³⁹ “Presume-se em função de referentes de normalidade e de estabilidade. Presumir é proceder, quase inconscientemente, a uma mobilização, entretanto naturalizada, de uma lógica estatística, no âmbito da qual os elementos de repetição e os valores de homogeneidade e coerência a eles associados configuram uma estética do preferível, esse correspondente moral do plausível” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 7).

⁸⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 35.

⁸⁴¹ É o que ocorre, por exemplo, em: MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., pp. 27/28.

⁸⁴² Defendendo que as regras da experiência demonstram o que é, e não o que “deve ser”: TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 113; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 340.

explicar e prever o comportamento de agentes envolvidos na produção e no cumprimento de decisões judiciais. O grande problema é que a própria jurimetria, enquanto campo de conhecimento ou técnica de organização, admite que sua eficácia é positiva “quando for capaz de prever os estados futuros desses comportamentos”,⁸⁴³ o que representa uma absoluta circularidade de raciocínio. Ora, se as previsões terão funcionado quando de fato funcionarem, estamos presos em um *hindsight bias* (como visto no item 1.1.5.) do qual não conseguiremos nos livrar.

Erich Döhring nos apresenta uma visão particularmente interessante sobre as regras da experiência neste particular. Ao contrário de defender a natureza deontológica das máximas, diz que a máxima deve ser amoldada ao caso concreto para ser legitimamente utilizada. Chega a afirmar que quando o saber experiencial e os fatos conhecidos não parecem guardar imediata consonância, talvez seja caso de modificar a regra, e não de encaixá-la inadequadamente ao caso.⁸⁴⁴ Por um lado, a proposta responde adequadamente à necessidade de que os fatos ocorridos comandem a conclusão sobre o caso, e não vice-versa. Por outro, no entanto, ao retirar das regras da experiência algo que lhes é essencial – seu conteúdo abstrato –, Döhring acaba por desfigurar a própria ideia do uso de *regras* experienciais. O saber extraído da experiência, não reduzido a regras, nada mais é do que a aceitação de que toda interpretação é mais do que algo meramente objetivo. Trata-se de um exercício hermenêutico, e não da aplicação do art. 375 ao caso.

Isso quer significar que a generalização sobre a experiência é um resultado da observação da vida, e não por si só uma baliza sobre como deve ser a vida, embora a doutrina clássica por vezes distorça estas noções para preferir a regra da experiência ao conjunto probatório dos autos.⁸⁴⁵ Ainda que este trabalho discorde da maneira como são estruturadas as máximas no discurso judicial, seu funcionamento pressupõe um movimento no sentido universal – particular. São as regras de experiência que retratam (= buscam retratar) o que ocorre em casos semelhantes, no passado. Não se pode concordar com quem defenda⁸⁴⁶ que, uma vez que as máximas veiculem “padrões de normalidade”, elas sirvam como medida dos

⁸⁴³ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*, cit., p. 144.

⁸⁴⁴ DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 332/333.

⁸⁴⁵ Assim, por exemplo, Anotnio Dellepiane diz que quando a prova dos autos se opõe à verdade ou ao verossímil, em realidade contradiz “a prova do gênero humano”, como se a essência e a natureza das coisas fosse mais forte do que a prova incontestes dos autos. (DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 65).

⁸⁴⁶ Essa posição, com a qual não concordamos, está em: REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 210.

fatos da vida, ressignificando o conceito de “normalidade”, como se tivessem validade por si só. Em outras palavras, as regras da experiência jamais *substituem* a observação dos fatos do caso concreto.⁸⁴⁷ A validade das regras de experiência depende exclusivamente de elas refletirem a realidade, e não o contrário.

5.3.4. As exceções à regra da experiência são casos de azar?

Acompanhando o raciocínio desenvolvido até aqui, sabemos que a dinâmica de funcionamento das regras de experiência pressupõe a crença (e uma correspondente expectativa de preenchimento desta crença) na ideia de que um fato já ocorrido de certa maneira em casos passados se repetirá no futuro, na mesma configuração. Padrões de comportamento identificados para parametrizar as previsões sobre o futuro. Ocorre, claro, que nem sempre essa repetição ou continuidade se verificará em um caso concreto. Há situações – admitidamente excepcionais, no sentido de serem uma minoria – particulares, específicas, ou mesmo casos que fogem à regra. Daí a necessidade de enfrentarmos aquilo que, para a lógica da probabilidade, pode ser denominado como *azar*.

Na obra de Antonio Dellepiane, por exemplo, o azar é um ponto de importância. É ali que o autor justifica a “raridade” de ocorrência de fatos indiciários que se “combinam e se ajustam de forma perfeita” em desfavor do acusado de um delito. Tratam-se de *coincidências*, ou de um encadeamento de fatos que foge àquela normalidade pressuposta pelas máximas da experiência. “Algo assim como a desordem, ou, se quiser, a ausência de ordem”.⁸⁴⁸ Essa abordagem do tema já toma como premissa, desde logo, que se tenha como natural o desenrolar *ordenado* de fatos; anormal seria não haver linearidade. Estamos ainda, nesse ponto, presos à natureza das coisas descrita no tópico anterior. Nas palavras de Deltan Dallagnol:

O azar, em relação a um dado indício, representa a possibilidade de que a hipótese mais provável não seja aquela que, na realidade, explica o fato. Em outras palavras, a hipótese que inferimos como verdadeira a partir de seu ranqueamento comparativo com outras hipóteses e de testes, em nosso raciocínio, não é aquela realmente verdadeira.⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ “A distinção entre essa situação-modelo (explicada em termos de regularidade) e uma situação circunstancialmente relatada não é a diferença entre verdade e erro: é uma insolúvel distinção categórica. E quaisquer que sejam as falhas e inadequações de uma situação passada, elas não podem ser retificadas colocando-se em seu lugar uma situação-modelo delas extraída” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 137).

⁸⁴⁸ DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 108.

⁸⁴⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 216.

Afinal, sempre haverá ao menos teoricamente a possibilidade de se cogitar da falsidade de um indício. Claro, o exame de uma situação presuntiva só está completa se o julgador contemplar, a cada momento possível, a singularidade do caso e a possibilidade de estar diante de uma exceção àquilo que ordinariamente acontece.⁸⁵⁰

E aí, se a regra geral é a continuidade/normalidade, a configuração fática diversa em situação análoga a das descritas pela regra da experiência significaria uma ruptura.⁸⁵¹ Diante de um ranqueamento de hipóteses que probabilisticamente se mostram mais evidentes (isto é, ocorrem mais que outras) em uma determinada situação, o azar é justamente o *acaso*, excepcional e minoritário; é a situação em que, mesmo concorrendo mais de um indício que indicaria em um determinado sentido, a resposta probabilística não é a correta. E não há, veja-se, situações em que o acaso não deva ser levado em conta, já que estamos no campo das presunções e daquilo que admitidamente é desconhecido.⁸⁵² Não há como saber, com solidez e segurança, que determinado fato ocorreu, ou como ocorreu, e justamente por isso se presume.

Há de se considerar que, em uma situação concreta, podem concorrer diversos indícios, todos apontando em uma mesma direção⁸⁵³ e tornando muito evidente a legitimidade de se presumir determinado fato. Várias regras de experiência podem somar-se, tornando difícil defender hipóteses excepcionais ou falar em acaso. Do mesmo modo, e talvez aí de forma ainda mais contundente, precisa-se contabilizar a possibilidade (mesmo que remota) de que as coisas não tenham se passado como parecem. O que ocorre é que a coexistência de uma série de indícios convergentes aponta para uma situação extraordinária: quão improvável é a existência de tantos indícios, em um mesmo caso, conducentes a um resultado idêntico? É esta

⁸⁵⁰ O acaso é um “contrapeso à potente força sugestiva das regras de experiência” (DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 341 – tradução livre).

⁸⁵¹ “Como o indício demonstra um fato de consequência como hipótese mais plausível, o azar é o risco de que não exista o fato de consequência tal como invocado e, portanto, inexistia uma relação verdadeira entre indício e fato indicado. Se indício é uma relação entre fato indicante e fato de consequência, e não há fato de consequência, a conclusão é de que sequer há propriamente um indício” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 217).

⁸⁵² BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*, cit., p. 114. No mesmo sentido, há estudos que demonstram que os jurados norte-americanos tendem a desconsiderar o fator azar/coincidência se qualquer outra hipótese se mostra plausível como explicação causal: KOEHLER, Jonathan J. When do courts think base rate statistics are relevant?, cit., p. 387.

⁸⁵³ Vale a pena esclarecer que a mera coexistência de fatos indiciários não significa haver indícios distintos, pois um conjunto de fatos independentes pode implicar um só indício: “Não devem contar como indícios distintos os que têm a mesma origem a respeito de sua prova; em segundo lugar também não se devem considerar diferentes os indícios que constituem momentos ou partes sucessivas de um só processo ou fato acessório” (DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*, cit., p. 138). Por exemplo: de três testemunhas de um acidente de automóvel, cada uma viu o sujeito réu em um local diferente, todos indicando que se deslocou do ponto A para o ponto B. Tudo isso é, na verdade, apenas um indício – o fato de que o réu tenha percorrido o trajeto A-B –, e não três fatos distintos.

improbabilidade, e não o valor somado dos indícios, que aumenta a sua força probatória se considerados em conjunto.⁸⁵⁴ Essa constatação é reforçada pelo que dissemos, no quarto capítulo deste trabalho, a respeito dos vieses cognitivos que invadem as conclusões de quem imagina que a análise probabilística (no sentido matemático) fornece respostas seguras para um caso concreto.

Opinião contrária é a de Deltan Dallagnol, para quem o “componente azar” só age em um caso quando a hipótese que até então parecia mais plausível é superada por novas evidências. Com isso o autor quer dizer que, em princípio, devemos nos inclinar sempre para os resultados que *estatisticamente* são mais plausíveis, em respeito às regras da experiência.⁸⁵⁵ Mas se, novamente, vimos nos tópicos anteriores que não há embasamento verdadeiramente probabilístico para as máximas de experiência, como confiaremos que determinada hipótese corresponde ao que “ordinariamente acontece”? Tudo parece apontar para uma solução discricionária, com base mais em senso comum do que em critérios passíveis de controle pelas partes. O mesmo se diga sobre o uso indiscriminado da expressão “homem médio”, como uma idealização de Sujeito que teria conhecimento privilegiado sobre os fatos da vida.

Como vimos no início deste trabalho, para o empirismo clássico a experiência forma regras gerais que pautam nossa percepção de mundo, e pequenos desvios nessa parametrização abstrata e geral não abalam a experiência em si. O erro de observação é sempre um fenômeno local, e não distorce a visão sobre o todo. Para o tema do presente trabalho, fica a premissa de que, *sob o ponto de vista racional*, a regra da experiência e o conceito sobre aquilo que “ordinariamente acontece” não são alterados por um ou outro caso concreto que não se comportem dessa forma. Os desvios serão creditados ao *acaso*.⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ “O extraordinário, justamente porque o é, é raro. Ora, à medida que cresce o número dos indícios concordantes, para não se crer neles, é necessário, fazendo uma violência cada vez maior à nossa consciência experimental, admitir um número maior de casos extraordinários verificados. Eis porque, com o aumento do número de indícios, cresce a improbabilidade de que eles sejam enganadores, aumenta, por outros termos, a sua força probatória” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 230).

⁸⁵⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 217.

⁸⁵⁶ “A diferença entre o empirismo aristotélico e o empirismo implícito na Ciência moderna não reside no fato de o primeiro ignorar o erro observacional enquanto o último está consciente dele. A diferença reside no papel que se permite ao erro desempenhar. Em Aristóteles, o erro anuvia e distorce as percepções particulares, ao mesmo tempo que deixa as características gerais do conhecimento perceptual intocadas. Por maior que seja o erro, essas características gerais sempre podem ser restauradas e é delas que recebemos a informação sobre o mundo que habitamos” (FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*, cit., p. 75).

A lógica das regras de experiência, portanto, confia na ideia falaciosa de que o acúmulo de enunciados singulares cria verdades, o absolutamente não acontece,⁸⁵⁷ e apenas serve como argumento para mascarar o exercício de poder através da decisão pela hipótese de preferência do intérprete. Daí que Roberta Gresta, em artigo bastante contundente, conclui que “a presunção deve romper com a lógica empirista”.⁸⁵⁸ Isto é, devem ser rejeitados os raciocínios inferenciais simplesmente baseados no senso comum, pois aí o juiz se exime de decidir e põe a responsabilidade do caso sobre a “ordem natural” das coisas. Presunções devem servir para eliminar equívocos, e não para se correr o risco de cometê-los.

É esse movimento contraintuitivo, de rompimento, que deve ser preservado para garantir que as presunções não signifiquem uma ruptura sistêmica na legitimidade das decisões judiciais.

5.3.5. Fatos notórios são regras da experiência?

Diante da generalização que é inerente às presunções, é possível que se confundam as máximas da experiência e os *factos notórios*, que o CPC/2015 expressamente insere na categoria de fatos que independem de prova (art. 374, I). A confusão surge, possivelmente, pois ambos são constatações gerais que decorrem da *observação* da vida independentemente do caso concreto sob julgamento. No entanto, além terem natureza diversa, fatos notórios e regras de experiência ingressam no discurso judicial em momentos e por razões distintas.

É notório o fato não necessariamente de conhecimento geral, mas cujo conhecimento pode ser facilmente obtido por meio de ciência pública e comum,⁸⁵⁹ limitados ao local e ao tempo da sua utilização.⁸⁶⁰ Quer dizer, um fato é notório ainda que sua notoriedade seja restrita regional ou temporalmente; um fato sobre cuja existência a prova foi dispensada pode deixar de ser notório no futuro, o que não interfere na legitimidade da decisão proferida. Característica importante do fato notório é a desnecessidade de que o julgador o conheça de

⁸⁵⁷ “O sistema teórico de Popper recusa por completo a lógica indutiva, pois em nenhum momento a verdade do enunciado advém do acúmulo de enunciados singulares. O acúmulo de enunciados não é sequer levado em conta. O que os enunciados singulares conseguem é falsificar uma teoria. A teoria que sobreviva ao teste foi apenas temporariamente corroborada” (NEIVA, Eduardo. *O racionalismo crítico de Popper*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999, p. 76).

⁸⁵⁸ GRESTA, Roberta Maia. *Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica*, cit., p. 292.

⁸⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 733/734.

⁸⁶⁰ ARRUDA ALVIM NETTO. José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*, 16ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 990.

antemão ao contato com o caso, bastando que seu conhecimento seja possível através de meios disponíveis à generalidade da população – como, por exemplo, por buscas na *internet*.⁸⁶¹

Fatos de conhecimento geral são por exemplo o resultado acirrado de uma recente eleição presidencial, ou de forma local, quais rodovias ou avenidas estão propensas a congestionamento em horários de pico. A segunda categoria são fatos que podem ser determinados de forma acurada através da consulta a fontes confiáveis, como mapas, tabelas, e dados oficiais de campos de conhecimento como engenharia, biologia, medicina, física, etc. Estes são fatos cuja determinação detém credibilidade que não pode razoavelmente ser questionada. Um exemplo disso é a consulta a dados oficiais sobre a profundidade da água em determinada região oceânica,⁸⁶² ou ainda conclusões sobre as possíveis combinações de grupos sanguíneos para determinar ou afastar relações de filiação.⁸⁶³

Nos Estados Unidos, o instrumento equivalente aos fatos notórios é o chamado *judicial notice*, previsto no art. 201 das Federal Rules of Evidence. A doutrina norte-americana sobre direito probatório foi, desde sempre, moldada e construída tendo como premissa a ideia de que os julgamentos são procedimentos bifurcados que envolvem tanto um juiz quanto um painel de jurados, como regra geral em casos cíveis. Assim, as garantias probatórias são fortemente ligadas à precisão com que instruções jurídicas são passadas pelo juiz aos representantes do povo, para que eles possam realizar com precisão o acerto dos fatos. Diante disso, o juiz, via de regra, não responde a questões de fato, e os jurados não respondem a questões de direito. É daí que nasce a excepcional permissão de que o juiz também noticie determinados fatos. O “*judicial notice*” nada mais é que isto: uma janela criada pela lei para que, dada a notoriedade ou a facilidade de conhecimento de um fato, ele seja reconhecido pelo juiz – e não pelo júri ou pelas partes.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ GARD, Spencer A. *Jones on evidence*, vol. 1, *cit.*, p. 34.

⁸⁶² LILLY, Graham C.; CAPRA, Daniel J.; SALTZBURG, Stephen A. *Principles of evidence*, *cit.*, p. 28/29.

⁸⁶³ GARD, Spencer A. *Jones on evidence*, *cit.*, pp. 109/110. Há inclusive casos em que o tribunal recorreu a registros da agência nacional de administração oceânica e atmosférica (NOAA, nos EUA) para determinar a quantidade de neve que havia caído em um determinado dia (*Newman v Village of Hinsdale*, 592, F. Supp 1307). McCormick chama atenção para o fato de que as evidências que se revestem de caráter científico, bem como as que falam sobre novas tecnologias, podem levar juiz e jurados a erro, seja por instigarem crença demasiada, seja por atraírem a desconfiança de quem julga. Assim, o *judicial notice* nem sempre é um instrumento seguro, e muito mais legitimamente pode dar espaço à verdadeira análise científica, por meio de experts, dos temas que não se enquadram na categoria mais geral e rasa de conhecimento generalizado. (BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, *cit.*, p. 698).

⁸⁶⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial, v. 1, *cit.*, p. 178; BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, *cit.*, p. 689.

A existência da categoria de fatos que sejam notórios serve como um “atalho” à resolução de casos, principalmente pois é desnecessária a prova de um fato cuja notoriedade facilmente se estabelece.⁸⁶⁵ É em torno desta desnecessidade que, cremos, deve girar o conceito de *notório*. Afinal, não há motivos para que dispendam tempo e recursos na produção de uma prova para evidenciar uma situação fática já sabida ou sabível por todos os envolvidos no processo.

Disso decorre que o conhecimento exclusivamente privado do juiz não é suficiente para que o fato seja tido por notório.⁸⁶⁶ Não é esse, veja-se bem, o uso de “conhecimento privado” utilizado por Friedrich Stein em sua obra homônima. Stein refere-se ao conhecimento extra autos do juiz, tão somente, e não àquilo que só o julgador sabe, em sua vida íntima.⁸⁶⁷ Também não é notório um fato apenas porque a totalidade do Poder Judiciário – e ninguém além dele – o conhece.⁸⁶⁸ Concluir dessa forma implicaria voltar à ideia de que a prova é dirigida exclusivamente ao convencimento unipessoal do juiz, o que já foi desdito neste trabalho.

Um fato notório que se enquadre no art. 374, I, do CPC, não é uma constatação sobre como fatos geralmente ocorrem, nem envolve um juízo de probabilidade.⁸⁶⁹ Pelo contrário, trata-se de um ou mais fatos *concretos*, ainda que alheios ao objeto do processo. O fato de que o Brasil teve dois ex-presidentes submetidos a processo de *impeachment* desde a promulgação da CF/88 é notório; a conclusão sobre a frequência em que presidentes brasileiros não terminam seus mandatos, não. É neste ponto que as máximas da experiência precisam ser distinguidas, pois é comum que, equivocadamente, diga-se que os fatos notórios sejam, por sua própria natureza, necessariamente vagos e expressados em termos gerais.⁸⁷⁰ Isso, no entanto, não procede.

⁸⁶⁵ OLSHAUSEN, George. Presumptions as evidence: a reply, cit., p. 321;

⁸⁶⁶ “O conhecimento privado do juiz não só não basta para a notoriedade, senão que até prejudica; pois neste caso o juiz, quanto ao objeto de seu conhecimento, deveria intervir na condição de testemunha, e então ficaria excluído de sua função judicial” (GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003, p. 303). O mesmo vale para o “judicial notice” norte-americano: BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, cit., p. 694.

⁸⁶⁷ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Ramon Areces, 1990, p. 149.

⁸⁶⁸ “A notoriedade, quando se trata de tribunal, não é a notoriedade oficial (todos os juízes sabem do fato); porque a pluralidade (conhecimento só entre juízes) não faz notório o fato, uma vez que a unidade (conhecimento pelo juiz singular) não o faria. O fato de todos os juízes conhecerem leva a pensar-se que seja notório, porém não é esse o sentido de notoriedade probante” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, t. IV, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 275).

⁸⁶⁹ MORGAN, Edmund. Judicial Notice. *Harvard Law Review*, Vol. 57, No. 3 (Jan., 1944), p. 273.

⁸⁷⁰ GARD, Spencer A. *Jones on evidence*, vol. 1, cit., p. 29.

Regras da experiência são juízos universais a respeito daquilo que *ordinariamente acontece*, enquanto fatos notórios são constatações de fatos concretos, ainda que tenham impacto generalizado sobre uma determinada comunidade ou população.⁸⁷¹ Parte da confusão existe, ou pode existir, pois a doutrina é firme na ideia de que as regras da experiência devem surgir como generalizações notórias em si mesmas, no sentido de que sua veracidade ou pertinência não precise ser justificada.⁸⁷² O que ocorre aí é um embaraço entre a verdadeira função do art. 374, I, que se presta apenas a dispensar prova de determinados fatos. Que certas regras da experiência sejam de conhecimento geral não impacta, nem se mistura, com o conteúdo desse artigo.⁸⁷³

O uso do *judicial notice*, nos países de *common law*, frequentemente incide nessa categoria híbrida entre fatos notórios e generalizações universais.⁸⁷⁴ Neil Andrews relata, por exemplo, que em determinado caso foi noticiado que “um gato não poderia viver mais que vinte e um anos”,⁸⁷⁵ o que pelo que vem sendo dito até aqui é tipicamente uma regra da experiência, que não nos diz absolutamente nada sobre o caso concreto, senão aponta probabilidades epistêmicas a seu respeito.

Outro caso interessante é o precedente *Wooden v. Missouri P.R. Co*, no qual uma companhia ferroviária estadual foi acusada de ter exposto o autor (Wooden) a pó de sílica durante os trabalhos manuais da sua construção, tendo isto sido a causa da contração de silicose. Na demanda, Wooden requereu o reconhecimento (“judicial notice”) do fato de que no final da década de 1950 já era de conhecimento generalizado o potencial danoso da sílica para o trato respiratório. O pedido foi negado, com fundamento no fato de que o que o Autor buscava, em verdade, era a declaração de que aquela quantidade específica de sílica, pelo específico tempo de exposição a que foi submetido, seria suficiente para a contração da silicose. Quer dizer: embora a companhia ferroviária devesse saber que de forma geral a sílica é uma substância

⁸⁷¹ “O notório, ao invés, não provém de uma generalização semelhante. O juízo que representa não é, como nas máximas, universal ou geral; produto de juízos vários que reduzindo, pela análise e a crítica, as suas diferenças, chegam, afinal, a coincidir”. (CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1957, p. 200); BAGGIO, Lucas Pereira. *O artigo 335 do código de processo civil à luz da categoria das máximas de experiência*, cit., p. 191.

⁸⁷² TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 250.

⁸⁷³ “Há o perigo do mau uso e abuso dos fatos notórios. Um juiz pode ignorantemente considerar que uma generalização retirada de um segmento da experiência humana é tão notoriamente verdade que não merece questionamento. [...] Ele pode tratar uma meia-verdade como se fosse a verdade inteira. Essas imprecisões podem não restar expressas, de forma que não estarão sujeitas à correção por recurso” (MORGAN, Edmund. *Judicial Notice*, cit., p. 292 – tradução livre).

⁸⁷⁴ LAUGHLIN, Charles. In support of the Thayer theory of presumptions, cit., p. 205.

⁸⁷⁵ Neil Andrews. *Principles of civil procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994, p. 47-48.

perigosa, a questão reside em determinar se havia dever de conhecimento desse potencial *no caso concreto*. E isto não é matéria passível de *judicial notice*, mas de prova judiciária.⁸⁷⁶ Quer dizer, noticiar o fato não serviria concludentemente para o caso, e poderia confundir o júri quanto à real dimensão do problema, que é de responsabilidade civil.

Assim, por mais que os males causados, por exemplo, pelo uso contínuo de tabaco, sejam notoriamente conhecidos, dessa notoriedade não se presume a *causalidade* com eventual doença contraída por um usuário. Não há dispensa probatória, portanto.⁸⁷⁷

Fatos notórios são independentes do caso concreto, e sua notoriedade é tão somente uma forma de evitar a produção de prova a respeito, o que absolutamente não permite conclusões a respeito dos fatos que são objeto de prova do caso.⁸⁷⁸ Outra distinção que decorre daí é que, se por um lado as presunções judiciais *têm por provado* fatos que não o foram, os fatos notórios são fatos que *dispensam* prova a respeito. Presunções são parte do objeto da prova; fatos notórios, não.⁸⁷⁹

Em comum, tem-se que ambos dependem de contraditório prévio para serem enunciados e utilizados como fundamento de uma decisão judicial. Nesse caso, a parte prejudicada pela aplicação do art. 374, I, do CPC, pode questionar tanto a própria existência do fato, quanto a sua notoriedade.⁸⁸⁰ Na última hipótese, requererá, diante da falta de notoriedade, que a parte a quem compete o ônus respectivo produza prova do fato. Por esse motivo, o julgador que aplique o artigo em questão deve explicar o fato e detidamente explicar o porquê da desnecessidade de prova a respeito.

⁸⁷⁶ Uma análise detida do caso está em: SALTZBURG, Stephen; MARITN, Michael; CAPRA, Daniel. *Federal rules of evidence manual*, vol. 1, cit., §201.02[10].

⁸⁷⁷ O tema da causalidade sobre esse ponto específico é discutido em: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 252/253.

⁸⁷⁸ “Neste sentido, por exemplo, se uma cidade é acometida por uma queda súbita de energia, é provável que este apagão tenha causado danos patrimoniais à população. É provável também que um eletrodoméstico que deixou de funcionar naquele dia tenha se tornado defeituoso em razão da queda de energia. Tudo isso é provável, porém não é possível aditar a qualidade de notório ao fato-espécie eletrodoméstico defeituoso” (CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *Admissibilidade de Provas: os limites ao indeferimento da produção da prova cível*. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 95).

⁸⁷⁹ Um panorama geral da comparação entre fatos notórios e presunções simples está em: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 221 e ss.

⁸⁸⁰ MORGAN, Edmund. *Judicial Notice*, cit., pp. 279/280.

5.4. Regras de experiência, analogia e igualdade

Desenvolvendo o que foi dito no item 2.3.4 sobre analogia, deve ser dito que o tema desta tese tem, em grande parte, relação com a discussão sobre a *igualdade de tratamento das partes no direito*. Quando se fala em interpretação *do direito* (e não dos fatos), o debate sobre a isonomia é mais conhecido e gira em torno do que hoje, no Brasil, é largamente difundido através dos escritos sobre precedentes judiciais. E, por limitações claras à apreciação fática pelos tribunais superiores, usualmente os precedentes judiciais são criados e aplicados tendo-se em vista *situações homogêneas, de complexidade reduzida*.⁸⁸¹ O que pode ser dito, no entanto, a respeito de casos que apresentam facticidade complexa, ou não necessariamente repetitiva? Sem dúvida, as inquietações que surgem são as mesmas, muito bem apresentadas por Humberto Ávila:

“Meu caso é diferente, exclama o contribuinte individual. [...] O contribuinte insurge-se contra o conteúdo da norma tributária, pois a considera injusta, pelo fato de ela não levar em conta as suas particularidades, tratando-o, meramente, como membro de uma classe de indivíduos, e não como um indivíduo.

[...]

Por que eu? Alega. Afinal, se há alguns que não devem pagar, eu também não devo pagar. [...] Por que eu também não? Indaga. Ora, se os outros têm direito ao benefício, eu também devo ter”⁸⁸²

O momento de acerto dos fatos confunde-se, como já vimos, com o da atribuição de consequências jurídicas a eles. Assim, é indiferente se o tratamento dispensado pelo Judiciário diz respeito à interpretação de um texto legal, ou à interpretação de um conjunto de fatos. Em ambos os casos, casos iguais merecem iguais consequências.

Para tanto, não basta saber se entre um e outro caso há uma situação de igualdade (proximidade fática). “É preciso saber, também, se as pessoas devem ou não devem ser tratadas igualmente”.⁸⁸³ Isto é: trata-se de selecionar quais características relevantes entre um e outro caso são particularmente importantes na comparação que se busca fazer, para então estabelecer a relação de igualdade/desigualdade.⁸⁸⁴ A constatação ganha relevância ao lembrarmos que toda

⁸⁸¹ Michael Oakshott critica as investigações baseadas no argumento de que “a tarefa de anatomizar uma situação histórica pode ser promovida ao se compará-la com outras situações supostamente similares, e a argumentação paralela de que a relação entre um evento histórico e seus antecedentes significativos é uma relação de similaridade conceitual ou mesmo identidade; o ponto de vista de que uma passagem de eventos históricos significativamente relacionado pode ser composta de uma ‘correlação’ de ocorrências” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 153).

⁸⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 19/26.

⁸⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 44.

⁸⁸⁴ Defendendo que a semelhança buscada pela analogia é referente aos *relevant aspects* dos objetos comparados: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, cit., p. 122. Também aqui Sherlock Holmes no ensina que “É

presunção é uma escolha, um recorte metodológico que enxerga aquilo de igual que há em situações admitidamente desiguais.⁸⁸⁵

Para lançar mão de uma alegoria literária, basta lembrar a personagem Mersault, da obra *O Estrangeiro*, de Albert Camus. Nesse conto, que evidencia bem a estética do absurdo, o protagonista vai ao velório e enterro da própria mãe, porém por motivos quaisquer não chora, nem consegue demonstrar qualquer emoção. Nesse mesmo dia, Mersault foi ao cinema e à praia, e também por motivos quaisquer, de posse de uma arma, cometeu homicídio. No seu julgamento, ganha menos importância o assassinato em si, do que o fato (arguido pela acusação) de que quem não chora a morte da própria mãe é facilmente capaz de cometer homicídio. Os jurados deixam-se levar pela lógica do absurdo e condenam o assassino, justamente por essa razão. No prefácio à obra, Albert Camus brinca com o absurdo: “Na nossa sociedade, todo homem que não chorar no enterro da mãe corre o risco de ser condenado à morte”.⁸⁸⁶ Guardadas as proporções do exagero, conclua-se que a má seleção de características comparáveis – o *recorte mal-feito* do conceito tido como base para a presunção – leva a consequências desastrosas.⁸⁸⁷

Devemos partir, então, do que foi dito no início deste trabalho a respeito da formação dos *conceitos* ou *termos* e sua propositada violência linguística, para concluir alguma coisa sobre o funcionamento desse raciocínio de analogia entre situações distintas. Já pudemos deixar claro, e aqui vale repetir, que a consciência que temos da nossa linguagem não inclui naturalmente reflexões sobre o que é comum entre objetos diversos. Não é, portanto, algo que ocorre sem uma parada intelectual para absorver e interpretar a conceituação classificatória que é atinente aos conceitos. É possível inclusive levantar a hipótese de que a classificação em si – que é quando os pontos análogos entre distintas situações são identificados – pertence à racionalização posterior, e não à compreensão hermenêutica.

de extrema importância na arte da investigação saber reconhecer, dos fatos disponíveis, quais são incidentais e quais vitais” (DOYLE, Arthur Conan. “The reigate inquire”. *The adventures & memories of Sherlock Holmes*. Hertfordshire: Wordsworth, 1996, p. 377 – tradução livre).

⁸⁸⁵ Veja-se inclusive a seguinte definição de presunção judicial: “Um mecanismo que possibilita a identificação de determinada situação como sendo semelhante à outra já reconhecida e assimilada. Dada a certeza e veracidade sobre um fato, presume-se que outro fato que com o primeiro se assemelhe em condições e requisitos seja também certo ou verdadeiro” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 197).

⁸⁸⁶ CAMUS, Albert. *O estrangeiro*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, prefácio.

⁸⁸⁷ Relações absolutamente desconexas e absurdas, a título cômico, como o aumento do consumo *per capita* de queijo muçarela e a correspondente quantidade de defesas de doutorado em engenharia civil, são vistas em: NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*, cit., p. 73. A questão se resume em identificar qual é a correlação causal relevante o suficiente para merecer a atenção do direito.

De fato, todo *conceito*, no sentido racionalista que é usado pelas máximas de experiência, é uma equiparação (um arredondamento) de situações que, em muito, são completamente desiguais. O que foi dito a respeito da analogia serve aqui, com grande proveito. O conceito seleciona características iguais de objetos distintos e agrupa-os de acordo com um determinado objetivo. E o conceito, afinal – assim como a máxima de experiência – é apenas a representação ideal de uma realidade, jamais um retrato da realidade em si.⁸⁸⁸ De certa forma, então, toda classificação e categorização implicam uma *realidade artificialmente criada*.⁸⁸⁹

Assim também ocorre com a presunção,⁸⁹⁰ uma vez que o fato presumido é tido por provado mediante um juízo de pertencimento a uma categoria de fatos que já receberam, todos, a mesma qualificação jurídica e eficácia probatória. Mesmo não sendo idênticos, os fatos são recortados para se equivalerem, e aí justificar a presunção.⁸⁹¹ Aliás, por tudo o que já vimos na presente tese, devemos concluir que a exigência de que conceitos sejam utilizados apenas quando enquadráveis na lógica da identidade (e não da analogia ou da semelhança) é um sintoma da busca pela certeza.⁸⁹² E a certeza é uma ficção conveniente que traz falsa legitimidade ao raciocínio judicial.

Se, como vimos, a presunção que se pauta por regras de experiência tem como fundamento o que “ordinariamente acontece” em casos análogos, o exercício de comparação e de analogia é crucial para que se possa proceder à inferência presuntiva. Daí a importância de se estudar a igualdade jurídica e, em relação às presunções judiciais, as características da analogia.⁸⁹³

⁸⁸⁸ “Todo conceito nasce por igualação do não igual. Assim como é certo que nunca uma folha é inteiramente igual a uma outra, é certo que o conceito de folha é formado por arbitrário abandono dessas diferenças individuais, por esquecer-se do que é distintivo, e desperta então a representação, como se na natureza além das folhas houvesse algo, que fosse uma “folha”, uma espécie de folha primordial” (NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*, cit., p. 48).

⁸⁸⁹ “Classificando, separamos o inseparável, ressaltamos características isoladamente consideradas, recortamos o objeto e, entre as múltiplas formas com que ele pode aparecer aos nossos olhos, optamos por um específico ponto de vista, formando sua classe. Os conjuntos instituem, pois, uma realidade artificialmente criada, de tal modo que é preciso manter vivo em mente que os objetos classificados existem; as classes de objetos, não” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 383).

⁸⁹⁰ “Examinai, pois, todas as presunções propriamente ditas, e será sempre este o caminho percorrido pela razão humana para dar valor à conclusão: o caminho da relação de identidade” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 187).

⁸⁹¹ A presunção é o produto da interação de significados heterogêneos, mas comuns: “Não se trata apenas de confrontar objetos diferentes para estabelecer se alguma característica de um pode ser atribuída ao outro, mas de fazer uso de todo o nosso sistema de lugares-comuns para filtrar ou dispor um outro sistema, gerando assim uma nova organização conceitual” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, cit., p. 777).

⁸⁹² HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*, cit., p. 184.

⁸⁹³ As presunções, de fato, “pressupõem uma ideia de senso comum, e uma ideia de normalidade que se referem, no confronto entre uma experiência passada e uma presente, a um procedimento de natureza fundamentalmente

Perceber ou admitir uma analogia é presumir uma relação em termos da similaridade funcional de certos atributos de objetos ou de ocorrências que, de outra forma, seriam dessemelhantes.⁸⁹⁴

O que se assume na presunção da relação de analogia não é uma semelhança direta entre fatos, mas sim uma correspondência simbólica entre atributos recortados destes fatos. Assim, quanto “mais semelhante” as características da situação concreta são em relação as das outras já julgadas com base em presunções, mais legítima será a decisão presuntiva.⁸⁹⁵ A questão complexa é compreender *como se efetua o juízo de semelhança* sem esconder as diferenças latentes entre facticidades de casos diversos.

5.4.1. Características da igualdade entre casos desiguais

Todo juízo de semelhança⁸⁹⁶ pressupõe uma *medida*, ou um *standard* de parâmetro, e um grupo de referência. Quer dizer, dois ou mais objetos só são igualáveis ou desigualáveis se tido por medida um critério específico de comparação. O critério, por sua vez, deve responder a uma *finalidade* constitucionalmente legítima, afinal não é juridicamente relevante comparar dois objetos sem um objetivo predeterminado e justificado, que diga respeito às intenções de quem faz a comparação. Devemos, portanto, analisar cada um destes elementos.

Assim como no exame da igualdade, o juízo sobre o que “normalmente acontece” depende sempre de um grupo de referência, ou seja, do contexto no qual se imagina a ocorrência do fato.⁸⁹⁷ É necessário recortar o espaço amostral que se submete à avaliação, e discursivamente justificar esse recorte. Os três pontos que merecem destaque são: a) a natureza da relação entre os objetos comparados; b) o *standard* utilizado para compará-los; e c) a finalidade buscada com a comparação. Se, considerado tudo isso, ainda for possível equiparar o que é analisado, pode-se dizer estar satisfeita a *isonomia* protegida pela Constituição.⁸⁹⁸ O

analgógica, que implica um esforço de compreensão voltado a pôr o mundo comum e o comportamento humano na região dos sentidos” (PASTORE, Baldissare. *Giudizio, prova, ragione pratica*, cit., p. 182 – tradução livre).

⁸⁹⁴ OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 156.

⁸⁹⁵ “A maior ou a menor conformidade com o conteúdo de uma determinada regra de experiência atua como fator fundamental para que se possa justificar a maior ou a menor intensidade do grau de ressonância inferencial presente na prova que une uma realidade histórica às alegações sobre ela tecidas nos autos” (REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 210).

⁸⁹⁶ Que aqui diremos “igualdade” em referência ao princípio da isonomia, mesmo sabendo que a facticidade de um caso é irrepetível, havendo sempre apenas casos assemelhados, nunca idênticos.

⁸⁹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nota retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 81.

⁸⁹⁸ “Igualdade significa o relacionamento comparativo que se obtém entre duas ou mais pessoas ou coisas distintas em virtude de serem elas conjuntamente medidas por um standard de comparação relevante, sendo elas indistinguíveis em relação àquele standard” (WESTEN, Peter. *Speaking of equality: an analysis of the rhetorical force of equality in moral and in legal discourse*. Princeton: Princeton University, 1990, p. 39 – tradução livre).

critério de comparação, portanto, guarda relação estreita com a finalidade buscada, e vice-versa. São elementos coconstitutivos do juízo sobre a igualdade entre a situação concreta e as situações já analisadas no passado.⁸⁹⁹

Vale citar um exemplo do direito norte-americano a respeito dos grupos ou classes de referência. Trata-se do caso *United States v. Shonubi*,⁹⁰⁰ no qual um imigrante Nigeriano foi descoberto traficando heroína para os Estados Unidos, em um aeroporto de Nova Iorque. A mesma pessoa realizou, no mesmo ano, sete outras viagens para o país, porém apenas na oitava entrada as drogas foram descobertas e apreendidas. Partindo da premissa de que todas as viagens comportaram tráfico de drogas, e para determinar qual a quantidade total de heroína traficada, o juiz valeu-se de estatísticas disponíveis para grupos de referência que suficientemente se assemelhavam ao caso: indivíduos da Nigéria, de idade similar, todos apreendidos por tráfico de heroína no mesmo aeroporto, no período de Setembro de 1990 a Dezembro de 1991. Foi possível, com base nas informações estatísticas a respeito, idealizar uma soma que representaria quanta heroína teria sido levada ao país, pelo réu Shonubi, a fim de que fosse realizada a dosimetria de sua pena.

Em sede de recurso, a decisão foi reformada, e a decisão da Corte estadual expressamente mencionou o fato de que informações estatísticas sobre casos semelhantes não são *prova específica* suficiente para uma conclusão no caso concreto. De forma sucinta, concluiu-se que o réu não poderia ser penalizado quando a prova dos autos indicava, tão somente, que ele pertencia a estas amplas categorias (idade, nacionalidade, cor) estatisticamente conectadas entre si com o único propósito de uma incriminação.⁹⁰¹

O professor de direito probatório Peter Tillers, que atuou no caso como *expert witness* (algo semelhante à prova técnica simplificada do art. 464, §§2º e 3º, do CPC), posicionou-se expressamente contra a utilização das informações do grupo de referência para conclusões específicas a respeito do réu. Sua conclusão é precisa: “Sempre que usamos nosso conhecimento sobre outras pessoas sob circunstâncias similares ou nosso conhecimento da

⁸⁹⁹ “Considera-se pertinente aquela medida de comparação avaliada por elementos cuja existência esteja relacionada com a promoção da finalidade que justifica sua escolha” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 50).

⁹⁰⁰ Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/895/460/1570712/>, acesso em 15.05.2018.

⁹⁰¹ Boas análises do caso estão em: COLYVAN, Mark; REGAN, Helen M.; FERSON, Scott. *Is It a Crime to Belong to a Reference Class?* 9 Journal of Political Philosophy, 2001, p. 168-181; WEINSTEIN, Jack B, et. al. *Evidence cases and materials*, cit., p. 75 e ss.

mesma pessoa sob circunstâncias distintas, mas similares, estamos usando nosso conhecimento sobre outros assuntos do mundo, que não a prova que temos sobre essa específica pessoa nessa específica situação”.⁹⁰² Nos Estados Unidos, inclusive, o art. 404 das *Federal Rules of Evidence* impede o uso da chamada *character evidence*, que são provas a respeito dos traços pessoais do acusado, que não contribuem diretamente a solucionar os fatos do caso. Por certo, a razão de ser da inadmissibilidade probatória é impedir que se formem vieses e preconceitos ilegítimos que decorrem, justamente, do mau uso das *generalizações* aqui discutidas.⁹⁰³

Voltamos aqui a tudo o que foi dito, neste trabalho, sobre os juízos de probabilidade fornecerem informações sobre *outros casos relevantes*, e não diretamente sobre o caso sob julgamento. É neste momento que o exercício presuntivo exige esforço hermenêutico, para justificar a ligação entre os demais casos usados com comparação e a situação que ora se busca compreender. E especificamente em relação às presunções, ou ao juízo de pertencimento de um caso concreto a uma determinada categoria de casos que compõem um conceito, cabe questionar sobre a natureza da relação entre critério de comparação e finalidade buscada.⁹⁰⁴ Isso, pois simplesmente usar as máximas de experiência para inferir quais são as práticas frequentes em alguns subgrupos sociais é arriscado. Por certo, isso pode provocar erros ao não se considerar suficientemente os traços que aproximam e distanciam um sujeito de uma determinada prática ou crença social.⁹⁰⁵

Humberto Ávila oferece uma solução interessante, afirmando que deve haver uma correlação *estatisticamente fundada* entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo. Com isso, quer dizer que a correlação aumenta, se estreita, na medida em que seu elemento indicativo cresce em intensidade.⁹⁰⁶ Será mesmo que a probabilidade também está em jogo aqui? Assim como quanto as máximas de experiência, deve ser posto em dúvida onde estariam disponíveis estes dados estatísticos, que viabilizariam a comparação entre duas situações – ou, no nosso caso, entre uma situação concreta e uma sequência de outras situações objetificadas em um enunciado universal? A se levar em conta o que diz Michele Taruffo, sobre a falta de

⁹⁰² TILLERS, Peter. *If wishes were horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals from Being Unfairly Burdened by their Reference Classes*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=711858, acesso em 25.04.1018.

⁹⁰³ KING, Allan G; AMIN, Syeeda. *The Propensity to Stereotype as Inadmissible "Character" Evidence*. ABA Journal of Labor & Employment Law, Vol. 27, No. 1 (Fall 2011), pp. 24/29.

⁹⁰⁴ SCHAUER, Fredrick; SPELLMAN, Barbara. *Analogy, Expertise, and Experience*, cit., p. 255/256.

⁹⁰⁵ CORREA, Rodrigo Coloma; SAN JUAN, Claudio Agüero. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, cit., p. 678.

⁹⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 52.

cuidado com que as medidas de probabilidade são tratadas quando o tema são regras da experiência, a resposta parece desapontar. A não ser que seja demonstrável uma relação fundada em probabilidade, sugere Humberto Ávila, o controle da equiparação realizada fica dificultado.

Por outro lado, como já vimos em tópicos anteriores que a própria referência às máximas enquanto instrumento para as presunções é defeituosa, outras soluções podem mostrar-se relevantes. A legitimidade de uma presunção é mais bem averiguada se forem comparadas a situação concreta e algumas outras situações assemelhadas, também concretas, do que se for feita menção à máxima da experiência, etérea e praticamente desprovida de reais fundamentos de probabilidade. A demonstração de que os casos “precedentes” escolhidos como medida de analogia não contêm, eles mesmos, particularidades distintivas, é mais proveitosa e controlável do que a singela comparação entre o caso concreto e o enunciado que pretende resumir “todos os outros casos concretos”. E por óbvio, não é suficiente apenas mencionar que há “particularidades”; importa detalhá-las.⁹⁰⁷

Um exemplo pode auxiliar a compreensão. Em ação falimentar proposta por um dos credores da pessoa jurídica insolvente, o feito foi extinto sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir, sob fundamentos como: “a inutilidade prática da execução coletiva pela provável inexistência de bens da devedora; sua inatividade ao tempo do pedido; dificuldade de nomeação de síndico, [...], sem que haja a menor possibilidade de concretização da pretensão credora”.⁹⁰⁸ Em outras palavras, presumiu-se que o credor provavelmente não lograria êxito no que pedia, em razão de dificuldades de operar a execução coletiva da dívida da empresa insolvente. Em recurso especial, a decisão foi revertida, tendo o STJ expressamente identificado que a “mera presunção de insucesso” não é suficiente para a decisão pela falta de interesse de agir. Após detalhada análise do caso, o tribunal concluiu o seguinte:

A mera presunção subjetiva do julgador, no sentido de que a ação não terá êxito, em razão de possíveis dificuldades operacionais inerentes ao processo, seja quanto à localização de bens ou nomeação de síndico, não afeta a utilidade do pedido de falência, tampouco retira sua aptidão de, eventualmente, vir a ter eficácia.⁹⁰⁹

O que o caso acima nos mostra é que a mera presunção, sem verdadeira e expressa analogia com situações paradigmáticas, perde muito em legitimidade. E se é assim, a

⁹⁰⁷ Sobre o tema da mera referência a “peculiaridades do caso”: SOUSA, Monica Medeiros Gaspar de. *A retórica principialista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 98.

⁹⁰⁸ REsp 1079229/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 12/06/2014.

⁹⁰⁹ REsp 1079229/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 12/06/2014.

preocupação com a probabilidade deixa de ser o centro das atenções, deliberadamente. E isso liberta o intérprete de buscar justificativa onde não a encontrará: nos critérios falsos de estatística ou de frequência repetida daquela configuração de fatos. Desprendido dessa exigência racionalista de encaixar o caso sob análise em um *conceito*, o problema da probabilidade fica em segundo plano, e passa a ser mais importante justificar a adequação da presunção em termos verdadeiramente *analógicos*. Quer dizer, o diálogo entre as narrativas das partes no caso precisa ser contrastado com o que ocorreu nos casos semelhantes do passado, para que se chegue à conclusão de que o fato desconhecido que se busca presumir, de fato, ocorreu, de acordo com a *finalidade* que se busca preservar.⁹¹⁰

Cabe falar também a respeito de qual é o “tamanho” das diferenciações aceitáveis entre casos para, ainda assim, realizar-se um juízo de equiparação que justifique uma presunção. A situação que merece atenção é aquela em que o caso sob análise tem uma série de pontos distintos em relação aos demais analisados no passado, e no entanto algo de fundamental entre eles é semelhante. Tratam-se de igualdades essenciais, e desigualdades secundárias. E, no entanto, a mera similitude descontextualizada não implica qualquer relação digna de atenção jurídica, como explica Michael Oakeshott:

Similaridades ou identidades conceituais não podem, por si próprias, constituir relações significativas entre eventos históricos, e, quando as relações são observadas, as similaridades não têm a menor importância. Uma passagem de eventos historicamente relacionados é o produto da inferência, mas ela própria não compõe um argumento.⁹¹¹

Já a respeito da força que o juízo de igualdade deve ter, veja-se que Humberto Ávila dá à igualdade uma dignidade normativa diferenciada, privilegiada. De forma didática, diz: “a igualdade, embora não ‘ganhe’ a partida contra outro princípio colidente antes da partida se iniciar, sai ‘na frente’ com alguns gols de vantagem”.⁹¹² Com isso, o autor quer dizer, acertadamente, que as razões que justificariam um tratamento desigual devem ser superiores, mais convincentes, que as razões que naturalmente promoveriam a igualdade. O raciocínio vale bem para a tese desenvolvida por Ávila, que trata da isonomia de tratamento entre contribuintes perante o fisco. Quanto ao tema desta tese, no entanto, há algumas particularidades importantes.

Em primeiro lugar, a mera constatação de que se está diante de situações comparáveis já requer um juízo de semelhança complexo, tendo em vista a irrepetibilidade da

⁹¹⁰ A dinâmica apresentada vale tanto para presunções simples quanto para as legais, como com mais detalhes se vê em: HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 63.

⁹¹¹ OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 154.

⁹¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 154.

facticidade.⁹¹³ E ainda assim, se for possível constatar que o caso concreto a ser julgado está dentro do grupo de referência daquela máxima universal que autorizaria a presunção, é preciso cuidado. Todo esforço em prol da “igualdade” pode vir a ser perverso, se ofuscar a visão do julgador para os detalhes que levariam à não aplicação da presunção. É o sempre presente risco de se trabalhar com conceitos e com categorias que recortam e esquecem as diferenças entre os casos que a compõe.⁹¹⁴ O ônus argumentativo para não prevalecer a igualdade seria o seguinte:

a) Em primeiro lugar, como a prevalência relativa abstrata cria um desnivelamento favorável à igualdade, são necessárias maiores razões para o seu afastamento do que as exigidas para o afastamento ou superação de outro princípio. É que, enquanto a relação de prevalência concreta entre os princípios de mesma estatura horizontal se dá mediante a atribuição de um peso maior a um deles, bastando que, pelo nivelamento anterior, seja demonstrada uma razão para isso, no caso da igualdade, cujo peso já é inicialmente maior, é preciso que seja demonstrada uma razão suficiente para reverter a sua vantagem axiológica primitiva e permitir a prevalência do princípio contraposto.⁹¹⁵

Novamente aqui, a boa razão de promover igualdade não pode ser confundida com a confiança na regularidade dos eventos da vida. Fatos que em muitas hipóteses ocorrem de determinada maneira não necessariamente ocorrerão de forma idêntica em uma determinada situação, e isso é de particular importância para o estudo das presunções. Não se pode presumir o que é duvidoso, sob o argumento da “regularidade” ou da constância da vida, para o único fim de promover a igualdade. Nesse caso, o que se estaria é facilitando a desigualdade entre litigantes. E pior: retirando da parte o direito subjetivo a um julgamento particularizado e rente à Constituição.

Além disso, o trecho acima pressupõe um juízo que conclua pela igualdade das situações comparáveis, para aí sim compará-las. Já no tema das presunções, a existência do fato desconhecido significa, justamente, que *não se sabe se as situações são iguais*, mas meramente se supõe que sim ou que não. E no campo da suposição, como já vimos em tópicos anteriores, jogam elementos de contágio como a crença e o preenchimento, a confiança, e mesmo os preconceitos do intérprete. Portanto, a “presunção de igualdade” de que fala Humberto Ávila age mais proximamente de uma presunção legal (quer dizer: a atribuição preestabelecida de uma consequência jurídica) do que serve aos raciocínios inferenciais feitos pelo juiz. De toda

⁹¹³ “A comparação deve ocorrer no que diz respeito aos detalhes; nada pode advir da observação de meras semelhanças gerais ou superficiais” (OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*, cit., p. 153).

⁹¹⁴ O conhecimento científico/conceitual, como diz Edgar Morin, é incapaz de tratar conjuntamente o uno e o diverso: “Ou ele unifica abstratamente ao anular a diversidade, ou, ao contrário, justapõe a diversidade sem conceber a unidade” (MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 12).

⁹¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 160.

forma, é ainda a discussão sobre a igualdade que permeia o tema (seja para aplicá-la quando é possível a analogia, seja para ter cuidado com seu efeito retórico).

Para esta tese, a *dúvida* em relação ao pertencimento da situação concreta àquela categoria de casos concretos onde houve um determinado desfecho de fatos não deve levar a uma “presunção de igualdade”, pois isso implica justamente reduzir o mundo da vida ao mundo da regularidade e da continuidade, que sabemos não existir. Se não houver justificativas firmes para a presunção, ela não merece ser realizada, mesmo que “em nome da igualdade”.

5.4.2. Jurisprudência como fonte de presunções – os precedentes e a igualdade de situações de fato

Na esteira do que foi afirmado no tópico anterior, cabe pôr em evidência que a jurisprudência, enquanto padrão de comportamento reiterado dos tribunais, pode servir como um bom parâmetro para a formação de presunções.⁹¹⁶ Até mesmo as máximas de experiência podem se valer de uma série contínua de julgados em um mesmo sentido para garantir sua própria legitimidade.⁹¹⁷

É bastante comum, na comunidade jurídica brasileira, que os “precedentes” judiciais sejam distorcidos de sua função legítima.⁹¹⁸ De toda forma, se bem compreendida, a jurisprudência tem força normativa exatamente em decorrência de sua repetitividade – algo semelhante ao que parece ocorrer com as regras da experiência que autorizam o raciocínio presuntivo. É o comportamento reiterado dos tribunais que fornece o DNA de uma questão jurídica, legitimando que situações análogas sejam julgadas da mesma forma no futuro.⁹¹⁹

Assim como em relação ao direito jurisprudencial, quando o assunto é o acerto de fatos de um caso, “o fato de o sistema ‘tolerar’ decisões diferentes acerca de

⁹¹⁶ Veja-se o exemplo da súmula 435 do STJ: 435/STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

⁹¹⁷ Nesse sentido é a opinião de Dinamarco, para quem presunções são “ilações que o juiz extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, com eficácia restrita a cada caso em que julga. Essas ilações são fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriormente fixadas em casos precedentes pelos tribunais, com a constância suficiente para caracterizar determinadas linhas jurisprudenciais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 122).

⁹¹⁸ A crítica à má utilização de jurisprudência como fonte normativa pode ser vista em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual, nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 312; STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 78.

⁹¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 326.

situações absolutamente idênticas não significa que este fenômeno seja desejável”.⁹²⁰ O tema da igualdade é central quando falamos de presunções, afinal o que legitima a inferência presuntiva é justamente a constatação de que em um grande número de casos passados os fatos se passaram da maneira como agora se busca presumir.

Quanto a isso, a pergunta que deve ser feita é: como se comporta o juiz que tem diante de si um caso cuja questão jurídica já foi analisada em outras oportunidades? Trata-o da mesma forma como fez o juiz antecessor, que não dispunha de parâmetros jurisprudenciais, ou toma o caso como um problema que já possui regra aplicável, e passa a identificá-la para solucionar a demanda?⁹²¹

A resposta oferece grandes avanços para o estudo da força normativa dos precedentes judiciais, mas, além disso, pode ser útil para o estudo das presunções e raciocínios inferenciais, com algumas ressalvas. Isso pois, quando estamos diante de decisões a respeito do acerto dos fatos, alguns poucos parâmetros judiciais a respeito de como *outros fatos* ocorreram não têm validade alguma sobre o juízo fático do caso concreto. A jurisprudência assume esse papel parametrizador mais raramente, a partir de situações mais concretizadas e pacíficas. E no entanto, o movimento intelectual, segundo a doutrina, parece se assemelhar: bastaria o julgador identificar a regra geral universalizável (=a regra de experiência) e aplicá-la ao caso.

O que temos de extrair de útil sobre o uso dos precedentes judiciais como fonte de presunções é, justamente, aquilo que ocorre diversamente em relação às decisões sobre “questões de direito”. Se se sabe que nenhum caso é idêntico ao outro e mesmo assim se aceita que padrões decisórios resolvam um sem-número de casos semelhantes, o mesmo não pode ser dito de forma cômoda sobre o acerto dos fatos. Claro, pois aquilo que difere, mesmo que minimamente, entre um caso e outro, é exatamente a configuração fática. Presumir a existência ou o modo de ser de um fato *não é equivalente a decidir com base em um precedente judicial*. O único ponto de contato entre uma e outra situações é o juízo de olhar para o passado em busca de subsídios de equiparação, o que por si só não justifica que o raciocínio seja equivalente. Até

⁹²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2008, p. 220.

⁹²¹ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 107. A mesma pergunta, com base na doutrina de Jeremy Waldron, é posta por: PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489. §1º, incisos V e VI do CPC de 2015. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 329.

porque a igualdade não é um raciocínio em si, mas sim a consequência de um raciocínio, usualmente feito com base em *analogia*.⁹²²

Padronizar ou abordar de forma padronizada uma série de configurações de fato, a ponto de ser legítima a presunção do modo de ser de um fato desconhecido, depende da concomitância de uma série de critérios, que conduzam à legitimidade da equiparação realizada. Humberto Ávila, por exemplo, fala da exigência de: a) necessidade; b) generalidade; e c) equidade.⁹²³ O objetivo geral é, de certa forma, reduzir o risco de alargamentos nas analogias que distorçam o raciocínio. Bem assentada essa conclusão, sabe-se que a jurisprudência pode desempenhar um papel secundário, informativo, de critério de justificação para a formação de um raciocínio presuntivo.

Há opinião na doutrina, distanciando do que até agora foi dito sobre os pontos de contato entre a jurisprudência e os raciocínios presuntivos, no sentido de que a analogia e o argumento por precedente são distintos em sua estrutura funcional. A analogia seria a tomada de um parâmetro anterior (um caso análogo) como exemplo, dentre tantos outros possíveis. O argumento por precedente, por outro lado, implicaria uma restrição sobre o raciocínio do juiz, vez que se obriga à tomada de decisão em conformidade com aquela tomada anteriormente.⁹²⁴ Argumentar por precedente não seria, portanto, questão de escolha, mas de correção do raciocínio e restrição da justificação possível para o caso.

Parece importante destacar que a ideia só fará sentido em um sistema no qual os próprios precedentes sejam organizados, coerentes, e não contraditórios. Sabemos, no entanto, que não é este o caso do Brasil. Diga-se, ademais, que, vistas as coisas do modo como exposto acima, a questão tem sua complexidade ligeiramente reduzida. Não é correto enxergar a analogia – nos termos vistos nos tópicos do início deste trabalho – como uma mera questão de

⁹²² BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy, cit., p. 934/936; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 146.

⁹²³ “A padronização só é válida se necessária (for usada quando não é possível adotar o modelo de igualdade particular), geral (provocar efeitos desiguais de diminuta extensão, alcance e intensidade), compatível (mantiver vinculação com a realidade antes e depois da formação do padrão) [...] e minimamente equitativa (conter cláusulas de retorno ao modelo particularista, se as diferenças entre o fato presumido e o ocorrido forem de grande alcance, extensão e intensidade, ou se elas forem de uma qualidade tal, que tenham um impacto disparatado relativamente a algum contribuinte específico).” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 201).

⁹²⁴ “Argumento por analogia é usado na justificação como razão de reforço para o real entendimento do juiz, tal como um exemplo, e não como critério de restrição no raciocínio jurídico. No raciocínio analógico, a decisão anterior é tomada como exemplo, no qual o juiz identifica semelhanças entre os casos e tenta convencer na sua justificação a tomada da mesma conclusão, ou seja, o juiz acha atraente o argumento do caso anterior e tenta se convencer das razões ali adotadas. Todavia, o argumento por precedente trata de uma restrição imposta sobre o raciocínio que se obriga à tomada de decisão em conformidade com aquela tomada anteriormente” (PEREIRA, Paula Pessoa. *O art. 489, §1º, incisos V e VI, do CPC de 2015*, cit., p. 332).

escolha, afinal isso favoreceria o aparecimento de espaços de discricionariedade. Toda analogia pressupõe um recorte metodológico de quais aspectos sejam relevantes como critério de comparação, e já aí, se não houver justificativa suficiente, reside uma decisão discricionária. O mesmo ocorre com o precedente, vez que o juízo de semelhança que autoriza a força da jurisprudência em um caso concreto depende de uma adequada motivação.

Nos países de *common law*, a situação é diversa por conta da clara evidência ocupada pelos precedentes como fonte normativa. Em tese, países de direito estatutário teriam fontes de direito probatório menos amplas, dada a não obrigatoriedade e não vinculação do entendimento jurisprudencial.⁹²⁵ Na prática, no entanto, não podemos dizer que esta distinção entre sistemas legais seja assim relevante, em especial se considerarmos que raras são as decisões, no Brasil, que não fazem uso de jurisprudência como fundamento.⁹²⁶

Justamente pelo fato de que a jurisprudência é frequentemente presente nas decisões judiciais, é preciso chamar atenção para os problemas que surgem da *generalização* desmedida das fundamentações, em especial quando o componente do Tribunal tem consciência de que o seu posicionamento será tomado como precedente dali em diante. Esse problema foi percebido por Jerome Frank, ainda na década de 1930, de forma muito precisa:

Talvez um dos piores aspectos do fetichismo pelas regras e da veneração pelo que os juízes fizeram no passado é que os juízes, ao escrever suas decisões, são constrangidos a supervalorizar a si mesmos, como se estivessem escrevendo para a posteridade. Influenciados pela crença de que as decisões servirão como precedentes e que portanto vincularão o pensamento de juízes nos casos que podem surgir dali em diante, eles se sentem obrigados a considerar excessivamente não apenas o que foi previamente dito por outros juízes mas também o efeito futuro das generalizações que eles mesmos estabelecem como explicações para as decisões.⁹²⁷

Este é o caso dos *precedentes que já nascem como precedentes*, isto é, decisões que são redigidas já com a intenção de servir a casos futuros por analogia. De todos os problemas que podem surgir daí, sem dúvida o principal deles é que a fixação pela enunciação de regras (como as máximas da experiência) na tentativa de alcançar ou dar continuidade a uma unidade e a uma uniformidade podem fazer com que o julgador seja afetado na sua verdadeira tarefa, que é a de determinar a solução adequada para as partes na situação única e irrepetível do caso concreto.⁹²⁸ Esse tema é enfrentado diretamente por Fredrick Schauer, que busca encontrar o

⁹²⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*, cit., p. 8/9.

⁹²⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, cit., p. 78.

⁹²⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*, cit., p. 153.

⁹²⁸ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*, cit., p. 154.

balanço entre decidir *apenas o caso concreto* e, por outro lado, deixar-se levar pela necessidade de enquadrar a questão decidida em uma categoria de referência, criando uma regra universalizável para o futuro. Tanto uma quanto a outra postura, isoladamente, distorcem a dinâmica de julgamento adequada. No entanto, uma conclusão nos chama a atenção: a habilidade da *common law* de corrigir seus próprios erros será sistematicamente menor que a habilidade de cometê-los em primeiro lugar”.⁹²⁹

O que resta concluir é que a jurisprudência pode ser, ela mesma, *fonte legitimadora* de uma presunção, o que nem sempre é positivo ao sistema, dada a gigantesca dificuldade de se questionar a legitimidade de um precedente já firmado e pacificado nos tribunais.

⁹²⁹ SCHAUER, Fredrick. *Do cases make bad law?* , cit., p. 910.

6. EM BUSCA DE CRITÉRIOS CONTRA A DISCRICIONARIEDADE NO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO

Estamos nos encaminhando para as conclusões da presente tese. Falta, sem dúvida, falar a respeito da aplicação prática das questões levantadas até aqui, e propor uma criteriolgia que auxilie no uso das presunções de maneira a diminuir (e tentar eliminar) a discricionariedade judicial. A hipótese que será desenhada é a de que a decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, do CPC) representa um momento crucial quanto a isso. Vejamos com mais detalhes.

6.1. Tema de prova – quais são os fatos que devem ser provados?

Costuma-se dizer que o que se prova são *fatos*, e inclusive assim menciona o CPC em diversas oportunidades (por exemplo, nos arts 156; 319; 357, §6º; 369; e 464, I). Ocorre que, independentemente das discussões sobre o que seja a verdade objetiva dos fatos, eles *existem*. O que se prova são as interpretações possíveis e plausíveis a respeito destes fatos da vida. Em outras palavras, provam-se as *afirmações sobre o fato*, e não o fato em si.⁹³⁰ Essa conclusão é consequência de tudo o que foi dito no presente trabalho a respeito da inevitabilidade da hermenêutica, e sobre o conhecimento do mundo dar-se de forma narrativa, proposicional. Em outras oportunidades, o CPC acertadamente fala que o que é provado são as *afirmações* de fato (arts. 311, II; e 434, dentre outros).

Estabelecido isso, passemos a saber qual o conteúdo daquilo que deve ser provado. Diz-se *thema probandum* o conjunto de fatos que serão objeto da atividade de instrução, incluindo-se aí os que na petição inicial e na contestação já são apoiados em prova documental. As narrativas das partes são constituídas de fatos importantes e não tão importantes para o caso. É possível dividir os fatos narrados em classes de acordo com a sua essencialidade para a identificação da *causa de pedir* (no caso do autor) e da *matéria de defesa* (no caso do réu).

⁹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 58/63; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 176/185; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 317; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 204; CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio. *Rivista di diritto processuale*, v. 56. Padova: CEDAM, jan-mar/2001, p. 73; MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 40. Em sentido contrário: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 158 e ss; MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, cit., p. 114.

Fatos *essenciais* são aqueles sem os quais é absolutamente impossível dar razão à parte que os narra. Em uma ação de despejo por falta de pagamento, o fato essencial é a afirmação da existência de uma relação jurídica entre o locador e o locatário. Em ações possessórias, como ordena o próprio CPC (art. 561), é imprescindível que restem alegadas e provadas: 1) a posse; 2) a turbação ou o esbulho; e 3) a data da turbação ou do esbulho. Em ação na qual se pedem alimentos ao filho, o essencial é que se alegue e prove a relação de filiação.

Fatos essenciais costumeiramente são o *núcleo da causa de pedir ou da exceção*; são o que individualizam ou identificam a ação. São o que compõe, de acordo com a classificação já aceita pacificamente pela doutrina, a *causa de pedir remota*, ativa e passiva.⁹³¹

Pense-se em uma demanda com pedido condenatório de indenização por danos causados em procedimento cirúrgico. Para a procedência do pedido, é necessário alegar tanto o ato ilícito cometido pelo médico, quanto o dano, quanto ainda o nexo de causalidade (arts. 186 e 927 do CC). O conjunto das alegações é que corresponde à causa de pedir remota; são, todos, fatos essenciais, de idêntica importância para o deslinde do feito. Há causas, ainda, nas quais uma série de fatos compõe a causa de pedir, mas uns têm mais *essencialidade* que outros, servindo estes últimos apenas para complementar ou concretizar o fato dito nuclear.⁹³² Por óbvio, nem todos os fatos narrados pelas partes integram as causas de pedir ativa e passiva. Há fatos e argumentos com função meramente retórica; há os que dizem respeito à técnica processual e não ao mérito da causa; e há, por fim, os fatos que servem como indício, constituindo a base de uma prova indireta e auxiliando a presunção sobre outro fato, este sim essencial, mas não provado.

Pense-se no exemplo de erro médico dado acima. Imagine-se que o autor, com intuito meramente retórico e como estratégia de convencimento, demonstre que em outros procedimentos semelhantes o mesmo réu cometeu os mesmos equívocos em pacientes distintos,

⁹³¹ Sobre o tema, de forma bastante ampla: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 165-166.

⁹³² “É possível distinguir entre dois planos, isso é, factos essenciais nucleares e factos essenciais complementares e concretizadores. Os ‘nucleares’ constituem o núcleo primordial da causa de pedir ou da exceção, desempenhando uma função individualizadora ou identificadora, a ponto de a respectiva omissão implicar a ineptidão da petição inicial ou a nulidade da exceção. [...] Os complementares são os completadores de uma causa de pedir complexa, ou seja, uma causa de pedir aglutinadora de diversos elementos, uns constitutivos do seu núcleo primordial, outros complementando aquele. Por sua vez, os fatos concretizadores têm por função pormenorizar a questão fáctica exposta, sendo exatamente essa pormenorização dos factos anteriormente alegados que se torna fundamental para a procedência da acção” (CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2012*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 20).

causando-lhes prejuízos. Tal circunstância, por si só, não integra nem representa fato constitutivo de direito algum. Pode, no entanto, servir como indício que, com base em juízos baseados em dados probabilísticos – e na experiência –, auxilie ao julgamento de procedência do pedido.

Essa alegação, por ser instrumental (e não essencial), *não constitui causa de pedir*, e portanto não integra, *em tese*, o *thema probandum*. Diz-se em tese pois poderá o fato instrumental ser controvertido entre as partes, e ganhar importância no debate mesmo não constituindo causa de pedir ou matéria de exceção. Neste caso, será tema de prova, não obstante sua função retórica. Integra, portanto, o *objeto* da prova, mas não o tema da prova.⁹³³ Ainda, e como será visto adiante, se um fato não essencial servir para a prova de um fato essencial (através de presunção), poderá passar a integrar o tema de prova.

A distinção faz sentido para que se delimite o ônus de alegação das partes, evitando que o juiz conheça matéria oficiosamente quando esta integrar a causa de pedir, por exemplo. Assim, mesmo fatos notórios, quando são parte da causa de pedir ou de uma exceção material a uma causa de pedir, não podem ser reconhecidos oficiosamente,⁹³⁴ embora uma vez alegados sua notoriedade o possa. Quer dizer: o ônus de alegação das partes permanece, mas a prova a seu respeito é desnecessária por força de lei. Quando o fato notório é, para o caso, meramente circunstancial ou acessório, pode ser trazido ao caso *ex officio* pelo juiz, oportunizando-se às partes o contraditório a respeito.

De toda forma, fatos *secundários* ou *instrumentais*, ou ainda *acessórios*, auxiliam na demonstração dos fatos essenciais.⁹³⁵ Funcionam como um *background*; fornecem o contexto da história contada. São aqueles fatos que não são constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito deduzido em juízo (objeto do processo), mas dos quais se pode *deduzir* – isto é, presumir – fatos relevantes ao processo. São fatos narrados pelas partes que *circundam* o objeto do processo. Destes últimos, como diz a doutrina, não depende a procedência da pretensão:

O facto acessório apenas aumenta a probabilidade de a sequência central de eventos se ter passado do modo x e não do modo y, mas a sua não demonstração não importa

⁹³³ MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, cit., p. 116/117.

⁹³⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 220.

⁹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 435-437. Ainda: “Factos instrumentais serão aqueles que, embora não integrando a causa de pedir ou a exceção deduzidas (e, consequentemente, não se enquadrando na forma fundamentadora do direito invocada pelas partes), estão relacionados com os factos essenciais de forma tão próxima que visam auxiliar a demonstração dos mesmos” (CABRITA, Helena. *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, cit., p. 93).

o afastamento total de uma das hipóteses factuais, contrariamente ao que sucede com a ausência de prova dos factos essenciais.⁹³⁶

O art. 319, III, do CPC, exige que o autor inclua na petição inicial apenas o fato e o fundamento jurídico do pedido, do que se conclui que não há ônus de alegação de fatos instrumentais. Podem, inclusive e por não compor a causa de pedir, serem os fatos acessórios alegados após a petição inicial, até a fase de saneamento (art. 329), assegurado o contraditório a respeito.

Nenhum fato carrega consigo a natureza de essencial ou instrumental; tudo depende de uma análise à luz da causa de pedir e do pedido.⁹³⁷ De toda forma, a distinção e o limite exato entre um fato essencial e um fato não essencial tem maior relevância para a identificação do princípio da demanda do que para delimitar o tema de prova em um caso concreto. Para os objetivos deste trabalho, cabe apenas destacar que o ônus de alegação do qual devem se desincumbir as partes recai apenas sobre fatos essenciais, sobre os quais se funda o pedido ou a defesa (art. 369 do CPC).⁹³⁸ Constitui tema de prova, por outro lado, todo fato controvertido, excluídos os que de toda forma não seriam relevantes para o deslinde do feito (art. 370, p. único, do CPC).

Fato é que, embora possam ser tema de prova, nada *obriga* que os fatos instrumentais o componham. A única exigência abstrata feita pela lei é de que o juiz conheça e se pronuncie sobre os fatos tidos por essenciais. Assim, “para que uma afirmação de fato, constante da petição inicial (ou ainda de outro ato, oferecido no curso do processo), deva ser apreciada pelo juiz, basta que tenha sido deduzida pela parte e possa conduzir ao acolhimento da pretensão ou da exceção (fato principal)”.⁹³⁹

Ocorre que fatos acessórios, além de retóricos ou auxiliares, podem servir para a formação de uma presunção a respeito de um fato essencial. Quer dizer: a prova de um fato não essencial é imprescindível, no caso, para que se considere provado um fato essencial. A base das presunções (isto é, o fato presuntivo) costuma, em realidade, ser um fato instrumental. Aliás, o fato-base da presunção pode ser em tese absolutamente irrelevante para o caso. Em

⁹³⁶ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 196.

⁹³⁷ CANOVA, Augusto Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. II, t. I. Diretto da Enrico Allorio. Torino: Utet, 1980, p. 187; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, cit., p. 59.

⁹³⁸ CAMBI, Eduardo. *Prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 309.

⁹³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda, cit., n. 4. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120;

especial quanto às presunções legais, a função do fato-base é meramente instrumental: serve para dar por provado o fato presumido, e só. Se se chega ao fato presumido por outro meio de prova, a importância do fato-base deixa de existir.⁹⁴⁰

Tanto o é, que a admissibilidade e o juízo de relevância sobre o fato-base dependem, sempre, da “ponte mental hipotética”⁹⁴¹ apta à conclusão sobre o fato presumido. Sem essa inferência, ainda no campo da potencialidade (uma vez que a prova não foi, ainda, produzida) é o que permite admitir ou não a prova do fato que, alegadamente, tem pertinência para o feito, de forma instrumental.

Ocorre, então, que embora os fatos instrumentais que sirvam como base de uma presunção não sejam essenciais do ponto de vista normativo (isto é, não constituem causa de pedir ou matéria de defesa), são “essenciais” sob o prisma epistêmico, uma vez que conhecer dessas alegações é crucial para a finalidade probatória do caso.

Como será dito logo adiante (item 6.2.4) a respeito da proibição de decisão surpresa, vale adiantar que a oportunidade de manifestação dada às partes independe de se tratar de fato essencial ou instrumental. É de se destacar, diga-se mais, que como a “instrumentalidade” do fato faz com que ele ingresse no discurso judicial de forma indireta e mediata, permeada pelo raciocínio presuntivo, é ainda mais importante ressaltá-lo e individualizar a sua utilidade para o caso.⁹⁴²

Devemos concluir, portanto, que além de alterar o ônus de prova, a presunção potencialmente move o terreno do *thema probandum*. A questão que merece ser posta, diante desse contexto, é a seguinte: a presunção faz com que o fato instrumental (fato presuntivo, ou fato-base) passe a fazer parte do tema de prova? Parte da doutrina diz que sim:

A presunção judicial produz uma modificação do objeto da prova, do *thema probandum*. Para prova do fato presumido, basta a prova do fato-base que a ele se liga (eventualmente também a prova da máxima de experiência em que se assenta o nexo lógico que une um e outro). [...] Ocorre uma alteração do tema de prova que se confunde com uma exoneração parcial do ônus da prova.⁹⁴³

⁹⁴⁰ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 238.

⁹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 134.

⁹⁴² CABRITA, Helena. *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, cit., p. 99.

⁹⁴³ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 357. Da mesma forma: “a aferição de fatos secundários pelo magistrado pode levar à ampliação do objeto da demanda para além dos limites originalmente estabelecidos, e, com isso, [...] ensejar a consequente ampliação do objeto da prova” (REICHELTE, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 142).

É possível imaginar, no entanto, uma solução diversa para o problema. É que o que interessa ser demonstrado ainda é, desde sempre, o fato presumido. A presunção é apenas o *meio de apreensão/cognição* desse fato, meio que exige um fato instrumental provado. O que importa é que o fato presumido é *tido por provado*, apenas que com o auxílio de uma inferência e outro fato, este último, no mais, irrelevante para o caso. O que parece ocorrer é que esse fato-base, que será suportado por uma prova e levará à presunção, continuaria fora do tema de prova, afinal sua acessoriedade persiste.

Seja como for, o momento oportuno para a identificação de quais fatos merecem receber atenção durante a fase instrutória é o saneamento do feito. Até porque individuar corretamente os fatos – e isso implica dizer quais serão submetidos a prova e *por qual motivo* o serão – é um mínimo exigido para a *potencialidade* de uma decisão acertada.⁹⁴⁴ Isto é, equivocar-se sobre os fatos inevitavelmente significa decidir de forma errada. Já o contrário não é verdade: o acerto dos fatos apenas põe o caso em ordem para a decisão, que ainda assim pode conter *errores in iudicando* ou *in procedendo*.⁹⁴⁵

6.1.1. É útil diferenciar provas diretas de provas indiretas?

Diz-se comumente que as presunções judiciais ocorrem quando estamos diante das chamadas *provas indiretas*, ou *provas circunstanciais*, que seriam em tese diversas das *provas diretas*. Apenas para que fique clara a posição do presente trabalho a respeito do tema, valem algumas palavras.

Uma possível classificação didática do termo *prova* pode dividi-las em *demonstrativas*, experimentais, históricas, e judiciárias.⁹⁴⁶ O critério aqui leva em conta sobretudo o conteúdo daquilo que se quer provar. Dados abstratos e hipóteses científicas são provadas demonstrativamente; fatos das ciências naturais, experimentalmente. A prova histórica e a judiciária, por sua vez, têm semelhança e quase identidade. Ambas servem à

⁹⁴⁴ A divertida passagem de Calmon de Passos é oportuna: “é um abuso injustificável, a esta altura dos tempos, que autor e réu protestem por prova testemunhal, arrolando pessoal sem indicação do que sabem, como se devessem vir a juízo pequeninos deuses oniscientes para o espetáculo triste das conformidades preestabelecidas ou para o desperdício dos depoimentos inócuos ou surpreendentes” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do julgamento antecipado da causa*, cit., p. 73).

⁹⁴⁵ Nunca a aplicação do Direito a um conjunto de factos incorrectamente determinados poderá conduzir a uma decisão jurídica acertada. [...] E de nada servirá que o tribunal tenha determinado correctamente quais os factos provados e não provados e a norma jurídica aplicável aos mesmos se a decisão não se encontrar devidamente fundamentada” (CABRITA, Helena. *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, cit., p. 10).

⁹⁴⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 712.

reconstrução de um fato único, irrepetível, do passado. Distingue essas duas últimas categorias o local em que a prova é produzida: se em uma investigação histórica, ou no curso de um processo judicial. Note-se, como faz a doutrina,⁹⁴⁷ que a prova experimental – típica das ciências naturais – fala de fatos que em tese são reproduzíveis, passíveis de um juízo universalizável. E justamente aí mora a separação em relação à prova jurídica, uma vez que os fatos a que esta última se refere são únicos, particulares, e justamente por isso não se subsumem a categorias universais sem a devida justificação.

Já a classificação entre provas diretas e indiretas parte da premissa de que em algumas situações é necessário um juízo de *inferência* para que se chegue da prova ao fato provado, enquanto em outras esse salto mental não existiria.⁹⁴⁸ Sendo assim, a questão que surge, e precisa ser respondida, é: existe alguma forma de conhecimento não inferencial?

Nossa resposta, em resumo, é negativa. Mesmo nas chamadas provas diretas (como o testemunho ocular de alguém que observou um acidente de automóvel e pode confirmar detalhes de como ocorreu), as conclusões jurídicas a respeito da eficácia probatória dependem de movimentos intelectivos que podem ser caracterizados como juízos de pertencimento a categorias gerais que respondem a critérios da experiência humana. Assim, mesmo a nível subconsciente o julgador precisará saber que, em geral, observadores que estavam a menos de vinte metros de um acidente e que não têm problemas de visão são fontes confiáveis a respeito dos fatos. Só aí, a ligação entre o meio de prova (oral) e a afirmação de fato que se quer provar (a negligência do réu, por exemplo) deixa de ser estritamente direta. O que ocorre é que o número de passos inferenciais não pode ser contado, individualizado. Ao menos não de modo tão seguro a ponto de servir como critério de distinção entre provas diretas ou indiretas. Mesmo a prova que à primeira vista atesta um fato “direto” é passível de ser compartimentada em uma série de inferências.⁹⁴⁹ Daí concluirmos que a distinção entre provas diretas e indiretas, nesse

⁹⁴⁷ THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*, cit., p. 30.

⁹⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*, cit., p. 54 e ss; LESSONA, Carlos. *Teoría general de la prueba en derecho civil*, vol. V, cit., p. 125/129; BEST, William M. *A treatise on presumptions of law and fact*, cit., p. 12; WEINSTEIN, Jack B, et. al. *Evidence cases and materials*, cit., p. 76; TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 78.

⁹⁴⁹ “Tome-se um exemplo simplificado. O julgador pode, primeiramente, fazer uma inferência para determinar se testemunhas em geral dizem a verdade. Então, ele pode raciocinar inferencialmente se testemunhas que são parte da específica classe de referência dessa testemunha (por exemplo, um policial ou a mãe do réu) dizem a verdade em geral. No momento seguinte, ele pode analisar por meio de uma nova inferência se testemunhas usualmente são exatas no que dizem [...] Demais disso, pode ser escrutinado se uma pessoa, sob condições similares de stress ou surpresa, é confiável, ou se a memória e busca por justiça pode borrar ou preencher a memória, e assim por diante” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 202).

sentido, é um *mito*, pois como diz Danilo Knijnik, “toda e qualquer prova é sempre indireta em alguma medida”⁹⁵⁰ O mero fato de que, no campo epistemológico, toda prova é um convite a uma série – uma “cascata”, como diz Dallagnol – de inferências que generalizam e individualizam, já faz com que seja impossível distinguir claramente provas diretas e indiretas por meio do tipo de raciocínio utilizado.

O problema que surge dessa classificação de pouca utilidade é sobretudo que, como diz acertadamente Dallagnol, “a diferença entre as provas direta e indireta parece criar uma lacuna entre o nível de compreensão da prova direta e indireta, o qual pode contribuir para um preconceito contra a prova indireta”.⁹⁵¹ O presente tópico, mais que tudo, serve para enfrentar essa conclusão.

Já Bentham, ao tratar do tema, embora considere provas diretas e indiretas categorias diversas, deixa claro que jamais se pode dizer que as forças probatórias delas sejam distintas.⁹⁵² A doutrina do século XIX, de forma geral, prosseguiu no mesmo sentido.⁹⁵³ No entanto, e a partir do meio do século XX, nos Estados Unidos foi possível perceber que os jurados tendiam a desvalorizar provas circunstanciais pelo mero fato de elas terem sido caracterizadas como tais. Por outro lado, há estudos estatísticos que demonstram uma supervalorização da precisão da prova direta (em especial as testemunhas oculares) em mais de quinhentos por cento.⁹⁵⁴

Daí concluirmos que, ainda que a forma de argumentação possa ser diferente quando estão em jogo indícios e provas indiretas,⁹⁵⁵ o que deve ser idêntico em relação a ambas as provas é o nível de exigência da motivação – sendo a relativa à prova indireta mais “extensa” muitas vezes, pois além de demonstrar a valoração da prova sobre o fato, deve deixar claras as

⁹⁵⁰ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, cit., p. 26. E mais: MITTERMAIER, Karl. *Tratado de la prueba em matéria criminal*, cit., p. 409; LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, cit., p. 518; SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*, cit., p. 137.

⁹⁵¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 208.

⁹⁵² Uma ótima análise do tema como realizado por Bentham está em: TWINING, William. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 35 e ss.

⁹⁵³ BEST, William M. *A treatise on presumptions of law and fact*, cit., p. 35.

⁹⁵⁴ HELLER, Kevin Jon. The cognitive psychology of circumstantial evidence. *Michigan Law Review*, Vol. 105, No. 2 (Nov., 2006), p. 244.

⁹⁵⁵ REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 164. Há, no entanto, quem discorde e diga que a forma argumentativa é absolutamente idêntica: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, cit., p. 26.

condições que o autorizaram a presumir, do fato provado (indireto), aquele a ser conhecido como tema de prova.

Do contrário, se não se exigir para a prova direta também uma fundamentação satisfatória, corremos o risco de transformá-la em algo menos contundente que a prova indireta. Afinal, quanto a esta última, há uma relutância natural por conta do caráter menos seguro, mais distante do fato que é tema de prova. Disso não decorre, no entanto, que apenas aí reside um dever de fundamentação; as razões da valoração probatória são igualmente importantes, seja qual for a “espécie” de prova produzida e utilizada.

6.2. Saneamento e responsabilidade compartilhada dos sujeitos pelo acerto dos fatos

A dinâmica de funcionamento das presunções em juízo foi abordada superficialmente ao longo deste trabalho. Cabe agora tratar do que, para esta tese, é o momento processual adequado para que o acerto dos fatos – aí incluídos os fatos que serão tidos por provados a partir de raciocínios inferenciais – seja *desenhado*, no sentido de projetado, para evitar inseguranças e surpresas às partes. É a decisão de saneamento (e nada impede que haja mais de uma no mesmo caso) que estabelecerá o *tema de prova*; o que deve ser provado, e quais fatos não são pertinentes para a solução do caso. Justamente aí deve ao menos ser acenado para a possibilidade de que uma presunção judicial ingresse no discurso que comporá, futuramente, a decisão de mérito. Por isso, cabe falar a respeito do saneamento do processo.

O “despacho saneador” dos códigos processuais de 1939 e 1973 tem inspiração direta no direito português,⁹⁵⁶ e embora sua nomenclatura de despacho, possuía desde sempre nítido caráter decisório. Mais notadamente a partir do CPC de 1973, o ato passou a servir como momento de a) verificar a existência; e b) permitir a correção de vícios que pudessem obstar a apreciação do mérito. Servia então o saneamento como instrumento de organização das *questões processuais*.⁹⁵⁷ No entanto, a esta tese interessa mais a feição atual da decisão de saneamento e organização, como prevista pelo art. 357 do CPC/2015. Mais do que uma

⁹⁵⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 35-36; TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 22-23.

⁹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 130-131; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 117.

declaração de regularidade formal,⁹⁵⁸ é interessante explorar as possibilidades que o saneamento oferece como uma oportunidade de, juntamente das partes, preparar o terreno do processo para receber uma decisão de mérito que respeite o contraditório.⁹⁵⁹ Mais do que o aspecto saneador, precisamos dar ênfase à *organização* do processo.⁹⁶⁰

É na fase de organização que serão delimitadas as questões de fato que comporão o tema de prova, e distribuídos os ônus correspondentes (art. 357, II e III do CPC). Sem dúvida alguma, as presunções judiciais entram aí, tanto porque seu estabelecimento equivale a substituir uma prova por um raciocínio inferencial, quanto porque sua consequência é possivelmente inverter o ônus de prova do fato presumido. Assim, ainda que seja dado ao juiz conhecer oficiosamente do fato, é imprescindível que haja contraditório prévio a respeito.⁹⁶¹

Devemos falar aqui, mais que de qualquer outra coisa, de uma divisão de trabalho entre partes e juiz, assim entendido o compartilhamento das responsabilidades, entre os sujeitos processuais, pelo conteúdo da decisão. Isso deve ficar bem claro para que se deposite também (e sobretudo) nas partes uma parcela de responsabilidade sobre o acerto dos fatos. Afinal, é a elas que interessa a boa compreensão sobre quais são os temas discutidos no caso. Já na década de 1970, João Carlos Pestana de Aguiar alertava para a inconveniência da “recondução das partes à realidade probatória”, pedindo que especifiquem as provas que pretendem produzir. E arrematava: “É corriqueiro, e mesmo lugar comum diário, virem as petições iniciais com proposição inteiramente desnaturada e ociosa. Requerem todos os meios de prova admissíveis em juízo. [...] Esse vício pretoriano desorienta o juiz no exame da prova cabível”.⁹⁶²

Se é assim, é no mínimo espantoso que as partes deixem totalmente a cargo do juiz a atribuição de eficácia e de peso probatório para cada uma das alegações, e contraditoriamente digam-se frequentemente insatisfeitas com o resultado da valoração realizada na sentença. Ora,

⁹⁵⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 829.

⁹⁵⁹ “É fácil perceber, da análise das inovações da fase de saneamento e organização do processo, que o seu caráter é, hoje, muito mais de delineação das etapas que se seguirão, do que de propriamente livrar o processo de eventuais vícios que ainda existam” (BAPTISTA, Bernardo Barreto. *Saneamento e Organização do Processo: a evolução histórica e o CPC de 2015*. Dissertação de mestrado defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Antonio do Passo Cabral, 2017, p. 42).

⁹⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 215.

⁹⁶¹ “O dever de veracidade do juiz consiste em informar constantemente às partes tudo o que pensa sobre o processo, dando-lhes reais oportunidades para influenciar em suas decisões. Mais que isso, deve debater todas as questões com as partes, antes de tomar qualquer decisão” (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 48).

⁹⁶² AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao código de processo civil*, vol. 4. São Paulo: RT, 1977, p. 49.

o mero destaque de quais fatos, dentre os narrados, tenham mais ou menos força probante já significaria um passo à frente gigantesco em prol do acerto correto. Não é isso, no entanto, o que se nota na prática forense.

Muitas vezes é difícil concatenar linearmente a narrativa processual de forma convincente. E se nem mesmo o julgador toma contato com os fatos do caso de maneira gradativa e racional, ocorre que não raramente as partes apresentam um discurso tortuoso, não muito bem ordenado.⁹⁶³ É essa tomada de consciência a respeito do conjunto da própria narrativa, então, o que se deve exigir das partes e de seus procuradores. Até mesmo em uma história contada de forma propositadamente confusa – afinal não se pode excluir essa hipótese do cotidiano forense – a responsabilidade pela dificuldade na interpretação deve recair também sobre a parte, e não apenas sobre o intérprete-juiz. Por esse motivo, o CPC português de 2013 inclui os “articulados ou alegações prolixas” como causa de pagamento da multa denominada “taxa de justiça” (art. 530, 7, a).

Se se sabe que a estrutura de saneamento é naturalmente compartilhada e depende da participação de todos os sujeitos processuais, a garantia de que o juiz permaneça vinculado às alegações trazidas aos autos implica, por sua vez, que as partes saibam o impacto que as suas narrativas terão ao processo. Devem, em outras palavras, as partes cuidar de *como* alegam aquilo que alegam, afinal é este o material que será usado como conteúdo da futura decisão judicial, especialmente quanto aos fatos do caso.⁹⁶⁴

Assim, não se pode esperar que as partes desempenhem um papel cooperativo dirigido ao descobrimento desinteressado da “verdade”. Afinal, as versões fáticas de cada litigante serão sempre, inevitavelmente, carregadas de adjetivações e destaques naquilo que dê importância ao seu próprio direito. No entanto, é das narrativas que se extrairão, por exemplo, as máximas de experiência que poderão ser utilizadas como base de presunções judiciais no

⁹⁶³ “A indicação dos fatos constitutivos do direito não se apresenta aos olhos do juiz com a devida linearidade, mas sim como um emaranhado de eventos que se contrapõem, se coordenam, se implicam, se contradizem, se ignoram, se reafirmam em um contínuo flutuar do qual, no mais das vezes, nem mesmo os próprios protagonistas são plenamente conscientes” (RICCI, Gian Franco. *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 46. Milano: Giuffrè, 1992, p. 845 – tradução livre).

⁹⁶⁴ “As versões trazidas aos autos pelas partes relativamente à realidade que deve ser considerada juridicamente relevante são, pois, verdadeiros projetos de decisão orientados em função dos interesses por elas defendidos. A condição de terceiro imparcial inerente à posição do juiz demanda sejam essas narrativas devidamente interpretadas pelo magistrado, a quem não cabe definir os limites do problema que lhe é apresentado para análise” (REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 135).

futuro.⁹⁶⁵ São as partes, em outras palavras, que criam – através das histórias contadas em juízo – as balizas para a construção da decisão judicial.⁹⁶⁶

Sendo assim, e dando continuidade ao que foi dito no início deste trabalho sobre as influências e intersecções entre literatura e direito, repita-se que a maneira como as narrativas são apresentadas importa na definição de quais fatos (diretos ou indiretos) receberão mais ou menos atenção.⁹⁶⁷ E tenha-se bem claro que aí reside um encargo que é exclusivo das partes, na distribuição de tarefas processuais. Quem está interessado em uma definição específica dos fatos postos em juízo é que chama para si, na persecução desse objetivo, o cuidado na narrativa.

Cada parte apresenta sua versão de fatos, isto é, reconstrói a história do caso à sua maneira. Nem sempre a narrativa é cronológica, muito menos atende a uma lógica esperada pelo juiz. É papel do intérprete, tendo tomado conhecimento das versões fáticas conflitantes, organizá-las para compreender pontualmente qual a necessidade probatória do caso.⁹⁶⁸ A tarefa da parte é, portanto, a de auxiliar o máximo possível essa organização, afinal as provas dirão respeito a direito material seu.

6.2.1. O contraditório como pressuposto do saneamento adequado

Para que fique claro o que será dito logo adiante a respeito da participação das partes na formação de uma presunção, vejamos a importância do *contraditório* para o tema.

Mais do que simplesmente oferecer à parte possivelmente prejudicada a ciência sobre um ato e possibilitar sua reação dentro do processo, é importante que enxerguemos a garantia do contraditório (art. 5^a, LV, da CF/88) como a obrigação de que as narrativas e versões

⁹⁶⁵ “As regras de experiência, enquanto proposições factuais, podem em abstrato ser carreadas para o processo através das alegações das partes ou da sua inserção oficiosa pelo juiz. A forma como cada regra de experiência é carregada para o processo depende [...] do princípio dispositivo e do princípio inquisitório” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 276).

⁹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 92.

⁹⁶⁷ “A demarcação do papel dos vários factos de um mesmo conjunto na determinação da verificação do estado subjetivo importa uma prévia análise sobre o modo como esses mesmo factos são apresentados no processo pelas partes, ou seja, sobre a forma como o conjunto de proposições que os afirmam é estruturada numa sequência mais ou menos coerente e com um certo significado, destinada a demonstrar uma determinada versão do caso” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., pp. 185/186).

⁹⁶⁸ “Frequentemente, a apresentação de factos em juízo importa a organização das proposições que os afirmam numa sequência temporalmente organizada que permita uma visão global de um caso como um todo construído de uma forma lógica e coerente que possa ser sustentado pelos meios de prova disponíveis” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 186).

de fato oferecidas pelas partes sejam levadas em consideração no momento da decisão.⁹⁶⁹ Assim, não respeita o contraditório a decisão “de terceira via”, ou “solitária”, que adota uma posição própria em detrimento daquilo que disseram os litigantes, verdadeiros interessados na solução da causa.⁹⁷⁰

É neste sentido que o CPC fala em cooperação (art. 6º),⁹⁷¹ e também por este motivo proíbe expressamente a prolação de “decisões surpresa”, assim denominadas as que se utilizam de fundamentos não debatidos previamente pelas partes (art. 10). De certa forma, o juiz participa ele mesmo do contraditório,⁹⁷² pois *coopera* com as partes na construção da decisão a partir de uma série de perguntas e respostas que se relacionam entre si. É como a doutrina tem visto a dimensão participativa do contraditório.⁹⁷³ Podemos, então, falar em contraditório como direito de *influência*; não só o fato de que a parte pode participar, mas que o conteúdo da sua participação seja ao menos discursivamente rejeitado, é exigência da garantia do contraditório.

É imprescindível que as versões de fato de cada parte estejam desde logo abertas a contraposição, afinal todo enunciado contém em si mesmo pelo menos duas vozes: a afirmação do que diz, e a negação da oposição a si mesma. O discurso, então, “exibe o seu direito e o seu avesso”,⁹⁷⁴ seu dito e seu não dito.

Quando o assunto é a instrução probatória, as conclusões são idênticas, afinal as provas nada mais são do que o desenvolvimento do diálogo, no processo.⁹⁷⁵ E de certa forma o

⁹⁶⁹ “Uma decisão que desconsidere, em seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no íter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade” (LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105).

⁹⁷⁰ FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo. in: *La sentenza in Europa*. Padova: CEDAM, 1988, p. 316; TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989, p. 372; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, cit., p. 132.

⁹⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit., pp. 239 e ss.

⁹⁷² O art. 16 do CPC francês, semelhante ao art. 10 do código brasileiro, fala expressamente que o juiz deve “fazer observar e observar ele mesmo o contraditório”, estando impedido de basear a sua decisão em “fundamentos que levantou de ofício sem antes convidar as partes a apresentar suas observações” (disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>, acesso em 07.06.2018 – tradução livre). Sobre o tema: CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126. São Paulo: RT, ago/2005, p. 63.

⁹⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 10; DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 131; GRINOVER, Ada Pellegrini. O conceito da garantia do contraditório. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 19.

⁹⁷⁴ FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*, cit., p. 27; MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso e análise do discurso*, cit., p. 28.

⁹⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, cit., p. 184 e ss.

contraditório é condição de validade da utilização de uma prova na decisão judicial.⁹⁷⁶ Com isso poderemos concluir, ao fim deste capítulo, que se uma presunção é estabelecida sem que seu conteúdo tenha sido alertado previamente às partes, haverá uma violação tanto do art. 10 quanto do art. 9º do CPC. E o momento adequado para esse alerta e oportunidade de influência às partes é, justamente, a decisão de saneamento.

6.2.3. O problema do controle *a posteriori* dos juízos de fato

Para esta tese, o momento essencial de cuidado com os fatos do caso dá-se no saneamento, em especial diante do que diz o art. 357, II, III e IV, do CPC. Na delimitação dos fatos sobre os quais recairá prova, é imprescindível que sejam incluídos os fatos que, embora não constituam tema de prova, servirão de fato-base para possíveis presunções. É o caso de a presunção importar um deslocamento do objeto da prova, como já vimos. Ademais, se é verdade que uma grande parte das presunções (legais e judiciais) implicam uma possível modificação do ônus de prova – a parte adversa passa a se incumbir de demonstrar o descabimento da aplicação da presunção ou a impertinência do fato presumido –, é na fase de saneamento que essa distribuição deve ficar estabelecida. Por fim, como praticamente todo raciocínio inferencial implica a qualificação jurídica do fato presumido,⁹⁷⁷ e mais ainda, se apoia sobre um juízo de probabilidade (a “máxima de experiência”) passível de ser contestado, a própria relação entre fatos da presunção passa a ser uma questão jurídica relevante para a decisão de mérito.

Tudo isso contribui para concluirmos que o saneamento é o estágio preparatório para a decisão de mérito que se seguirá. Daí ser necessário enfrentar a posição, até recentemente tranquila na doutrina, de que o controle sobre os juízos fáticos seria feito exclusivamente *a posteriori*, através de recursos. É como diz Ferrer Beltrán:

O controle da racionalidade da decisão se realizaria *ex post* mediante o controle da motivação. Assim, por exemplo, diante de uma prova ou um tipo de prova de força muito baixa, o controle de racionalidade poderá funcionar *a posteriori* sempre que se exija ao juiz, sobre os fatos provados, que justifique por que declarou provados esses fatos e qual foi o apoio empírico em que baseou sua decisão.⁹⁷⁸

⁹⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O conceito da garantia do contraditório*, cit., p. 21; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 123.

⁹⁷⁷ Em sentido contrário, afirmando que a presunção simples é um juízo fático, que não inclui a qualificação jurídica: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 207.

⁹⁷⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 44 – tradução livre.

À primeira vista, o trecho acima não contém equívocos ou merece correções. De fato, a exigência de que a valoração seja feita assim de maneira detalhada é muito saudável ao processo e permite a sindicabilidade por parte das partes. O que chama a atenção e precisa ser destacado é que, especialmente em relação às conclusões fáticas que decorram de *presunções judiciais*, dificilmente se imaginará uma situação em que as partes não sejam completamente surpreendidas pelo raciocínio judicial, caso a inferência não tenha sido anunciada anteriormente à decisão final. Quer dizer: se o controle for *exclusivamente a posteriori*, o risco de serem proferidas decisões-surpresa é iminente, violando o conteúdo do art. 10 do CPC.

E não há que se negar: muito frequentemente na prática forense, a fase de saneamento é limitada à conhecida oportunidade às partes para que especifiquem que provas pretendem produzir, sem que relacionem cada prova com os fatos correspondentes. Disso resulta que a decisão de admissibilidade das provas não dá a atenção devida aos fatos que constituem o tema de prova. Por conseguinte, o primeiro momento de análise fática verdadeiro será, desde logo, a decisão de mérito; o controle, naturalmente, ocorrerá posteriormente a isso.

Quando estão em jogo apenas os fatos essenciais do caso, comprovados através de provas ditas diretas, a questão não é tão problemática. Os riscos de discricionariedade são mais evidentes quando, na decisão, ganham importância inferências, presunções, e toda forma de raciocínio indutivo, que tira das provas de um fato conclusões a respeito de outros. Esse salto de raciocínio tem natureza (eficácia) probatória, e no entanto rarissimamente será anunciado às partes, que dessa forma ficam despreparadas para contraprovar, demonstrar o descabimento da inferência, e de toda forma *participar dessa parcela de produção (ou atribuição de eficácia) probatória*.

Em outras palavras e de forma resumida: embora a distribuição dos ônus de prova seja uma regra *de julgamento* e apenas com a constatação, na sentença, da incompletude do material probatório é que a pergunta sobre os ônus ganhe relevância—⁹⁷⁹ como já foi dito neste trabalho —, esse fato não libera o julgador de oportunizar às partes manifestação a respeito (art. 357, §1º do CPC). O mesmo deve se aplicar às situações que, através de inferências e presunções, importem alteração nas cargas probatórias e no objeto da prova.

⁹⁷⁹ VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974, p. 118; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus de prova*, cit., p. 76.

Até mesmo as regras de experiência, que como vimos serão *inevitavelmente* parte da decisão judicial, merecem fazer parte, sempre que possível, da decisão de saneamento, para permitir seu controle. As partes podem, sem dúvida alguma, impugnar uma parcela de “conhecimento privado do juiz”, quando isso não corresponder ao que ordinariamente acontece, ou quando simplesmente não for caso de sua aplicação. Será mesmo legítimo relegar esse detalhado controle apenas à fase recursal? Para esta tese, a resposta é negativa.⁹⁸⁰

O verdadeiro controle, que inclui a possibilidade de participação (art. 6º do CPC), implica que já na fase de saneamento os pontos controvertidos que possam gerar presunções, ou que possam decorrer de presunções, sejam delineados.

6.2.4. A participação das partes no conteúdo das presunções

Dito o que foi dito acima, parece ter ficado claro que quando a primeira possibilidade de interferência das partes sobre o conteúdo das presunções dá-se apenas após a sentença, o processo perde muito da sua funcionalidade democrática. E especialmente em tempos em que a cooperação processual é tão largamente explorada pela doutrina, parece ser estranho que ainda reste ao juiz, isoladamente, o papel de valoração das provas e de construção da narrativa fática “oficial” para o caso:

Soa-me heterodoxo, por exemplo, a ênfase que, corretamente, voltou a ser dada ao contraditório e à cooperação e, entretantes, não se conferir também enfaticamente um papel preeminente às partes em tantos outros momentos processuais, especialmente em questões probatórias. Nada mais eloquente nesse sentido do que o debate sobre a “teoria dinâmica” do ônus da prova, em que praticamente não se vê referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos.⁹⁸¹

Alguns espaços de decisão, nota-se, são ainda deixados ao “prudente arbítrio” do julgador. Isso é o que ocorre com o “preenchimento de lacunas” decorrente da constatação de que apenas uma presunção dará por demonstrado um determinado fato. Muito se fala sobre os cuidados e critérios exigidos para o raciocínio presuntivo, mas ainda há pouca ênfase na ideia – que para esta tese é fundamental – de que a atribuição de sentido narrativo a um conjunto de

⁹⁸⁰ “Somente através da fundamentação das decisões proferidas em sede de direção material do processo e ao longo da atividade de instrução é que se faz possível adiantar às partes o rumo que vem sendo tomado a cada passo da dinâmica de formação do convencimento judicial. A preservação da previsibilidade antes mencionada impõe ao juiz o dever de antecipar aos litigantes de que forma a prova indireta pode ter maior ou menor peso na construção da decisão” (REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 320).

⁹⁸¹ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., p. 60.

fatos *depende, sempre, da participação de todos os sujeitos envolvidos no processo*. A ninguém é dado o poder de determinar, isoladamente, qual a história do caso; tudo gira em torno de conformar, acomodar, as versões conflitantes apresentadas em uma narrativa que tenha legitimidade suficiente.

No entanto, ainda há parte da doutrina que insiste na desnecessidade de que regras de experiência sejam informadas às partes com oportunidade de contraditório. Diz-se que: “tal qual os fatos notórios, são empregáveis *ex officio*, independentemente do requerimento das partes, não acarretando prejuízo à garantia constitucional do contraditório, uma vez que o controle e a crítica sobre elas já teriam sido realizados fora do processo”.⁹⁸²

Parece, para o trecho acima, que as regras que surgem da experiência são legítimas por si só, por sua própria validade deontológica, desgrudada dos casos concretos e da experiência propriamente dita. Tornam-se, as máximas de experiência, entes privilegiados com normatividade idêntica à da lei. Nada disso parece aceitável, no entanto, e parte da doutrina recente é firme ao criticar o emprego de regras de experiência sem a participação prévia das partes.⁹⁸³ Afinal, é da natureza de todo enunciado que sua compreensão só é realizada através do diálogo, ou da sua abertura à crítica e à falibilidade.⁹⁸⁴

Não é demais insistir no ponto que é o cerne deste capítulo: se a fase de *saneamento* for bem compreendida diante da função atual do contraditório, boa parte dos problemas apontados quanto às presunções podem ser remediados. É que muito frequentemente o que se vê na comunidade jurídica é uma dificuldade grande em aceitar a ideia de que *é saudável que certos posicionamentos e rumos decisórios do caso sejam adiantados às partes*. Nada disso tira a imparcialidade do juiz. Muito diferentemente, trata-se de evitar que o julgador “esconda” o conteúdo da decisão e “revele” suas conclusões unicamente na sentença. Em relação ao tema aqui tratado, o perigo é iminente, diante da impossibilidade de a parte adversa produzir tempestivamente provas que desdiguem um raciocínio presuntivo. Sobre isso, veja-se:

Em vista do sistema processual brasileiro, a prova contrária é difícil de produzir-se quando se trata de elidir uma presunção comum. É que o magistrado só revela a presunção em que se apoiou para convencer-se a respeito de certa coisa, ao pronunciar a sentença, ou seja, quando terminou de há muito a fase probatória do processo. De

⁹⁸² CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 287.

⁹⁸³ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 376.

⁹⁸⁴ FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*, cit., p. 24/25. Também: “O debate racional consiste em tentativa de criticar e não em tentativa de demonstrar ou de tornar provável. Cada passo dado no sentido de proteger da crítica certa concepção, de fazê-la segura ou ‘bem fundada’, é passo que afasta da racionalidade. Cada passo que a torne vulnerável é passo desejável” (FEYERABEND, Paul. *Contra o método*, cit., p. 270).

sorte que se torna impossível ou inviável qualquer tentativa de desfazimento da presunção, pelo menos na mesma instância.⁹⁸⁵

O trecho acima precisa ser repensado com urgência. E se, como vimos, as presunções judiciais de certa forma representam uma alteração no *foco de atenção* da prova – do fato presumido para o fato presuntivo, cabendo à parte contrária produzir uma contraprova até então desnecessária –, fica muito claro que a oportunidade de se desincumbir do ônus probatório deve ser dada às partes. É necessário não surpreender os litigantes também quanto ao conteúdo daquilo que pode ser presumido, e eventualmente possa ser fundamento da decisão.⁹⁸⁶

É de se concordar, por outro lado, que as partes não têm o ônus de alegar ou requerer a aplicação de determinadas presunções judiciais. Estabelecidos os fatos, o raciocínio pode ser desenvolvido oficiosamente.⁹⁸⁷ Isso, contudo, não implica a desnecessidade de intimação das partes, embora parte da doutrina use esse argumento para justificar a dispensa do contraditório.⁹⁸⁸ O diálogo, repita-se, é da essência do jogo probatório.⁹⁸⁹

É evidente que no jogo que compõe o contraditório narrativo as versões apresentadas pelas partes podem propositadamente servir mais para confundir que para esclarecer o quadro fático do caso. Pensando nisso é que Piero Calamandrei cunhou a célebre frase: “Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”.⁹⁹⁰ Isso não significa, no entanto, que o debate não deva ocorrer, ou que o processo – muito menos o julgador, solitariamente – dê conta de resolver as questões não conhecidas sem dispor de todas as informações necessárias.

⁹⁸⁵ COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*, cit., p. 101.

⁹⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 378.

⁹⁸⁷ BAGGIO, Lucas Pereira. *O artigo 335 do código de processo civil à luz da categoria das máximas de experiência*, cit., p. 189.

⁹⁸⁸ “A referência à existência de presunções sempre é estabelecida como meio a ser utilizado pelo juiz para firmar conclusões a respeito das alegações sobre fatos juridicamente relevantes, e não exige qualquer manifestação da parte para que possa se produzir nos autos” (REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 181). A única interpretação possível e legítima do trecho é afirmar que o juiz não espera alegações sobre a presunção em si, mas apenas sobre os fatos presuntivos e suas provas. Mesmo assim, deve o julgador informar as partes de que um fato pode levar, por presunção, à eficácia probatória sobre o fato presumido não provado. São momentos distintos, os de conhecer de ofício e decidir de ofício.

⁹⁸⁹ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 71.

⁹⁹⁰ O trecho na íntegra fala que a disputa entre argumentos é “uma competição disputadíssima, que não é só de boas razões, senão também de habilidade técnica para fazê-las valer. Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso: mas também em certos casos (e desejo crer que em raros casos) essa coincidência não se dê, pode ocorrer que o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passe a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar a vitória ao mais astuto” (CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*, vol. III Campinas: Bookseller, 2003, p. 224).

Por conta destes problemas, ainda na vigência do CPC/73, Calmon de Passos sugere a criação de uma “interpelação probatória”, na qual a parte seria intimada a explicitar os fatos simples constitutivos do tema de prova. Não apenas os fatos que compõem o fundamento do pedido, mas todos os que serão objeto da instrução (como os fatos instrumentais, que servem de base para uma presunção). A sugestão, diz o autor, evitaria a perda de tempo com a produção de provas impertinentes ou irrelevantes.⁹⁹¹ E podemos acrescentar que o expediente facilitaria também o diálogo aberto no processo, rareando as situações de surpresa das partes. É de ser imaginar, no entanto, que a maneira clara e precisa como o art. 357 do CPC/15 ordena a delimitação do tema de prova já deveria suprir essa questão.

A comunidade jurídica costuma não enxergar problema em decisões surpresa, e isso se deve em grande parte à grande confiança que historicamente foi depositada na *jurisdição* como polo metodológico de concentração de poder no processo.⁹⁹² O compromisso da instrumentalidade com a efetividade atribula a fundamentação e a colaboração no processo. Centrando a atividade processual no poder da jurisdição, legou-se no Brasil uma cultura que confundiu a cooperação do juiz com uma suposta falta de parcialidade – vez que se estaria “adiantando um posicionamento”. Nega-se, aí o essencial caráter dialógico da decisão judicial.⁹⁹³ Por isso mesmo, o contraditório deve ser a palavra de ordem quando se fala de provas e de presunções.

E mais: o fato de que a argumentação das partes pode muitas vezes ser recheada de falácias e entimemas não significa que o risco seja maior quando a interferência de um eixo central e neutro (=o juiz) for menor. A exaltação da jurisdição como polo metodológico do processo não é argumento suficiente para justificar a hipertrofia dos poderes judiciais e a subjugação das faculdades das partes. Ao menos, não a ponto de sacrificar o contraditório em nome do convencimento. Não obstante, veja-se o seguinte trecho:

⁹⁹¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do julgamento antecipado da causa*, cit., p. 74.

⁹⁹² “Os juízes brasileiros estudaram o processo civil ensinado pela metodologia instrumentalista. Formaram-se acreditando na jurisdição ocular, que diz o direito pela suficiência de seu próprio poder. O processo civil ensinado pelo viés da jurisdição propiciou não somente essa concepção de poder, como a própria dominação, porque os usuários do processo consentem e aceitam como natural a emissão de decisões para as quais não participem, nem ao menos colaborem” (ATAÍDE Jr, Vicente de Paula. A interpretação das decisões judiciais. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 381).

⁹⁹³ “Uma teoria filosófica da justiça encontra, assim, a sua primeira pedra na asserção segundo a qual o eu só constitui sua identidade numa estrutura relacionada, que faz prevalecer a dimensão dialógica sobre a dimensão monológica que um pensamento herdeiro da grande tradição reflexiva seria tentado a privilegiar” (RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Piaget, 1995, p. 12).

A tendência à atenuação do formalismo e a preocupação crescente com a máxima verossimilhança possível da verdade apurada no processo conduzem a [...] aproveitamento dos fatos notórios e a aplicação das regras de experiência. A fonte do convencimento judicial, em tais situações, acha-se fora dos autos e neles não chega a penetrar senão quando da fundamentação do julgado, por iniciativa do juiz e independentemente de prévia submissão ao exame das partes.⁹⁹⁴

O discurso de rejeição ao extremo formalismo – com o qual esta tese concorda – é facilmente ressignificado para se falar qualquer coisa a respeito da “verdade”, supostamente atingível por um julgador neutro, de posse de um saber prudente e racionalizado. Daí a estética do argumento, que tenta seduzir através de uma lógica que, como já vimos nos primeiros tópicos do presente trabalho, não merece prevalecer. Afinal, a que custo se busca a verdade, rejeitando até mesmo o contraditório?

Até mesmo pontos que não sejam controvertidos podem eventualmente necessitar de contraditório, especialmente quando seu conhecimento puder ser realizado oficiosamente. É o caso dos fatos notórios, que dispensam prova (art. 374, I, do CPC) para ingressarem nos autos, mas cuja notoriedade em si pode ser questionada pelas partes, como foi tratado em tópico específico.

É de se considerar, também, que a revelação das presunções somente quando da sentença, deslocado o momento de impugnação para os recursos à segunda instância, quase certamente implicará *mais atos processuais necessários*, e sem dúvida uma maior carga de trabalho aos já atolados tribunais de justiça. A colaboração na produção de provas, que depende em grande parte de uma fase de saneamento bem feita, leva a um menor número de atos processuais e, portanto, privilegia inclusive a *eficiência*, tão cara aos olhos da instrumentalidade. E se, novamente, as presunções alteram os ônus de prova, é importante lembrar que a distribuição antecipada, com francas oportunidades de produção probatória sobre tudo o que for conteúdo da decisão, é um estímulo à colaboração.⁹⁹⁵

Para concluir, diga-se então que as presunções – meios de atribuição de eficácia probatória que são – devem receber tratamento idêntico ao das provas “diretas”, tanto na sua produção quando na valoração: os fatos controvertidos e os que ainda não foram suficientemente provados serão elencados na decisão de saneamento, e as partes devem indicar de que forma querem provar cada fato. Quando houver fatos que serão considerados após raciocínios presuntivos que partem de provas sobre outros fatos, a situação deve ser exposta às

⁹⁹⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Fatos notórios e máximas de experiência*, cit., p. 3.

⁹⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 140.

partes, para que da mesma maneira possam produzir provas e contraprovas; seja sobre os fatos presuntivos (e não mais sobre os que serão presumidos), seja sobre a relação entre fatos (para justificar a aplicação ou não da presunção).

O não cumprimento desta exigência deve levar à nulidade da decisão de saneamento, e igualmente da sentença, que terá violado os arts. 9^a e 10 do CPC.

6.3. A dinâmica das regras de experiência em juízo

Há alguns momentos ou situações em que as presunções (e assim também as regras de experiência) ingressam no discurso judicial. A primeira delas é se na fase postulatória alguma das partes invoca a aplicação de um raciocínio presuntivo. Nessa hipótese, a parte explicita o fato-base, o fato a ser presumido, e demonstra qual a relação entre eles. “À contraparte abrem-se três possibilidades: a prova da inexistência do fato-base, a prova da inexistência do fato presumido e a demonstração de que entre eles não existe um nexo lógico”.⁹⁹⁶

Em primeiro lugar, a parte prejudicada pode desdizer a própria regra da experiência, demonstrando que não se trata de uma generalização válida. Além disso, pode ser feito um juízo de *distinção*, quando o fato que serve de base à presunção não pertence à categoria de fatos abrangidas pela máxima utilizada.⁹⁹⁷ Em muito esta última hipótese se assemelha ao *distinguishing*, frequentemente discutido em tema de precedentes judiciais. Por fim, pode a parte voltar-se contra a presunção em si; por mais que a regra da experiência seja aplicável ao fato conhecido, dele não se extrai o fato presumido, por circunstâncias particulares ou especificidades do caso concreto.⁹⁹⁸

O segundo momento em que uma máxima ou uma presunção podem surgir no feito é semelhante ao primeiro, porém ocorre durante⁹⁹⁹ ou após a instrução probatória. Difere apenas

⁹⁹⁶ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 299.

⁹⁹⁷ “A parte a quem a regra de experiência prejudica não põe em causa a sua verdade, mas demonstra que, ainda que verdadeira, consiste em demonstrar que os factos-base da presunção judicial não se subsumem à regra de experiência” TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 300).

⁹⁹⁸ HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 767; BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 358.

⁹⁹⁹ “Uma vez que as regras de experiência resultam de casos concretos, existe a possibilidade de a verdade da regra de experiência não notória alegada pela parte ser demonstrada no processo com base nos juízos particulares resultantes da prova testemunhal, desde que estes permitam estabelecer o caráter reiterado da especial associação entre os fatos narrados pelas testemunhas e pelas partes” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 295).

pois ao juiz interessado em enfrentar questão da presunção (para acatá-la ou rejeitá-la) é imposto o dever de intimação da parte que porventura será prejudicada pela inferência (art. 10, do CPC), como vimos no tópico sobre o saneamento do feito.

Por fim, há as presunções oficiosas, talvez mais comuns que as demais. Parece-nos que aqui, com muito mais propriedade, fala-se de uma decisão surpresa nos termos do art. 10 do CPC, caso as partes não sejam ouvidas previamente a respeito. É um nítido exemplo de *novidade no debate processual*. Nesse caso, o curso normal das coisas é que a parte prejudicada contestaria a presunção apenas em sede de recurso. Seria exigido aí que os litigantes atuassem preventivamente, imaginando quais fatos poderiam dar azo a quais inferências sobre outros fatos, o que é no mínimo fantasioso. Como diz Ronaldo Souza Borges:

“É preciso que ela [a parte] tenha efetiva oportunidade de manifestação nos autos sobre a potencialidade probante dos fatos advindos da instrução processual, inclusive sobre as conclusões que os fatos instrumentais, em tese, admitem quanto aos fatos principais da causa. Nomeadamente diante da possibilidade de conhecimento oficioso de um fato (instrumental) que não tenha sido alegado na fase de articulados”.¹⁰⁰⁰

Como já vimos, é imprescindível que às partes seja dada a oportunidade de manifestação sobre possíveis raciocínios presuntivos que deem por provado ou não provado um determinado fato. E, no entanto, a situação é bastante complexa, na medida em que muito frequentemente o juízo sobre quais fatos estão ou não provados, e quais podem ser bem atestados através de presunções, é feito apenas *após a instrução processual*, o que implicaria o acréscimo de um ato processual de intimação das partes, antes da tomada final da decisão.¹⁰⁰¹

Muito embora a solução pareça atravancar o trâmite processual, é mais saudável do que admitir a alternativa, de conformar-se com a sentença que pela primeira vez introduz um fundamento (a presunção) no caso. Fosse assim, as partes recorreriam a respeito de algo que, até então, sequer tiveram a oportunidade de debater, e a segunda instância será o único espaço de discussão sobre esta fatia do acerto dos fatos.

Deve ser abordada, quanto ao tema, a questão da preclusão das matérias alegadas ou alegáveis em sede de saneamento. Pela literalidade do CPC, aquilo que restar decidido após os pedidos de esclarecimentos das partes *torna-se estável* (art. 357, §1º). Isso equivaleria a dizer

¹⁰⁰⁰ BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 300.

¹⁰⁰¹ Helena Cabrita lembra que essa oportunidade precisa ocorrer antes de encerrada a discussão do caso: “Contudo, esta solução obriga a que o tribunal pondere o aproveitamento dos factos complementares ou concretizadores em momento anterior ao encerramento da discussão, o que se traduzirá numa tarefa acrescida, pois muitas vezes é apenas quando da elaboração da decisão da matéria de facto que o tribunal se debruça sobre a factualidade que deverá ser objeto de apreciação e qual é de considerar provada ou não provada” (CABRITA, Helena. *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, cit., p. 100).

que a omissão das partes e do juiz em delimitar fatos que são tema de prova (como ordena o art. 357, I) preclui sua inclusão na decisão? E se sim, essa conclusão abrange também as presunções judiciais?

A resposta, nos parece, depende da maneira como a presunção ingressa no caso. Como já vimos neste trabalho, a omissão das partes é (=deve ser) também uma atitude probatória consciente, tendo em vista os riscos calculados que decorrem da aplicação dos ônus de prova. Sendo assim, se na fase postulatória autor ou réu veicularem a necessidade de que determinado fato seja presumido a partir de outro, a falha da parte contrária em enfrentar o ponto não lhe permitirá outra oportunidade para tanto. A presunção alegada por uma das partes, não questionada pela outra, não é ponto controvertido, e não necessariamente integrará o tema de prova (arts. 357, II; e 374, III, do CPC), se o fato-base da presunção já tiver sido provado. Já, por óbvio, se a parte prejudicada houver impugnado o fato-base, o fato presumido, ou a relação entre os dois, é imprescindível que a decisão de saneamento faça constar a questão como objeto de prova na fase instrutória.

As situações nas quais uma inferência passa a ser possível apenas após a produção de determinada prova parecem representar uma exceção à regra da *estabilidade* do art. 357, §1º, do CPC. Pela natureza essencialmente dinâmica da instrução processual, é possível que o modo de ser de um fato provado abra novas possibilidades cognitivas, tanto ao juiz quanto às partes, que só então visualizarão uma relação narrativa entre a prova e outro fato a ser presumido. A resposta que facilita a estruturação da proposta que aqui vem sendo feita é, simplesmente, permitir que um fato não provado seja presumido a partir de fatos provados mesmo após a decisão de saneamento, desde que o juiz permita às partes todas as faculdades que teriam caso o mesmo tivesse ocorrido no momento adequado. Isto é: a parte que assume o ônus de provar contrariamente ao fato presumido poderá requerer todas espécies de provas, e de certa forma a fase de saneamento terá sido prolongada. O importante, parece, é respeitar os arts. 9º e 10, e tomar o cuidado de não atropelar o procedimento antes da prolação da decisão de mérito. Impedir que tal presunção opere (mediante a abertura do contraditório, claro) por apego ao procedimento formal da fase instrutória parece demasiado apego ao formalismo. Assim, não há

obstáculo a que uma nova decisão, de natureza saneadora, seja proferida, incluindo a presunção como tema da prova e possibilitando às partes que se movimentem em relação a ela.¹⁰⁰²

O que, por outro lado, não pode ocorrer, é que a presunção não tenha sido requerida pelas partes, tampouco antecipada pelo juiz a elas, e mesmo assim sirva de fundamento à decisão. Não tendo sido alvo de discussão nos autos, a presunção deve ficar de fora da sentença. E isso, veja-se bem, não implica uma decisão que “fuja da verdade”, ou “incompleta”.¹⁰⁰³ Concordar com o isso implicaria dizer que contar a história do caso sem fazer menção à máxima de experiência seria contar uma história incompleta. Como se a regra não entrasse em cena para facilitar a coerência narrativa, mas sim como condição de possibilidade da validade de um determinado raciocínio. Isso absolutamente não é verdade. Se há várias formas de narrar o caso, nem todas elas necessitam da regra de experiência para serem satisfatórias.

6.3. A fundamentação da decisão que presume, e o controle das presunções na fundamentação

Para encerrar este capítulo e abrir espaço para a conclusão da presente tese, cabe dizer algumas palavras a respeito de como devem – e como não devem – ser fundamentadas as decisões nas quais um fato tem sua existência, inexistência, ou modo de ser constatado através de uma presunção judicial. Afinal é apenas na justificação que atestaremos se a decisão é *legítima*.¹⁰⁰⁴ Também precisaremos dar atenção aos argumentos que escondem, em si, presunções, embora não aparentemente, e merecem ser controlados pelas partes.

Antes de tudo, e apenas como complemento ao que foi dito no capítulo 2 desta tese, lembre-se de que a decisão judicial não é o resultado de um silogismo, ou de qualquer outro procedimento metodológico racional. O silogismo é, em verdade, uma forma posterior de

¹⁰⁰² Sobre a possibilidade de “novas decisões” de saneamento, ainda na vigência do CPC/1973: SILVA, Flavio Pâncaro da. O saneamento do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 228.

¹⁰⁰³ É o que diz, por exemplo, o seguinte trecho: “Se o juiz não conhecer uma regra de experiência notória e esta não for alegada pelas partes, sucede a sua desconsideração na apreciação da causa, a sua não utilização na fundamentação da sentença e, no limite, o proferimento de uma decisão incorreta perante a factualidade apresentada em litígio. Quando tal suceda, a parte a quem a consideração da regra de experiência aproveita pode arguir a nulidade da sentença ou recorrer da decisão” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*, cit., p. 278).

¹⁰⁰⁴ “A legitimidade do magistrado é um *a posteriori*, é na medida em que o magistrado edita normas, respeitando o devido processo legal. [...] A legitimidade do magistrado resultada da sua decisão, respeitando o processo de produção dessa sentença, e o conteúdo que essa sentença deve ter” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional de fundamentação das decisões. Ensaios e artigos*, vol. II. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 440).

enquadrar a decisão. E se isso é verdade para os juízos a respeito da aplicação do direito, é ainda mais relevante quando falamos do acerto dos fatos. O método subsuntivo, embora permaneça vivo e seja reproduzido por parte da doutrina e da jurisprudência, precisa ser urgentemente posto em seu devido lugar, de discurso *a posteriori* que conforma o processo (não necessariamente racional) de compreensão e o reduz a esquemas da lógica formal.¹⁰⁰⁵ É o próprio Sherlock Holmes, personagem da introdução deste trabalho, que nos lembra, afinal, que “dedução é raciocinar de trás para frente”.¹⁰⁰⁶ Em outras palavras, o silogismo apresenta os resultados do raciocínio, mas “não tem nada que ver com a operação do raciocínio”.¹⁰⁰⁷

Em especial se percebermos que a justificação em formato silogístico se constrói *posteriormente* à verdadeira tomada de decisão, teremos de reforçar o papel da narratividade e da demonstração da *tentativa e erro* circular no momento da fundamentação. As impressões que o julgador teve, e que se mostrarem equivocadas, dando origem a outras hipóteses, que por sua vez serão testadas e refutadas, até que se encontre a mais adequada, devem fazer parte da decisão escrita. Isso constitui o que, no início da presente tese, foi exposto como *inferência para a melhor explicação*, ou *abdução*.¹⁰⁰⁸ A exposição do julgador às hipóteses testadas e rejeitadas, e os motivos da dita rejeição, contribuem para algo que pode ser chamado de *sinceridade*, ou *franqueza*, no momento justificativo. Isso não implica chamar de insinceros alguns julgadores, mas sim encorajá-los a demonstrar, na decisão a correspondência entre as suas crenças sobre o caso e o conteúdo do julgamento. Em outras palavras, a sinceridade exige que o juiz diga no que crê, de forma intencional, como maneira de evitar motivações *a posteriori* baseadas em argumentos de autoridade e em truísmos com pouca legitimidade.¹⁰⁰⁹

O mesmo vale para o que foi dito no capítulo 5 sobre as regras da experiência, que comumente são enxergadas como instrumentos silogísticos que em tese auxiliam a interpretação de um fato. Aí reside o equívoco de abordagem que decorre das crenças dogmáticas do início do século XX (como a necessidade de completude do sistema e o apego à conceituação abstrata como detentora de verdades essenciais). Inferências causais existem, e

¹⁰⁰⁵ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 185; CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 247.

¹⁰⁰⁶ DOYLE, Arthur Conan. *A study in scarlet*, cit., capítulo 7.

¹⁰⁰⁷ DEWEY, John. *Logical method and the law*, cit., p. 22.

¹⁰⁰⁸ Sobre a abdução como técnica de valoração probatória: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, cit., p. 244.

¹⁰⁰⁹ SCHWARTZMAN, Micah. Judicial Sincerity. *Virginia Law Review*, Vol. 94, No. 4 (Jun., 2008), pp. 994 e ss.

podem ser avaliadas por justificativas discursivas várias. Isso não significa que é preciso lançar mão de abstrações como as máximas de experiência, como se fossem um elemento de legitimação da valoração probatória. A prova se valora narrativamente, e a legitimidade, como em qualquer outro ponto da fundamentação da decisão, reside no seu conteúdo, não no preenchimento de determinadas fórmulas de racionalidade.

O TJSP, por exemplo, tem o seguinte julgado: “As regras da experiência demonstram que bens móveis, do tipo computador, oferecidos à penhora pelos executados, não são de fácil alienação”.¹⁰¹⁰ A decisão não menciona *quais regras da experiência*; invoca-as todas, juntas, como se fosse desnecessário identificá-las. Algo como: “o repertório experiencial de qualquer indivíduo indica que...”. Aí o recurso ao conteúdo do art. 375 do CPC não traz credibilidade alguma para o caso.

Parece bastante claro que a real interessada no conteúdo da fundamentação da decisão seja a parte prejudicada, e não quem obteve o que buscou. Daí porque, a fim de permitir a recorribilidade, é imprescindível que as hipóteses rejeitadas constem expressamente da sentença,¹⁰¹¹ inclusive e especialmente em matéria de provas. Os fatos que não foram provados precisam assim ser definidos, e os que o foram, mas sucumbem diante de outras provas mais contundentes, devem ter sua valoração explicitada.¹⁰¹² O mesmo vale para as regras da experiência que estiverem em jogo como fundamentos legitimantes de uma presunção. Tanto a utilização da máxima quanto a sua rejeição devem ser discursivamente justificadas na decisão. Quais são os motivos que autorizam o uso da regra? Por que o caso se relaciona com a regra? Quais razões contrárias à utilização da regra são refutáveis? Tudo isso precisa ser respondido pela sentença, lembrando da insuficiência de referências genéricas a regras de causalidade, racionalidade, ou à suposta busca pela verdade (como vimos nos capítulos 1 2 e 3, respectivamente). Igualmente, a menção de “convencimento”, ou a exaltação do papel “ativo” do juiz, não são por si só argumentos legítimos na presunção (capítulo 4).

¹⁰¹⁰ TJSP; Agravo de Instrumento 0000886-97.2003.8.26.0000; Relator (a): Artur Marques; Órgão Julgador: 11a. Câmara do Sexto Grupo (Extinto 2º TAC); Foro de São Carlos - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/09/2003; Data de Registro: 02/10/2003.

¹⁰¹¹ O tema da fundamentação voltada para a parte sucumbente foi abordado com detalhes em: SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015. Para evitar a repetição de ideias, reporta-se o leitor àquela obra.

¹⁰¹² MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 223; GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, cit., 150; BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 314.

Sobre isso, veja-se que de acordo com o CPC, não há uma “ordem” a ser seguida na fundamentação dos fatos. É a narrativa do julgador quem comanda a sequência de argumentos utilizados. Algo diverso ocorre, por exemplo, em Portugal, onde o art. 607, 4, do código processual civil estipula o seguinte:

Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraíndo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.

Em um primeiro momento, portanto, o juiz indica os fatos provados e os não provados e, subsequentemente, analisa criticamente a prova dos autos. Apenas posteriormente à valoração, o julgador justifica em quais provas baseia-se a sua decisão.¹⁰¹³ A doutrina portuguesa, com razão, questiona se fatos tidos por irrelevantes, inconclusivos, ou meramente instrumentais, devem sempre constar da sentença. A resposta é afirmativa, já que apenas desta forma as partes poderão compreender a razão pela qual determinados fatos não foram incluídos nos motivos da decisão.¹⁰¹⁴

O texto do CPC português pode nos dar boas pistas sobre como proceder, no Brasil. A obrigação de explanar quais foram as ilações e inferências extraídas dos fatos instrumentais é muito saudável. É de se cogitar, inclusive, que os fatos que foram presumidos (e, portanto, não provados, mas tidos por provados) devam constar do elenco inicial, em uma categoria à parte: a) fatos provados; b) fatos não provados; c) fatos presumidos, e por isso *tidos por provados*. Apenas assim a distribuição dos ônus de prova como regra de julgamento será bem delineada e permitirá o controle da decisão.

Adiante na valoração, a decisão precisa ser redigida de forma que sua mera leitura já deixe claro quais meios de prova serviram para considerar provados ou não provados cada um dos fatos relevantes (essenciais ou não) do caso. Ademais, não parece haver diferença ontológica entre a decisão a respeito de fatos essenciais e fatos instrumentais. Se tanto, o maior ônus argumentativo seria em relação aos instrumentais, uma vez que sua pertinência ao objeto da prova precisaria ser mais bem delineada. Estes sim, por não serem diretamente conectados ao objeto do processo, exigem cuidado redobrado. Assim, as presunções judiciais merecem uma

¹⁰¹³ CABRITA, Helena. *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, cit., p. 75.

¹⁰¹⁴ DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. *Revista de Processo*, vol. 107. São Paulo: RT, jul-set/2002, p. 107.

fundamentação específica, tanto para destacar que se trata mesmo de um raciocínio inferencial sobre um fato não conhecido,¹⁰¹⁵ quanto para justificar qual a relação entre o fato conhecido e o ignorado (presumido) que autoriza a presunção em si.¹⁰¹⁶

6.3.1. A valoração das provas e os fatos presumidos

Já foram bem exploradas nesta tese as questões relativas aos critérios que dão por provado um determinado fato. Sabemos que não é tido por provado o fato que “é verdade”, tampouco aquele do qual o juiz “se convence”, ou do qual ele “tem certeza”. Aliás, estes conceitos de convicção, veracidade, e certeza, têm sido confundidos e mal definidos pela doutrina, a ponto de não representarem pilares seguros onde apoiar argumentos em um discurso jurídico. Em uma primeira parada, podemos tomar como premissa que, se nunca podemos chegar à verdade, mas apenas afirmar que não a encontramos, dizer que algo está provado equivale à impossibilidade de afirmar a sua falibilidade.¹⁰¹⁷

Em outras palavras, dizer que um fato está provado – e, analogamente, dizer que algo pode ser presumido – equivale a demonstrar que há suficientes argumentos que suportam a hipótese que fala sobre este fato.¹⁰¹⁸ Isso implica a exaltação das razões que corroboram a hipótese, mas também, como vimos, a refutação das razões que em tese o infirmariam. Novamente, voltamos ao movimento *abduutivo* de raciocínio.

Sabe-se que a presunção judicial é aquela pela qual o juiz dá como existente um grau de probabilidade (=propensão) suficiente para que um fato seja considerado como ocorrido.¹⁰¹⁹ Dito isto, precisamos nos perguntar se é válido falar sobre *standards* probatórios

¹⁰¹⁵ “O uso encapotado das presunções judiciais, sob a capa de prova testemunhal, documental ou pericial, desvirtua a fundamentação das decisões judiciais. [...] Não propicia às partes uma efetiva possibilidade de controle. [...] Como é possível às partes a análise da correção do emprego de uma presunção se nada é dito atestando sua utilização?” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 322).

¹⁰¹⁶ “Toda decisão judiciária constitutiva de direitos e deveres com base em presunção deve fazer constarem, em termos expressos, e ainda que de modo conciso, os fundamentos de fato e de direito que motivaram o juiz a presumir no caso concreto. A motivação dos atos que instituem as presunções pelo aplicador se encontra como fundamento de fato e lugar por excelência que se confirma ou infirma o valor prático inerente a toda norma presumtiva” (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*, cit., p. 711).

¹⁰¹⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 21.

¹⁰¹⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 36. Nossa única divergência em relação à ideia de Beltrán está na conclusão de que, dado esse cenário, poderíamos dizer que o fato provado “é verdade”, ou ao menos deveríamos buscar a confirmação dessa veracidade. Como já foi possível ver no terceiro capítulo desta tese, o total abandono do critério “verdade” não prejudica a conclusão sobre a prova de um fato.

¹⁰¹⁹ SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*, cit., p. 203/206.

em matéria de presunção, já que, como vimos, as presunções admitidamente *não são provas*, mas raciocínios que autorizam a conclusão de que um fato pode ser *tido por provado*. A presunção existe justamente na falta de provas.¹⁰²⁰ E no entanto, uma vez presumido, o fato se comporta como outros fatos provados, e deve ser submetido à valoração em conjunto com os demais fatos do caso. A doutrina norte-americana, sobre o tema, tende a concluir que o *ônus de persuasão* – que corresponde ao preenchimento do nível de comprovação exigido pelo *standard* aplicável ao caso – é intimamente ligado às presunções.¹⁰²¹ E de fato, o valor da prova depende da aferição da força do argumento probatório, o que no caso da presunção inclui verificar a força das premissas e a natureza da relação entre fato conhecido e fato desconhecido. A valoração da presunção, então, é o próprio tema da presunção.¹⁰²² Passemos a ver, mesmo que de forma breve, sobre isto.

Deve ficar bem claro, antes de tudo, que o tema dos *standards* de prova é absolutamente escasso e de pouca aplicação no Brasil,¹⁰²³ de modo que seria ingênuo propor soluções para a valoração das presunções, e mais ainda analisar a jurisprudência a respeito, tendo por base qualquer *standard*. No entanto, como regra geral em casos cíveis, podemos aplicar o conceito básico de que as provas a favor de uma determinada hipótese devem ser mais plausíveis do que todas as provas que direta ou indiretamente a contradigam. Algo que os norte-americanos chamariam de *more likely than not*, e que sob critérios Bayesianos significaria qualquer resultado maior do que 0.5 (cinquenta por cento), em um hipotético juízo entre a total impossibilidade e a completa certeza de ocorrência ou do modo de ser do fato.¹⁰²⁴

¹⁰²⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 2, cit., p. 693.

¹⁰²¹ ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los limites del análisis jurídico. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, cit., p. 47.

¹⁰²² LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*, vol. V, cit., p. 170; ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, cit., p. 198. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 2., cit., p. 694; MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, cit., p. 204; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 331.

¹⁰²³ Dizendo o mesmo sobre a Itália, a Espanha, e a França, e concluindo que o *standard* é definido casuisticamente pelo juiz no momento da decisão: TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*, cit., p. 669. O mesmo se vê, sobre o Brasil, em: BALTAZAR JR., José Augusto. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

¹⁰²⁴ Mesmo na doutrina norte-americana não há consenso sobre quais valores percentuais representariam outros standards probatórios, como a exigência de prova “clara e convincente” em determinados casos cíveis, e a de prova “além da dúvida razoável” em casos criminais: PARDO, Michael; ALLEN, Ronald. *Judicial proof and the best explanation*, cit., p. 240. Ademais, a linguagem utilizada para falar em standards de prova é ainda muito vaga, floreada, e pouco pragmática, o que pode gerar mais inconvenientes que soluções: McBaine, J. P. *Burden of proof: degrees of proof*, cit., p. 258.

Assim, será suficiente a presunção que tenha mais força probatória que as hipóteses que lhe são concorrentes. A questão se estreita, então, para definir onde reside a averiguação da força probatória de uma presunção. Como interpretamos a plausibilidade de uma presunção?

Dando continuidade ao que foi dito no primeiro capítulo deste trabalho, repita-se que a interpretação dos fatos do caso dá-se de forma *conjunta*, através da criação de uma narrativa que dê conta de explicar a coerência das versões das partes e identificar qual a mais adequada. É no curso da narrativa que serão identificadas as hipóteses adequadas e descartadas as que não apresentam plausibilidade. No entanto, o *story model* não é incompatível com a – e, pelo contrário, beneficia-se da – análise *individualizada* dos fatos, relacionados com as razões pelas quais foram considerados provados ou não provados.¹⁰²⁵ Isto é: ainda que compreendamos o caso a partir das histórias que contamos a respeito, cada prova e cada fato merecem igual atenção. Daí concluirmos que a construção da narrativa não é, por si só, suficiente.¹⁰²⁶ Aliás, o mau uso modelo do *story model* pode levar a uma consequência perniciosa justamente nesse sentido: a introdução de uma determinada prova que corrobore uma versão narrativa que até então *aparentemente* seja coerente apenas contribui para a suposta coerência do que é narrado, por mais que uma análise individualizada dos fatos provados não leve a essa mesma conclusão. Daniel Kahneman nos lembra, quanto a isso, que o sistema 1 suprime ambiguidades e se apressa na construção de histórias coerentes que, se não forem desaprovadas pelo sistema 2 imediatamente, tendem a serem confirmadas pelo intérprete até se transformarem em verdade.¹⁰²⁷ Pode haver, assim, uma supervalorização das provas que favorecem o relato.¹⁰²⁸

Com isso em mente, há situações em que devemos admitir estar diante de um paradoxo na análise de uma das versões de fatos presentes em um caso concreto. Aceitamos a veracidade ou a credibilidade de cada um dos elementos (fatos) narrados, mas não nos deixamos convencer pelo conjunto da narrativa. Charles Nesson, em artigo sobre o tema, oferece a hipótese que esta tese adotará como premissa a respeito da questão:

¹⁰²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 334/336.

¹⁰²⁶ “A representação da valoração dos dados probatórios em termos globais, em virtude de sua coerência explicativa ou ajuste com a narração fática, não inclui o exame crítico da qualidade epistêmica de cada elemento de prova. Nada garante, por conseguinte, que as potenciais fontes de dúvida, referidas em sua credibilidade ou na solidez das generalizações empíricas [...] sejam devidamente consideradas” (ACCATINO, Daniela. *La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales. Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Bogotá: Andrés Páez, 2015, p. 76); AROCA, Juan Montero. *Prueba y proceso civil*, cit., p. 187/188.

¹⁰²⁷ KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar, cit., p. 145.

¹⁰²⁸ SIMON, Dan. A third view of the black box: *Cognitive coherence in legal decision making*. The University of Chicago Law Review, 71, 2004, p. 522.

Para resolver este paradoxo, devemos reconhecer que aceitar uma narrativa história não é questão de julgá-la mais provável que improvável. A narrativa não precisa ser melhor que a sua negação. Precisamos reconhecer que a negação é incoerente – pois não apresenta uma versão histórica alternativa à narrativa analisada. A narrativa precisa apenas ser a versão mais crível de cada elemento constituinte da história, constituindo uma versão que mais provável que todas as outras possíveis combinações dos eventos.¹⁰²⁹

De um lado, sabemos que a plausibilidade explicativa de um relato é uma função de sua consistência, simplicidade, extensão (capacidade de explicar mais e diferentes tipos de fatos) e coerência (concordância com o background de conhecimentos do julgador). Tratam-se de critérios que são sopesados reciprocamente, sem que exista uma fórmula para a sua combinação. A atomização (análise individual de cada prova), por outro lado, é necessária em primeiro lugar porque a conexão indutiva que surge a partir de uma generalização empírica só pode ser analisada se for examinada uma proposição singular, individualmente. E em segundo lugar, a diferenciação analítica das proposições probatórias é o que garante que cada um dos elementos do caso tenham sido analisados, e não relevados.¹⁰³⁰

E aí as presunções merecem especial atenção. Diz-se isso pois a fundamentação correta de um fato presumido envolve: a) a demonstração do fato-base; b) a justificação do salto inferencial, seja com base em razões de probabilidade epistêmica, sejam outros motivos;¹⁰³¹ e c) a motivação da pertinência do fato presumido ao caso concreto.

Concluindo, temos que a força da presunção depende, em primeiro lugar, do movimento de *analogia* que a justifica. Qual é o fundamento que legitima o raciocínio presuntivo? Se for a ocorrência, no passado, de casos similares, estes precisam ser abordados; se for a noção generalizada de que é desta ou daquela forma que sucedem ordinariamente os fatos na natureza, o tema precisa ser contextualizado; se se tratar de uma estatística matemática, os números precisam ser discursivamente demonstrados. Enfim, o *salto* entre fato conhecido e fato presumido, que se dá a partir de *generalizações* de toda sorte, deve ser abordado expressa e detalhadamente.

¹⁰²⁹ NESSON, Charles. The evidence or the event? On juridical proof and the acceptability of verdicts, cit., p. 1.389 – tradução livre.

¹⁰³⁰ ACCATINO, Daniela. *La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales*, cit., p. 73/77; Também: AMAYA, Amalia. Coherence, evidence, and legal proof. *Legal Theory*, n. 19, 2013, p. 19; GRIFFIN, Lisa K. Narrative, truth and trial. *The Georgetown Law Journal*, n. 101, 2003, p. 312.

¹⁰³¹ “Na valoração da prova indiciária, o ponto que verdadeiramente se revela como mais problemático consiste no salto inferencial do fato-base ao fato presumido” (BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, cit., p. 352). Também: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 334.

Voltemos ao que foi dito no capítulo sobre analogia (2.3.4): o controle da presunção depende de um fundamento justificativo da igualação buscada – o que, na terminologia de Scott Brewer, é chamado de *analogy warranting rationale*. A função desse fundamento, que deve estar exposto na decisão, é justificar o porquê, aos olhos do direito, as características do fato presumido são equiparáveis às de fatos passados semelhantes, a ponto de permitir o salto inferencial a partir do fato base. E a medida de comparação não pode permanecer como um *entimema*, oculta no raciocínio judicial; deve ser expressada e permitir seu controle.¹⁰³²

Em segundo lugar deve o julgador, em exercício abdutivo, determinar qual seria a consequência do não estabelecimento da presunção. Isto é, por exclusão justificar que é mais saudável presumir, que não presumir, no caso concreto. E neste momento é de especial importância lembrar o quão ilegítimas são as frases de efeito e os truísmos que parecem justificar conclusões, mas não passam de *blindagens* argumentativas, ou enunciados meramente performáticos.¹⁰³³ Em matéria de valoração probatória, são exemplos disso as referências genéricas ao “material probatório dos autos”, ou a valores abstratos como a “busca da verdade”, a “lógica”, a “relação causal” entre fatos, dentre outros.

Foi exaustivamente rebatido nesta tese o uso performático da causalidade e da racionalidade, como critérios de conexão entre fatos na história. Não se pode aceitar como válida a decisão que, para proceder a uma presunção – que é, lembre-se, excepcional –, apoia-se em argumentos genéricos e não pertinentes ao caso concreto. Passemos então às conclusões a respeito de tudo o que foi desenvolvido até aqui.

¹⁰³² BREWER, Scott. *Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*, cit., p. 1.012/1.016.

¹⁰³³ “O uso de frases e palavras sacramentais é um problema na medida em que os membros da comunidade jurídica creem que com a sua enunciação imediatamente a decisão passa a satisfazer as exigências da valoração probatória. Não é evidente, porém, que os juízes e advogados atribuam tal poder constitutivo à frase citada” (CORREA, Rodrigo Coloma; SAN JUAN, Claudio Agüero. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, cit., p. 676 – tradução livre).

7. Conclusão: critérios para inferências legítimas nas presunções judiciais

O caminho percorrido até aqui nos permite traçar algumas conclusões a título de recapitulação, para então propor hipóteses que podem servir como uma *criteriologia* no uso legítimo de presunções judiciais.

A primeira conclusão necessária é que o direito vive mergulhado na linguagem, não existindo independentemente dela. A nossa compreensão das histórias que são contadas no processo ocorre tendo a linguagem como condição de possibilidade. Assim, nada é sem linguagem. Os fatos de um caso não carregam consigo seu próprio significado: são os sujeitos do processo que o interpretam e, juntos, dialogicamente, constroem seu sentido em um determinado contexto. Versões de fato conflitantes, fatos incontroversos, fatos que levam a conclusões sobre outros fatos, tudo isso serve para a *coconstituição* hermenêutica do sentido.

Consequentemente, um evento da vida *não necessariamente implica* outro, abstratamente analisadas as coisas. A relação de causalidade entre dois ou mais fatos é mais uma criação do intérprete, em retrospectiva, do que uma qualidade intrínseca dos fatos em si mesmos. Daí porque demonstramos que o historiador, assim como o juiz no acerto dos fatos, não pode se deixar levar por uma ilusão *monumental* das narrativas do caso (item 1.2), enxergando progresso, ordem, cronologia, onde não há. A importância retórica do que é narrado pelas partes precisa ser entendida como tal: um emaranhado de eventos que não obrigatoriamente se conectam por laços causais ou de implicação. Os tópicos a respeito da dimensão *literária* do processo judicial (item 1.3) nos ajudam a entender este ponto.

Devemos, diante disso, pôr em evidência a dinâmica de funcionamento do conhecimento *racional*, para reconhecer suas limitações naturais. Pudemos perceber que, enquanto a razão e a ciência são importantíssimas ferramentas de organização e descrição da vida, a *racionalização*, como produto estético *a posteriori* da compreensão, pode ser inadequadamente inflada a ponto de achatar a complexidade da própria vida em nome do seu propósito sistematizador (item 2.2). É da natureza da ciência racional reunir o que é múltiplo sob o símbolo da unidade, e daí nascem os *conceitos*. E enquanto essa tarefa auxilia e conforta, ela deve ser encarada na sua própria função meramente organizacional. O ponto que fica das reflexões do capítulo 2 desta tese é a tomada de consciência sobre o risco de que o

conceitualismo sufoque a vida prática. Como bem resumiu Edgar Morin: “eu aceito a redução consciente de que ela é redução, e não a redução arrogante que acredita possuir a verdade”.¹⁰³⁴

Se há soluções igualmente racionais que apontam em sentidos opostos, isso demonstra que o próprio discurso da razão tem conflitos internos que não podem ser resolvidos racionalmente. O ponto importante é reconhecer que existe, sim, uma funcionalidade grande na lógica simplificadora, nas generalizações, e na substituição simbólica da realidade, mas admitir essa natural limitação compreensiva.¹⁰³⁵

Portanto, ainda que de forma limitada, a tradução da compreensão em termos lógicos é útil. Em especial para o tema da presente tese, vimos que a indução é um meio de prever (sem certezas) a ocorrência de um evento, a partir da crença na regularidade da ocorrência de eventos semelhantes passados. Tanto as generalizações indutivas – um sem-número imenso de corvos observados até aqui é preto, logo todos os corvos devem ser pretos – quanto as especificações indutivas – todos os corvos observados até aqui são pretos, logo o próximo corvo observado deve ser preto – se fiam na repetição e aceitam conscientemente o risco de apostar em características semelhantes observadas em objetos diversos entre si. Reunindo estas características é que se pode enquadrar a regularidade e, a partir dela presumir (item 2.3).

Aqui já podemos fazer uma parada para nos aproximar de um dos temas centrais da tese, que é a pergunta sobre a *probabilidade* de ocorrência de um evento não sabido, com base no conhecimento sobre a mesma ocorrência no passado. Devemos medir numericamente essa probabilidade? Pudemos perceber que na esmagadora maioria das situações não dispomos de dados precisos que nos auxiliem nessa tarefa.¹⁰³⁶ Vejamos o seguinte exemplo:

Hipótese muito conhecida é a presunção da culpa do motorista que abalroou outro veículo por trás: segundo o conhecimento das pessoas em geral, ordinariamente esse

¹⁰³⁴ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 102

¹⁰³⁵ ROCHA, Leonel Severo da. “Semiótica e desejo”. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (corrd.). *O poder das metáforas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 207. Igualmente, John Dewey nos lembra de que há uma grande diferença entre valorizar positivamente a regularidade e a segurança no direito, e disso concluir pela “absurda, pois impossível, proposição de que toda decisão deveria fluir necessariamente da lógica formal a partir de premissas conhecidas de antemão” (DEWEY, John. *Logical method and the law*, cit., p. 25 – tradução livre).

¹⁰³⁶ “Virtualmente não há estatísticas estáveis que possam ajudar as cortes a investigar um episódio humano. Uma testemunha suando significa que está sendo evasivo? Poderia ser que a testemunha está dizendo a verdade, mas apenas nervosa? Não fazer contato visual indica prevaricação ou, alternativamente, é sinal de respeito e boas maneiras para uma pessoa de certa cultura? A conclusão é óbvia. O acerto dos fatos foca predominantemente em ocorrências individuais. Na sua maioria, essas ocorrências constituem uma bagunça idiossincrática, e não um evento ordeiro e replicável, governado por leis estatísticas. Modelos matemáticos de inferência não podem ajudar as cortes a dar sentido a essas ocorrências” (ALLEN, Ronald; STEIN, Alex. *Evidence, probability, and the burden of proof*. *Arizona Law Review*, vol. 55, 2013, p. 601 – tradução livre).

modo de colidir é o resultado da desatenção do motorista de trás ou má conservação de freios e pneus (negligência), ou de sua incapacidade de deter o veículo a tempo (imperícia), ou de condutas inaceitáveis como a excessiva velocidade ou aproximação ao veículo da frente (imprudência).¹⁰³⁷

Quantos acidentes automobilísticos causados pelo motorista que vem por trás autoriza a criação de uma regra geral de presunção de que quem atinge o veículo da frente, em tese, tem culpa? As respostas filosóficas a esse tipo de questionamento costumam referir-se à *experiência*, como critério de definição daquilo que *costumeiramente* ocorre. Experiência, aqui, é tomada como o repertório de saberes que une uma comunidade e permite traçar conclusões a respeito da vida. A experiência funciona através de generalizações que fazemos a partir da observação dos fatos da vida ao longo do tempo (item 2.1.2). Reunimos eventos diversos em categorias comuns, selecionando características relevantes destes eventos e classificando-os de acordo com determinadas finalidades. E com isso, podemos falar em *analogia* como técnica de compreensão.

A presunção judicial, que é a inferência sobre um fato não sabido a partir de um fato sabido, opera frequentemente de forma analógica. Tomando-se como premissa (a partir da experiência) que em outras situações semelhantes, o mesmo fato sabido levou a uma determinada conclusão, pressupomos que este concreto fato sabido *deve levar também à mesma conclusão*. Equiparamos, em outras palavras, o caso concreto ao conjunto de casos passados de contornos similares. E para justificar essa igualação, devemos expor concretamente quais são os critérios que nos permitem encaixar a situação analisada como mais uma das hipóteses pertencentes ao grupo que serve como modelo, referência, paradigma da analogia. O movimento de comparação, então, depende sempre da explicitação dos porquês de se comparar um e outro objeto (itens 2.3.4 e 5.4).

A reunião dos processos cognitivos racionais e das abordagens narrativas a respeito do acerto dos fatos nos permite chegar a mais uma conclusão: o raciocínio probatório deve ocorrer na forma de uma *inferência para a melhor explicação*, ou *abdução*. Isso implica quatro etapas bem definidas: a) a listagem das hipóteses que podem satisfatoriamente descrever um fato a ser presumido; b) a definição de critérios para o ranqueamento das hipóteses mais e menos adequadas; c) a eleição, de acordo com esses critérios, da melhor hipótese; e e) a expressa e motivada rejeição das demais hipóteses (item 2.3.3).

¹⁰³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 144.

A inferência para a melhor explicação, que esta tese defende como modo adequado de raciocínio a respeito de hipóteses fáticas presumidas, pode ser bem enxergada através da ótica da narratividade literária. É o que Ronald Dworkin chama de “hipótese estética”: a interpretação literária de um texto é uma tentativa de demonstrar qual modo de lê-lo revela a melhor versão possível de si mesmo.¹⁰³⁸ Para tanto, Dworkin parte da premissa de que a teoria da interpretação de um texto judicial contém uma subteoria, que nos auxilia a enxergar o texto como uma obra de arte – e não como um mero documento. Aqui, voltamos ao que foi dito no primeiro capítulo da tese, para lembrar que o contar de histórias no processo judicial não deve, de fato, diferir do discurso da literatura. E por isso, a interpretação *literária* nos auxilia.

Por óbvio, Dworkin reconhece que o critério para a definição de o que é “boa arte” e o que é a “melhor versão possível” de um texto não é objetivo. A teoria interpretativa é portanto um abandono consciente da objetividade no sentido das coisas.¹⁰³⁹ E assim mesmo deve ser, pois, como já vimos repetidas vezes ao longo deste trabalho, os objetos não têm uma essência (um sentido) dado, à espera de revelação. É a construção do sentido que interessa em um caso concreto – e tanto o juiz quando cria a decisão interpreta, quanto o advogado, quando interpreta a decisão e busca seu controle, cria. Não há decisão jurídica sobre fatos que consiga demonstrar sua própria *verdade* (item 3.3), e assim também não haverá forma universalmente aceita de eleição da melhor hipótese fática em uma abdução. Nas palavras do autor: “não há, é claro, nenhum algoritmo para decidir se uma determinada interpretação é adequada o suficiente para não ser descartada”.¹⁰⁴⁰ A ideia é justificar que a versão dos fatos (aí incluídos os fatos presumidos) eleita pelo julgador é mais adequada do que todas as outras versões imaginadas para o caso.

Dito tudo isso, passemos a falar sobre as narrativas processuais em si. É muito comum que as histórias contadas pelas partes e pelo juiz se apresentem justamente como as histórias que são, e não em formatos que imediatamente se enquadrem nas expectativas formais criadas pela racionalidade. Rarissimamente enxergamos o conteúdo presuntivo de uma decisão, por exemplo, sem proceder a um destaque selecionado de trechos que não estão conectados diretamente no discurso judicial. Para reduzir uma série longa de parágrafos de fundamentação a um esquema “todo aquele que x deve também y”, é necessário um esforço analítico. E aqui

¹⁰³⁸ DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Critical Inquiry*, vol. 9. Chicago: University of Chicago Press, set/1982, p. 184.

¹⁰³⁹ DWORKIN, Ronald. Law as interpretation, cit., pp. 187.

¹⁰⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Law as interpretation, cit., pp. 197.

chegamos a outra conclusão importante: é tarefa do intérprete, antes, durante, e depois da decisão judicial, identificar pormenorizadamente quais fatos constatados são em verdade presunções que decorrem de inferências sobre fatos desconhecidos a partir de fatos provados.

Por esse motivo a tese falou de *entimemas* (item 2.3.1.1) que são argumentos que não são apresentados na sua forma lógica própria. No exemplo oferecido sobre o conjunto-imagem de produtos com embalagens semelhantes (item 5.3.1), no argumento de que é *sabido* que os produtos são organizados em supermercados de determinada forma¹⁰⁴¹ esconde-se uma regra geral que podemos supor ser algo como: “há um conhecimento generalizado de quem já frequentou um suficiente número de supermercados que permite concluir com grau satisfatório de certeza que ...”. Assim, por vezes não é imediatamente óbvio onde moram as presunções em um discurso judicial.

Muito frequentemente o sujeito que presume não consegue facilmente perceber essa dinâmica de funcionamento no próprio raciocínio. Há influência dos vieses cognitivos (item 1.1.5.) neste momento; parcelas de irracionalidade que inconscientemente penetram na compreensão e por vezes podem interferir nas nossas conclusões a respeito de uma configuração fática analisada. Há igualmente que se lembrar dos pré-conceitos que inafastavelmente fazem parte do intérprete, e que precisam ser *reconhecidos* para que a própria compreensão da inferência seja bem-feita. Somente o intérprete que sabe ser refém dos próprios preconceitos e do enviesamento cognitivo pode livrar-se legitimamente dessa sua condição.¹⁰⁴²

A fundamentação da decisão que contenha presunções, então, exige antes de tudo um mergulho do julgador nas próprias concepções, e em seguida um *distanciamento* de si mesmo como leitor do próprio discurso. Scott Brewer nos oferece uma alegoria interessante que auxilia o entendimento da tarefa do juiz ao justificar suas conclusões. Com base na escola de pensamento literário conhecida como “formalismo Russo”, o autor propõe que a arte (assim como o direito) opera um processo de “estranheza”, de “desfamiliarização” com o mundo

¹⁰⁴¹ “em que pese a possibilidade dos iogurtes serem agrupados por fabricantes, é *sabido* que também podem ser agrupados por tipo de iogurtes. [...] Nessa situação, é evidente que a identidade do conjunto visual das embalagens é apta a confundir o consumidor” (TJSP, Ap. Cível n. 0077960-09.2012.8.26.0100, 2ª Câ. Empres., Rel. Ricardo Negrão, j. 13.02.2017, fls. 1.883.)

¹⁰⁴² O professor Scott Brewer, nas aulas da disciplina *Evidence and Reason* da *Harvard Law School*, usa um exemplo interessante para ilustrar esse tema. Diz ele que um ciclista que pedala em uma ciclovia rumo a oeste, e observa ao longo do tempo um grande número de ciclistas pedalando na direção oposta, pode sentir-se tentado a presumir que “a grande maioria dos ciclistas deste local pedala rumo a leste”. Um observador externo, que está parado ao lado da ciclovia, consegue desdizer essa conclusão por saber que há um número ainda maior de ciclistas indo a oeste. O ciclista-observador não tem condições de chegar a essa conclusão simplesmente por não enxergar os demais, que estão ou muito à sua frente, ou atrás de si, pedalando em velocidades semelhantes.

cotidiano, através da sua análise mais profunda e detalhada. Um exame que não seria possível pela naturalização – isto é, pela aceitação tácita – de algumas premissas que estão latentes na observação de um objeto interpretado. A desfamiliarização parte da ideia de que embora a automatização de um objeto permita uma maior economia no esforço perceptivo, algo sempre se perde nesse propósito. Daí por que o propósito e o meio de atuação da arte sejam o de fazer com que os objetos se tornem não familiares. Em outras palavras “aumentar a dificuldade e a duração da percepção porque o processo de percepção é um fim estético em si mesmo e deve ser prolongado”.¹⁰⁴³

O conceito de desfamiliarização é um instrumento heurístico útil na descrição de como o próprio intérprete deve analisar a sua decisão. Ao tornar os procedimentos decisórios cotidianos *estranhos* a si mesmos, o julgador caminhará no sentido de uma percepção mais acurada da sua própria atividade. Diz Brewer que “essa tarefa filosófica é precisamente o distanciar-se dessa vida cotidiana, tornando-a estranha, para examiná-la e articular as suas estruturas”.¹⁰⁴⁴ Vale ler a passagem a seguir:

Assim que a percepção se torna habitual, ela se torna automática. Assim, todos os nossos hábitos se bandeiam à área do subconsciente. Se alguém se lembra da sensação de segurar uma caneta ou de falar uma língua estrangeira pela primeira vez e as compara com as mesmas ações pela décima milésima vez, terá de concordar conosco. Essa habituação explica os princípios pelos quais formulamos frases inacabadas e palavras pela metade. Nesse processo, realizado algebricamente, coisas são substituídas por símbolos.¹⁰⁴⁵

É exatamente essa simbolização do raciocínio, tratada em especial no capítulo 2 e no item 5.3 desta tese, que precisa ser vista com cuidado. O distanciamento é o que permite perceber se o que à primeira vista parece uma simples e obrigatória relação causal não admite, por exemplo, exceções, ou contém particularidades, que destroem a legitimidade das conclusões. Daí porque a tese discorre com detalhe (capítulos 2, 3, 4, e 5) sobre a insuficiência da mera alegação de que se presume um fato de outro por questão de racionalidade, busca da verdade real, justiça, certeza, para satisfazer “as regras da experiência”, ou porque o fato decorre do que “ordinariamente acontece”. É preciso mais do que isso.

Parte essencial desse processo de estranhamento é a constante releitura do próprio raciocínio e a sua submissão a revisões. A “versão final” da narrativa não existe até que as

¹⁰⁴³ SHKLOVINSKI, Viktor. *Art as a technique. Russian formalist criticism: four essays*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1965, p. 12 – tradução livre

¹⁰⁴⁴ BREWER, Scott. *Traversing Holmes’s Path toward a jurisprudence of logical form*, cit., p. 126 – tradução livre.

¹⁰⁴⁵ SHKLOVINSKI, Viktor. *Art as a technique*, cit., p. 12 – tradução livre

versões prévias tenham sido testadas, e esse teste deve constar da fundamentação da decisão judicial, como foi estabelecido no início desta tese (item 1.1.3). Trata-se do círculo hermenêutico da compreensão, que ocorre na prática em forma de uma inferência para a melhor explicação. Assim, a exposição do julgador de seu próprio raciocínio, apontando as falhas e os descartes de ideias, é fundamental.¹⁰⁴⁶

Por esse motivo é que a tese fala insistentemente sobre narrativas conflitantes e a consideração das hipóteses possíveis. Se mais de uma versão dos fatos pode, em tese, explicar de forma plausível uma mesma hipótese presuntiva, cabe ao julgador eleger a melhor dentre elas.¹⁰⁴⁷ O acertamento dos fatos, afinal, é uma busca pragmática pela decisão mais adequada, diante de constantes e sucessivos estados de incerteza.¹⁰⁴⁸ E aí, pudemos ao longo do texto perceber que o reconhecimento de regras gerais (art. 375, do CPC) a respeito de situações semelhantes *não nos fornece informação alguma sobre o caso concreto a ser julgado*, mas apenas *inputs* a respeito do passado que podem servir como um início, um ponto de partida da justificativa de uma presunção. E se é assim, a maneira segura de garantir a legitimidade da decisão é o cumprimento do art. 489, §1º, IV, do CPC.¹⁰⁴⁹

Nenhuma decisão judicial é fundamentada se não rebater, um a um, os fundamentos que podem infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Claro, pois por razões de recorribilidade a fundamentação importa mais ao sucumbente que ao vencedor.¹⁰⁵⁰ Igualmente, para aplicar as diretrizes da gravidade, precisão e concordância de que fala o art. 2.729 do código civil italiano, diz a doutrina que o juiz deve opor a presunção a *todas as circunstâncias* infirmativas que poderiam destruí-la ou debilitá-la. E “não deve dar-se por satisfeito até que, esgotados os recursos de sua imaginação, se convença de que dos fatos conhecidos não se podem tirar com

¹⁰⁴⁶ “Se o significado de uma palavra aceita em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexo do sentido do texto, tal como este vem a se revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que retificar a sua posição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este retifica então a sua conjectura” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 286/287).

¹⁰⁴⁷ É o que sugere, como parte de sua teoria sobre o *romance em cadeia*, Ronald Dworkin, em: DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986, p. 231.

¹⁰⁴⁸ ALLEN, Ronald; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof, cit., p. 602.

¹⁰⁴⁹ Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 320/321.

¹⁰⁵⁰ Aqui considerando a sucumbência em sentido amplo, como faz: UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 142/170. Sobre o tema: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Revista magister de direito civil e processual civil*, vol. 10. Porto Alegre: Magister, jan/fev. 2006, p. 13 e ss; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional de fundamentação das decisões*, cit., p. 440; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 22;

igual força outras conclusões distintas”.¹⁰⁵¹ Levadas em consideração as hipóteses levantadas por todas as partes, e explicitado o critério que faz com que uma seja melhor que as demais, fica completa a inferência para a melhor explicação.

É hora de, como forma de encerrar o que foi dito até aqui, sugerir uma criteriologia que, seguida pelo julgador na condução do processo, pode facilitar a identificação e o controle das presunções simples. Não se trata de um *método* (tal como abordado no item 2.1.4.), mas de um guia; não entrega respostas corretas, mas ajuda na sua busca.

a) Controle das presunções durante o processo judicial:

a.1) A partir das alegações das partes na fase postulatória, deve o juiz identificar quais delas requerem, para serem consideradas, uma presunção. Por vezes (e muito frequentemente), autor e réu não cumprirão a contento seu dever de relacionar fatos e provas, em especial quando o fato a ser provado depende do salto cognitivo que é envolvido na presunção. Cabe ao julgador essa tarefa interpretativa;

a.2) Deve o juiz elencar na decisão de saneamento, dentre as questões de fato controvertidas (art. 357, II, do CPC), aquelas cuja prova implica uma presunção, e dentre os fatos incontroversos, quais deles são presumidos. Nesse elenco devem constar as hipóteses levantadas pelas partes e as imaginadas pelo juiz;

a.3) Deve o juiz oportunizar às partes que controlem o elenco das presunções, da maneira descrita no item 6.3., seja impugnando o fato-base, seja o fato presumido, seja a relação entre os dois;

a.4) Caso uma hipótese presuntiva surja após a decisão de saneamento, durante a instrução, e em qualquer momento antes da decisão, deve o juiz reabrir a fase saneadora e incluir essa hipótese dentre os fatos controvertidos, novamente oportunizando a participação das partes;

¹⁰⁵¹ SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*, cit., p. 141 – tradução livre. Igualmente: “A expectativa de que a hipótese responda ao verdadeiro estado dos fatos será fundada sobretudo quando nenhuma das demais possibilidades imagináveis responda tanto, nem aproximadamente, às particularidades que se têm em vista” (DÖHRING, Erich. *La prueba*, cit., p. 37 – tradução livre).

b) Controle das presunções no momento da decisão judicial:

b.1) Identificar quais dos argumentos da decisão encerram inferências probatórias. Se neste momento o julgador perceber que a presunção não foi submetida ao contraditório, deve repetir o passo “a.4” acima, sob pena de violação do art. 10, do CPC;

b.2) Inserir o argumento em uma abdução (inferência para a melhor explicação);

b.2.1) Elencar as versões de fato suas e das partes, e descartar fundamentadamente as hipóteses irrelevantes;

b.2.2) Explicitar o critério que define qual hipótese é mais adequada no caso (identificar o grupo de referência para uma analogia; explicar a regra da experiência e o motivo da sua incidência, etc).¹⁰⁵² O teste de adequação é uma etapa da valoração probatória, onde a eficácia de cada prova será sopesada no contexto do caso;

b.2.3) Demonstrar os motivos pelos quais as hipóteses descartadas não venceram a competição dialética no caso;

b.2.4) Selecionar a melhor explicação possível e justificar a inferência.

b.3) “Desfamiliarizar-se” com o próprio argumento, para despir-se mesmo que momentaneamente do comprometimento (*bias*) e avaliar a legitimidade da decisão. Quando dessa releitura resultarem dúvidas sobre o acerto da escolha da hipótese presuntiva, o julgador deve retornar à etapa de abdução.

c) Controle das presunções após a decisão judicial:

c.1) Em sede de embargos de declaração, na maioria das situações caberá ao juiz verificar se o seu raciocínio não fere o art. 489, §1º, IV, do CPC, o que é causa de *omissão*, nos termos do art. 1.022, p. único, II. Julgando recursos em grau de revisão, deve o tribunal perceber se a presunção impugnada não foi submetida ao contraditório, sanar o vício, e reabrir a fase instrutória se necessário, ou julgar desde logo (art. 1.013, §3º, IV, do CPC);

¹⁰⁵² Na expressão de Marinoni e Arenhart, a regra de experiência deve ser demonstrada em seus “significados e bases de sustentação”, além de ser justificada a sua atualidade: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 174/175.

c.2) No juízo de controle de uma inferência, o juiz ou tribunal deve refazer os passos do item “b.2” acima, na decretação de possíveis falhas de legitimidade discursiva;

c.2.1) Identificar presunções que até então não tiverem sido destacadas;

c.2.2) Verificar o elenco de hipóteses, verificando se todas as relevantes foram incluídas. No caso de inclusão ou exclusão de hipóteses, as partes devem ser ouvidas;

c.2.3) Controlar a escolha dos critérios de adequação ao caso;

c.2.4) Analisar a escolha da hipótese adequada, em contraste com o descarte das rejeitadas.

Para nos aproximarmos da conclusão deste trabalho, vale lembrar que a tarefa do julgador quando presume ou trabalha com inferências fundamentadas naquilo que *ordinariamente acontece* é um exercício constante de equilíbrio. Como nos lembra Michel Löwy a respeito de Walter Benjamin:

O futuro não é o resultado inevitável de uma evolução histórica dada, o produto necessário e previsível de leis ‘naturais’ da transformação social, fruto inevitável do progresso ou o que é pior, o prolongamento, sob formas cada vez mais aperfeiçoadas, do mesmo, do que já existe, da modernidade realmente existente, das estruturas econômicas e sociais.¹⁰⁵³

O acaso puro é tanto uma negação da realidade e de nossa exigência de compreender o mundo quanto o determinismo o é. A resposta parece morar entre essas duas concepções: uma segundo a qual o mundo é regido por leis que não deixam lugar algum para novidades, e outra que comportaria um mundo aleatório e absurdo, onde nada pode ser previsto nem descrito. As leis, é fato, não governam o mundo, mas tampouco o mundo é regido pelo puro acaso. Cabe transitar entre estas ideias em busca da legitimidade.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵³ LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*, cit, p. 149.

¹⁰⁵⁴ Sobre o tema: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996, p. 197 e ss.

Bigliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007;
- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011;
- _____. *Discrecionalidade administrativa e judicial*. São Paulo: RT 2014;
- _____. *Processo constitucional brasileiro, 2ª ed.* São Paulo: RT, 2018;
- ACCATINO, Daniela. “La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales”. *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Bogotá: Andrés Páez, 2015;
- ADORNO, Theodor. “Observações sobre o pensamento filosófico”. In: _____. *Palavras e sinais – modelos críticos II*. Petrópolis: Vozes, 1995;
- AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao código de processo civil, vol. 4*. São Paulo: RT, 1977;
- ALLEN, Ronald J; PARDO, Michael. “The problematic value of mathematical modes of evidence”. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 36, No. 1 (January 2007), pp. 107-140;
- ALLEN, Ronald; STEIN, Alex. “Evidence, probability, and the burden of proof”. *Arizona Law Review*, vol. 55, 2013, pp. 557/602;
- ALLORIO, Enrico. “Osservazione sul fatto notório”. *Rivista di diritto processuale civile*, n. 2. Padova: CEDAM, 1934;
- ALMEIDA Jr, Jesualdo Eduardo. “Um réquiem à busca da verdade no processo civil”. *Revista Magister de direito civil e processual civil*, n. 23. Porto Alegre: Magister, mar-abr/2008;
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Coisa julgada: extensão e limites objetivos. In: *Soluções práticas de direito*, vol. IV. São Paulo: RT, 2011;
- ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2008;
- AMAYA, Amalia. *Reasoning about facts in law: essays in coherence, evidence, and proof*. Tese de doutoramento apresentada à Havard Law School, sob orientação do prof. Frederick Schauer, em maio/2007;

_____. “Coherence, evidence, and legal proof”. *Legal Theory*, 19, 1-43, 2013, p. 19;

ANDERSON, Alan R; BELNAP, Nuel D. “Enthymemes”. *The Journal of Philosophy*, Vol. 58, (Nov. 9, 1961), pp. “713-723;

ANDRADE, Osvaldo L’ucas. Númeno e fenômeno – impossibilidade e necessidade de certeza no processo probatório. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça – estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

ANDREWS, Neil. *Principles of civil procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994;

ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle prove civili*. Milano: Giuffrè, 2008;

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Direito à prova”. *Revista de Processo*, v. 39. São Paulo: RT, jul/1985;

ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões sobre o princípio da demanda”. In: FUX, Luiz (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006;

AROCA, Juan Montero. *Prueba y proceso civil*. San José: IJSA, 2013;

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, 16ª ed. São Paulo: RT, 2016;

ATAÍDE Jr, Vicente de Paula. “A interpretação das decisões judiciais”. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;

AUNE, Bruce. “Haack's Evidence and Inquiry”. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 56, No. 3 (Sep., 1996), pp. 627-632;

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015;

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2013;

BAPTISTA, Bernardo Barreto. *Saneamento e Organização do Processo: a evolução histórica e o CPC de 2015*. Dissertação de mestrado defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Antonio do Passo Cabral, 2017;

BARON, Jane. “Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity”. *The Yale Law Journal*, Vol. 108, No. 5 (Mar., 1999), pp. 1059-1085;

BAUER, Fritz. “O papel ativo do juiz”. *Revista de processo*, vol. 27. São Paulo: RT, jul-set/1982.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996;

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 7ª ed. São Paulo: RT, 2013;

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005;

_____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007;

BENTHAM, Jeremy. *The Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English practice*. Stockbridge: Hardpress, 2018;

BERGMAN, Barbara E; HOLLANDER, Nancy. *Wharton’s criminal evidence*, 15ª ed. Eagan: Thomson-West, 1997;

BERGSON, Henri. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1979;

BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault*. São Paulo: Saraiva, 2011;

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1973;

BEX, Florix. “Analysing stories using schemes”. In: KAPTEIN, Hendrik; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart (orgs.). *Legal evidence and proof: statistics, stories, logic*. Burlington: Ashgate, 2009;

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992;

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995;

BONILHA, Paulo Celso. *Da prova no processo administrativo tributário*. São Paulo: Dialética, 1997;

BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*. Belo Horizonte: D'Placido, 2016;

BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro*. Lisboa: Piaget, 1998;

BRESOLIN, Keberson. Gadamer e a reabilitação dos preconceitos. *Intuitio*, vol. 1. Porto Alegre: PUC/RS, jun-2008, p. 63/81;

BREWER, Scott. "Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy". *Harvard law review*, n. 109, 1995-1996, pp. 922/1.028;

_____. "Traversing Holmes's Path toward a jurisprudence of logical form".

BURTON, Steven (ed.). *The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 94/123;

_____. "Logocratic method and the analysis of arguments in evidence". *Law, Probability and Risk* (2011) 10, 175–202;

BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*, 7th ed. St. Paul: West, 2014;

BROWN, W. M. "The economy of Peirce's abduction". *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 19. Bloomington: Indiana University Press, 1983, pp. 397/411;

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007;

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2, t. 1*, 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Justitia*, vol. 40. São Paulo, jan-mar/1963;

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126. São Paulo: RT, ago/2005, p. 59;

_____. Imparcialidade e Imparcialidade. Por uma Teoria Sobre Repartição e Incompatibilidade de Funções nos Processos Civil e Penal. *Revista de Processo*, v. 149, jul. 2007;

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JurPodivm, 2016;

CABRITA, Helena. *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015;

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009;

CAENEGEM, Raoul C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

CALAMANDREI, Piero. Per la definizione di fatto notorio. *Rivista di diritto processuale civile*, n. 2. Padova: Cedam 1935;

_____. “Il giudice e lo storico”. *Rivista di diritto processuale*, vol. XVII. Padova: CEDAM, 1939, pp. 105/128;

_____. “Verità e verossimiglianza nel processo civile”. *Rivista di diritto processuale*, n. 10. Padova: CEDAM, 1955;

_____. *Derecho procesal civil*, vol. II. Buenos Aires: EuropaAmerica, 1962;

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. Campinas: Bookseller, 2003;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016;

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Manual elementar de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1930;

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009;

CAMUS, Albert. *O estrangeiro*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005;

CANOTILHO, José Joaquim. “O ónus da prova na jurisdição das liberdades”. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008;

CANTO, Gilberto Ulhôa. “Presunções no direito tributário”. *Cadernos de pesquisas tributárias*, vol. 9. São Paulo: resenha tributária, 1983;

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, parte I*. Milano: Giuffrè, 1974;

CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921;

CARNACINI, Tito. “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”. In: *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1951;

CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1957;

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II. Padova: Cedam, 1933;

_____. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. II. Buenos Aires: UTEHA, 1944;

_____. *La prova civile*. Roma: Ateneo, 1947;

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958;

_____. *Lições sobre o direito penal*, t. 1. Campinas: Bookseller, 2004;

_____. *A arte do direito*. São Paulo: Pillares, 2007;

CARRATA, Antonio. “Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio”. *Rivista di diritto processuale*, v. 56. Padova: CEDAM, jan-mar/2001, p. 73;

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002;

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *Admissibilidade de Provas: os limites ao indeferimento da produção da prova cível*. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017;

CARVALHO, Salo de. “Criminologia e transdisciplinariedade”. In: Gauer, Ruth (coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013;

CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia: considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Tarufo”. *Rivista di diritto processuale*, n. 54. Padova: CEDAM, 2010, p. 1/26.

CERINO-CANOVA, Augusto. “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. II, t. I. Torino: Utet, 1980;

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*, 2ª ed. São Paulo: Ática, 1995;

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed. Napoli: Jovene, 1923;

_____. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II. Napoli: Eugenio Jovene, 1936, p. 42;

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III São Paulo: Saraiva, 1965;

CHUEIRI, Vera Karam de. “The chain of Law: How is law like literature?” In: *Legal philosophy: General aspects*. New York: Franz Steiner Verlag;

CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Durham: Carolina Academic Press, 2013;

COLYVAN, Mark; REGAN, Helen M.;FERSON, Scott. “Is It a Crime to Belong to a Reference Class?” 9 *Journal of Political Philosophy*, 2001, p. 168-181;

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*, 3ª ed. Torino: Utete, 2010;

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011;

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986;

_____. *Procedimiento penal*, t. II. Bogotá: Temis, 2000;

CORREA, Rodrigo Coloma; SAN JUAN, Claudio Agüero. “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, No. 2 (2014 Mayo - Agosto), pp. 673-703;

CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2012*. Lisboa: Almedina, 2013;

COSTA, Eduardo José Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese de doutoramento defendida na PUC/SP, em 2016;

COUTINHO, Jacinto. “Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito”. *Anuário ibero-americano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983;

CREDIDIO, Georgius Luís Argentini Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*. São Paulo: LTr, 2012;

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4th ed. Oxford, 1991;

D'AMATO, Anthony. "The limits of legal realism". *The Yale Law Journal*, Vol. 87, No. 3 (Jan., 1978), pp. 468-513;

DAILEY, Anne C. "Imagination and choice". *Law & Social Inquiry*, Vol. 35, No. 1 (Winter, 2010), pp. 175-216;

DALLAGNOL, Deltan. *The best explanation of circumstantial evidence: an analysis of circumstantial evidence with abductive glasses*. Dissertação de mestrado defendida na Harvard Law School, sob a orientação do prof. Dr. Scott Brewer, em Abril de 2013;

_____. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015;

DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997;

DELGADO, José Augusto. "Alguns aspectos controvertidos no processo de conhecimento". *Revista dos Tribunais*, vol. 80. São Paulo: RT, fev/1991;

DELLEPIANE, Antonio. *Teoria da prova*. Campinas: ME, 2001;

DENTI, Vittorio. "Scientificità della prova e libera valutazione del giudice". *Rivista di diritto processuale*, n. 27. Padova: CEDAM, 1972;

DERRIDA, Jacques. "Force of law: the mystical foundation of authority". *Cardoso Law Review*, vol. 11, Jul-Ago/1990, pp. 919/1.046;

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 2001;

DEWEY, John. "Logical method and the law". *Cornell Law Review*, 17 (1924) p. 17/27.

DIAS, Jean Carlos. "A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil". *Revista de Processo*, vol. 107. São Paulo: RT, jul-set/2002, p. 107;

DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Lisboa: Coimbra, 2010;

_____. *Curso de direito processual civil, vol. 1*, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016;

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. vol. 2*, 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995;

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

_____. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

_____. *Instituições de direito processual civil, vol. II*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016;

_____. *Instituições de direito processual civil, vol. I*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016;

_____. *Instituições de direito processual civil, vol. III*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017;

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 1989;

DÖHRING, Erich. *La prueba*. Buenos Aires: Valetta, 2003;

DOMINGUEZ, Manuel Serra. *Normas de presunción em el código civil*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1963;

DORAN, Robert. "Nietzsche: Utility, aesthetics, history". *Comparative Literature Studies*, Vol. 37, No. 3 (2000), pp. 321-343;

DOUVEN, Igor. "Inference to the Best Explanation". *Synthese*, Vol. 130, No. 3 (Mar., 2002), pp. 355-377;

DOYLE, Arthur Conan. *The adventures & memories of Sherlock Holmes*. Hertfordshire: Wordsworth, 1996;

_____. *A study in scarlet*. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/244>, acesso em 02.07.2018;

DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Teoria geral do processo*, 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2012;

DWORKIN, Ronald. “Law as interpretation”. *Critical Inquiry*, vol. 9. Chicago: University of Chicago Press, set/1982, pp. 179/200;

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial, t. 1*, 6ª ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988;

_____. *Teoria general de la prueba judicial, t. 2*, 6ª ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988;

ECO, Umberto. *Viagem na irrealidade cotidiana*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984;

ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?* São Paulo: UNESP, 2008;

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento jurídico e extensão aos terceiros*. Rio de Janeiro: s. ed., 1936;

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas de experiência”. *Revista Forense*, vol. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

FAZZALARI, Elio. “La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo”. In: *La sentenza in Europa*. Padova: CEDAM, 1988;

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010;

FERRARO, Francesco. *Il giudice utilitarista*. Pisa: ETS, 2011;

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*, 6ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2009;

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001;

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002;

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. “A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo”. *Revista de direito público*, n. 61. São Paulo: RT, jan-mar/1982;

_____. “Equiparação – CTN, art. 51”. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, vol. 28. São Paulo: RT;

_____. *Função social da dogmática jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015;

_____. *Introdução ao estudo do direito*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016;

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014;

FETZER, James H. “Propensities and Frequencies: Inference to the Best Explanation”. *Synthese*, Vol. 132, No. 1/2, Propensities and Probabilities (Jul. - Aug., 2002), pp. 27-61;

FEYRABEND, Paul. *Contra o método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977;

_____. *A ciência em uma sociedade livre*. São Paulo: Unesp, 2011;

FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*, 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2016;

FISCHHOFF, B. “Hindsight = foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty”. *Journal of experimental psychology*, vol. 1, 1975, p. 298 p. 288/299;

_____. “For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight”. In: KAHMENMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (org.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 335, 341;

FISH, Stanley. “Don't Know Much about the Middle Ages: Posner on Law and Literature”. *The Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 5 (Apr., 1988), pp. 777-793;

FOGELIN, Lars. “Inference to the Best Explanation: A Common and Effective Form of Archaeological Reasoning”. *American Antiquity*, Vol. 72. Cambridge: Cambridge University Press, Oct/2007, pp. 603-625;

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013;

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor, 1936;

FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*, 3ª ed, vol. II. Coimbra: Coimbra, 2014;

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2002;

_____. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2011;

GARD, Spencer A. *Jones on evidence*, vol. 1, 6th ed. New York: Lawyers Cooperative, 1972;

GASCÓN, Marina Abellán. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999;

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009;

GIACÓIA Jr, Oswaldo. *Heidegger urgente*. São Paulo: Três estrelas, 2013;

GIANFORMAGGIO, Letizia. *Modelli di ragionamento giuridico*. In: Filosofia del diritto e ragionamento giuridico. Torino: G. Giappichelli, 2008;

GIL, Fernando. *Tratado da evidência*. Lisboa: Casa Da Moeda, 1996;

_____. *Modos da evidência*. Lisboa: Casa da Moeda, 1998;

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001;

GINZBURG, Carlo. *Micro-história e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989;

_____. *Relações de força: história, retórica, prova*. São Paulo: Cia das Letras, 2002;

GIRALDO, Liliana Damaris Pabón. “De la prueba científica: um problema contemporâneo del derecho probatório”. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, et al. *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016;

GLASS, David H. “Inference to the best explanation: does it track truth?” *Synthese*, Vol. 185, No. 3, (April 2012), pp. 411-427;

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015;

GOLDMAN, Alvin I. “Quasi-objective bayesianism and legal evidence”. *Jurimetrics*, Vol. 42, No. 3 (SPRING 2002);

GOLDSCHIMIDT, James. *Direito Processual Civil. Tomo I*. Campinas: Bookseller, 2003;

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Notas sobre a terminologia da prova”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 317;

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2013;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001;

GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013;

GOODRICH, Peter. “Law and Language: An Historical and Critical Introduction”. *Journal of Law and Society*, Vol. 11, No. 2 (Summer, 1984), pp. 173-206;

GRAHAM, Michael H. *Federal rules of evidence in a nutshell*, 10th ed. St. Paul: West, 2018;

GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”. *Revista da Faculdade de Direito de campos*, v. 4/5. SP: Campos dos Goytacazes, 2003/2004, p. 440). Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25636>. Acesso em: 22.11.2017;

_____. “Publicismo e privatismo no processo civil”. *Revista de Processo*, n. 164. São Paulo: RT, out/2008;

GREENSTEIN, Richard K. “Determining facts: the myth of direct evidence”. *Houston Law Review*, n. 45, 2009, p. 1801/1830;

GREGGER, Reinhard. “Cooperação como princípio processual”. *Revista de Processo*, vol. 206. São Paulo: RT, abr/2012;

GRESTA, Roberta Maia. “Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica”. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, et al. *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D’Placido, 2016;

GRIFFIN, Lisa K. “Narrative, truth and trial”. *The Georgetown Law Journal*, n. 101, 2003, 281-335;

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988;

_____. “O conceito da garantia do contraditório”. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 17/44.

HAACK, Susan. *Confessions of an old-fashioned prig*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998;

_____. *Filosofia das lógicas*. São Paulo: UNESP, 2002;

_____. “Truth, truths, ‘truth’ and ‘truths’ in the law”. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n. 26, 2003;

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Don Quixote, 1990;

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

_____. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004;

HACKING, Ian. *The taming of chance*. New York: Cambridge, 1990;

HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010;

HARMAN, Gilbert H. “The inference to the best explanation”. *The Philosophical Review*, Vol. 74, No. 1 (Jan., 1965), pp. 88-95;

HARTMANN, Érica de Oliveira. *A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões*. Florianópolis: Conceito, 2010;

HASNAS, John. “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”. *Duke Law Journal*, Vol. 45, No. 1 (Oct., 1995), pp. 84-132;

HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Lisboa: 70, 1994;

_____. *Ser e tempo, vol. 1*. Petrópolis: Vozes, 2005;

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo, 3ª ed.* Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2009;

HEILBURN, Carolyn; RESNIK, Judith. “Convergences: Law, Literature, and Feminism”. *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 8 (Jun., 1990), pp. 1913-1956.

HELLER, Kevin Jon. “The cognitive psychology of circumstantial evidence”. *Michigan Law Review*, Vol. 105, No. 2 (Nov., 2006), pp. 241-305;

HELMHOLZ, R. H; SELLAR, W. DAVID H (org). *The law or presumptions: essays in comparative legal history*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009;

HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008;

HOBBSBAWM, Eric. *Sobre a história*. São Paulo: Cia das Letras, 1998;

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011;

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *A índole filosófica do direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016;

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: UNESP, 2015;

HOSPERS, John. *An introduction to philosophical analysis*, 4th ed. Boston: Pearson, 1996;

HUME, David. *A treatise on human nature: an attempt to introduce the experimental method of reasoning into moral subjects*. Disponível em <http://www.davidhume.org/texts/thn.html>, acesso em 16.05.2018;

_____. *Enquiry concerning human understanding*. Disponível em: <http://www.davidhume.org/texts/epm.html>, acesso em 14.05.2018;

HUNTER, Dan. “No Wilderness of Single Instances: Inductive Inference in Law”. *Journal of Legal Education*, Vol. 48, No. 3 (September 1998), pp. 365-401;

IVO, Gabriel. “A incidência da norma jurídica: o cerco da linguagem”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4. Rio de Janeiro: Padma, out/dez 2000;

_____. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006;

JACKSON, Alexander. “Appearances, Rationality, and Justified Belief”. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 82, No. 3 (MAY, 2011), pp. 564-593;

JACKSON, Bernard S. *Law, fact and narrative coherence*. Liverpool: Deborah Charles, 1988;

JENKINS, Joseph. “Heavy Law/Light Law: Walter Benjamin, Friedrich Nietzsche, Robert Bork, Duncan Kennedy”. *Law and Literature*, Vol. 17, No. 2 (Summer 2005), pp. 249-268;

JOUVE, Vicent. *Por que estudar literatura?* São Paulo: Parábola, 2012;

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril, 1980;

_____. *Crítica da faculdade do juízo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012;

KASS, Robert E. “How should indirect evidence be used?” *Statistical Science*, Vol. 25, No. 2 (May 2010), pp. 166-169;

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012;

KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. “A model of heuristic judgment”. *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 267-293;

KAUFMANN, Arthur. “Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002;

_____. *Filosofia do direito*, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009;

KAYE, D. H. “What is Bayesianism? A guide for the perplexed”. *Jurimetrics*, Vol. 28, No. 2 (Winter 1988), pp. 161-177;

KEAN, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The Modern Law of Evidence*, 8ª Ed., Oxford University Press, 2010;

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985;

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013;

KHALED Jr, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013;

KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 4ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010;

KING, Allan G; AMIN, Syeeda. "The Propensity to Stereotype as Inadmissible "Character" Evidence". *ABA Journal of Labor & Employment Law*, Vol. 27, No. 1 (Fall 2011), pp. 23-42;

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

_____. (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

KOEHLER, Jonathan J. "When do courts think base rate statistics are relevant?" *Jurimetrics*, Vol. 42, No. 4 (SUMMER 2002), pp. 373-402;

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006;

KYBURG Jr; Henry E. "Belief, evidence and conditioning". *Philosophy of Science*, Vol. 73, No. 1 (January 2006), pp. 42-65;

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953;

LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas*. São Paulo: LTr, 2012;

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990;

LANE, Victor H. Presumptions. *Michigan Law Review*, Vol. 22, No. 3 (Jan., 1924), pp. 207-214;

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3º ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991;

LATORRACA, Claudio Zalona. *A dimensão da prova no direito processual civil*. São Paulo: Hemus, 1990;

LAUGHLIN, Charles. In support of the Thayer theory of presumptions. *Michigan Law Review*, n. 52. 1953, p. 195/230.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

_____. "A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis". *Revista do Unicentro Izabela Hendrix*, Nova Lima, vol. 2, 2003;

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, 13^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

LEDFOORD, Alan. *The role of personal experience in juror decision making: bias versus the capacity to believe*. Ann Harbor: UMI, 1998;

LESSONA, Carlos. *Teoría general de la prueba*, vol. II, 2^a ed. Madrid: Revista de Legislación, 1906;

_____. *Teoria general de la prueba en derecho civil*, vol. V. Madrid: REUS, 1964;

LEVI, Edward. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1948;

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo”. *Rivista di diritto processuale*, n. 15. Padova: CEDAM, 1960;

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 2008;

LILLY, Graham C.; CAPRA, Daniel J.; SALTZBURG, Stephen A. *Principles of evidence*, 6th ed. St. Paul: West, 2006;

LIPTON, Peter. *Inference to the Best Explanation*. London: Routledge, 2004;

LOPES Jr, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, 2^a. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. 1, 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012;

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, 2^a ed. São Paulo: RT, 2002;

_____. “Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC”. *Revista dos Tribunais*, vol. 716. São Paulo: RT, out/2011, pp. 41/47;

LÓPEZ, Modesto Saavedra. “La legitimidad judicial em la crisis del imperio de la ley”. ROCHA, Leonel Severo da. *Semiótica e desejo*. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (corrd.). *O poder das metáforas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998;

LOPEZ MORENO, Santiago. *La prueba de indícios*. Madrid: V. Suárez, 1897;

- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura do direito*, v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010;
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. São Paulo: Boitempo, 2005;
- LUGG, Andrew. “Feyerabend’s rationalism”. *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 7, No. 4 (Dec., 1977), pp. 755-775;
- LUHMANN, Niklas. *La confiance – um mécanisme de réduction de la complexité sociale*. Paris: Economica, 2006;
- MACHADO, Hugo de Brito Machado Segundo. *O direito e a sua ciência*. São Paulo: Malheiros, 2016;
- MACOHIN, Aline; SERBENA, Cesar Antonio. “O processo eletrônico e o processo em rede: uma análise de precedentes judiciais através de redes complexas”. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;
- MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso e análise do discurso*. São Paulo: Parábola, 2015;
- MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das provas em matéria criminal*, 2 ed. Lisboa: Livraria Teixeira, 1927;
- MARAT, Jean-Paul. *Plano de legislação criminal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008;
- MARENGO, Roberto. “Note in tema di discrezionalità del giudice civile”. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. Secondo. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 165/188;
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 2015;
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971;
- _____. *Manual de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980;
- _____. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983;

MARTINEZ, Jerónimo. *Ciencia e dogmatismo: el problema de la objectividad em Karl Popper*. Madrid: Catedra, 1980;

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013;

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*, 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

MCBAINE, J. P. “Burden of proof: degrees of proof”. *California Law Review*, Vol. 32, No. 3 (Sep., 1944), pp. 242-268;

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Europa-América, 1979;

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961;

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997;

MENKE, Christoph. Law and violence. *Law and Literature*, Vol. 22, No. 1 (Spring 2010), pp. 1-17.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966;

MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. New York: NYU Press, 1995;

MINGERS, J. “Abduction: the missing link between deduction and induction. A comment on Ormerod's 'rational inference: deductive, inductive and probabilistic thinking'”. *The Journal of the Operational Research Society*, Vol. 63, No. 6 (JUNE 2012), pp. 860-861;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, t. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1973;

_____. *Comentários ao código de processo civil, t. IV*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997;

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2015;

MITTERMAYER, Carl Joseph. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1909;

MOLINER, Fernando Montero. *Fenomenologia del prejuicio*. Isegoría, 1992;

MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*, v. II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956;

MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*, 3ª ed. Padova: Cedam 2002;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A presunção e a prova”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977;

_____. “O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Revista de Processo*, vol. 41. São Paulo: RT, 1986, jan-mar/1986;

_____. “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. *Temas de direito processual, segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988;

_____. “Julgamento e ônus de prova”. *Temas de Direito Processual, segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 73/82.

_____. “Saneamento do processo e audiência preliminar”. *Temas de Direito Processual, quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989;

_____. “Alguns problemas atuais da prova civil”. *Temas de direito processual civil, quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989;

_____. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual, quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989;

_____. “Os poderes do juiz”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994;

_____. “Provas atípicas”. *Revista de Processo*, n. 76. São Paulo: RT, out-dez/1994;

_____. *Temas de direito processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004;

_____. “Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos”. *Temas de direito processual, nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007;

MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004;

MORGAN, Edmund. “Some observations concerning presumptions”. *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 6 (Apr., 1931), pp. 906-934;

_____. “Judicial Notice”. *Harvard Law Review*, Vol. 57, No. 3 (Jan., 1944), pp. 269-294;

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*, 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015;

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010;

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008;

_____. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: RT, 2013;

MURPHY, Peter (oorg.). *Evidence, proof, and facts: a book of sources*. Oxford: Oxford University Press, 2003;

MYERS, John. E. B. *Principles of California and federal evidence*. Saint Paul: West Academic, 2017;

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: RT, 2015;

NASUTI, Harry. “Identity, Identification, and Imitation: The Narrative Hermeneutics of Biblical Law”. *Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 1 (1986), pp. 9-23;

NEIVA, Eduardo. *O racionalismo crítico de Popper*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999;

NESSON, Charles. “The evidence or the event? On juridical proof and the acceptability of verdicts”. *Harvard Law Review*, vol. 98. Mai/1985, p. 1.357/1.392;

NIETZSCHE, Friedrich. “Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral”. In: NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas*. São Paulo: Abril, 1983;

_____. *A gaia ciência*. São Paulo: Cia das letras, 2012;

NOURSE, Victoria. “After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity/Objectivity Question”. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 11, No. 1 (Winter 2008), pp. 33-50;

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008;

_____; PICARDI, Nicola. “O código de processo civil brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma”. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 190, t. 2. Brasília: Senado Federal, abr/jun. 2011;

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016;

OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. “Presunções e ficções no direito probatório”. In: *Revista de Processo*, vol. 196. São Paulo: RT, Jun/2011;

OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

OLSHAUSEN, George. “Presumptions as evidence: a reply”. *California Law Review*, Vol. 31, No. 3 (Jun., 1943), pp. 316-325.

OLSON, Greta. “De-Americanizing Law and Literature Narratives: Opening Up the Story”. *Law and Literature*, Vol. 22, No. 2 (Summer 2010), pp. 338-364;

OTEIZA, Eduardo. *La prueba em el proceso judicial*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009;

PALERMO, Antonio. *Il processo di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1956;

PALMER, R. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969;

PAOLINELLI, Camila Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014;

PARDO, Michael S. “The field of evidence and the field of knowledge”. *Law and Philosophy*, Vol. 24, No. 4 (Jul., 2005), pp. 321-392;

_____; ALLEN, Ronald. “Juridical proof and the best explanation”. *Law and Philosophy*, Vol. 27, No. 3 (May, 2008), pp. 223-268;

PARK, Roger; et. Al. *Evidence law*, 4th ed. St. Paul: West Academic, 2018;

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. *Ensaio e artigos*, vol. I. Salvador: Juspodivm, 2014, pp. 31/43;
- _____. *Ensaio e Artigos*, vol. II. Salvador: JusPodivm, 2016;
- PASTORE, Baldissare. *Giudizio, prova, ragione pratica*. Milano: Giuffrè, 1996;
- PATTI, Salvatore. *Commentario del codice civile – delle presunzioni*. Bologna: Zanichelli, 2001;
- PEIRCE, Charles Sanders. *Collected Papers*. Cambridge: Charles Hartshorne & Paul Weiss, 1960;
- PELLER, Gary. “The Metaphysics of American Law”. *California Law Review*, vol. 73, jul/1985, p. 1.151/1.290;
- PENNINGTON, N; HASTIE, R. “A cognitive theory of juror decision making: the story model”. *Cadroz law review*, vol. 13, 1991, p. p. 519/557;
- PEREIRA, Hugo Filardi. *Motivação das decisões judiciais e o Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012;
- PEREIRA, Paula Pessoa. “Art. 489. §1º, incisos V e VI do CPC de 2015”. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nota retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001;
- PEYRANO, Jorge Walter. *Nuevas tácticas procesales*. Rosario: Nova Tesis, 2010;
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch, 2007;
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999;
- PITERA-STALLARD, Merrie Jo. *When jurors use the past to decide the future: a study to reduce hindsight bias in the courtroom*. Kansas City: University of Kansas Press, 1996;
- PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2007;

POSNER, Richard A. “An economic approach to the law of evidence”. *Stanford Law Review*, Vol. 51, No. 6 (Jul., 1999), pp. 1477-1546;

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006;

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

_____; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012;

PRATO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millennium, 2003;

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996;

PURVES, Alan C. “Putting readers in their places: some alternatives to cloning Stanley Fish”. *College English*, Vol. 42, No. 3 (Nov., 1980), pp. 228-236;

RACHLINSKI, Jeffrey J; KIM, A. Kamin. “Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight”. *Law and Human Behavior*, Vol. 19, No. 1 (Feb., 1995), pp. 89-104;

_____. “A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight”. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, No. 2 (Spring, 1998), pp. 571-625;

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010;

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015;

RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A legitimidade do poder judiciário no regime democrático*. São Paulo: Laços, 2014;

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006;

RAO, Padmanabharao A. *Law and the use of scientific evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 1996;

RASELLI, Alessandro. *Sutdi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975;

REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001;

_____. *Filosofia do direito*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

REINERT, Alexander A. "The burdens of pleading". *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, No. 7 (June 2014), pp. 1767-1791;

RIBES, Diego. "Filosofía de la ciência y anarquismo". *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, Vol. 4, No. 4 (1974), pp. 591-594;

RICCI, Gian Franco. "L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 46. Milano: Giuffrè, 1992;

RICE, Paul; CUTTER, Slade. "Problems with presumptions: a case study of the structural presumption of anticompetitiveness". *The antitrust bulletin*, n. 47. 2002, p. 557, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X0204700401>, acesso em 13.12.2017;

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Piaget, 1995;

_____. *Tempo e narrativa*, t. 3. Campinas: Papirus, 1997;

RIZZIERI, Aaron. "Evidence does not equal knowledge". *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 153, No. 2 (March 2011), pp. 235-242;

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962;

ROCHA, Leonel Severo da. Semiótica e desejo. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (corrd.). *O poder das metáforas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998;

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* São Paulo: FGV, 2013;

ROESE, Neal; VOHS, Kathleen. "Hindsight Bias". *Perspectives on Psychological Science*, Vol. 7, No. 5 (SEPTEMBER 2012), pp. 411-426;

ROOSEVELT, Kermit. "Judicial Activism is not a useful concept". In: BERLATSKY, Noah. *Judicial Activism: opposing viewpoints*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2012;

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1956;

RUSSEL, Bertrand. *The analysis of mind*. Disponível em https://www.gutenberg.org/files/2529/2529-h/2529-h.htm#link2H_4_0007, acesso em 16.11.2017;

SAKS, Michael J; KIDD, Robert F. “Trial by heuristics”. *Law & Society Review*, Vol. 15, No. 1 (1980 - 1981), pp. 123-160;

SALTZBURG, Stephen; MARITN, Michael; CAPRA, Daniel. *Federal rules of evidence manual*, vol. 1. 11th ed. New Providence: LexisNexis, 2015;

SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

SANTOS, Moacyr Amaral. *A prova judiciária no civil e comercial*, vol. 5, 3^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1961;

_____. *Prova judiciária no civil e no comercial*, v. 1, 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1983;

SCARPA, Antonio. *La prova civile: percorsi giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè, 2009;

SCHAUER, Fredrick. “Generality and equality”. *Law and Philosophy*, Vol. 16, No. 3, Racism and the Law: The Legacy and Lessons of Plessy (May, 1997), pp. 279-297;

_____. „Do cases make bad law?” *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 3 (Summer, 2006), pp. 883-918.

_____; SPELLMAN, Barbara. “Analogy, Expertise, and Experience”. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 84, No. 1 (Winter 2017), pp. 249-268;

SCHMIDT, Lawrence. *The Epistemology of Hans-Georg Gadamer: An Analysis of the Legitimization of Vorurteile*. New York: P. Lang, 1985;

SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015;

_____. “As máximas de experiência” na decisão judicial são justificção suficiente na valoração e interpretação probatória? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 17. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 140;

SCHNEPS, Leila; COLMEZ, Coralie. *Math on trial: how numbers get used and abused in the courtroom*. New York: Basic Books, 2013;

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950;

SCHUM, David. *Evidentiary foundations of probabilistic reasoning*. Chicago: Northwestern University Press, 2001;

SCHWARTZMAN, Micah. "Judicial Sincerity". *Virginia Law Review*, Vol. 94, No. 4 (Jun., 2008), pp. 987-1027;

SHAVIRO, Daniel. "Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice". *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 2 (Dec., 1989), pp. 530-554;

SHERMAN, Brad. "Hermeneutics in law". *The Modern Law Review*, Vol. 51, No. 3 (May, 1988), pp. 386-402;

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012;

SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de pruebas judiciales*. Buenos Aires: Atalaya, 1947;

SILVA, Flavio Pâncaro da. "O saneamento do processo". In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989;

SILVA, Maria Luisa Portocarrero. *O preconceito em H-G Gadamer: Sentido de uma reabilitação*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995;

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

_____. *Curso de direito processual civil*, v. I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

_____. "Fundamentação das sentenças como garantia constitucional". In: *Revista magister de direito civil e processual civil*, vol. 10. Porto Alegre: Magister, jan/fev. 2006;

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

SIMON, Dan. "A third view of the black box: Cognitive coherence in legal decision making". *The University of Chicago Law Review*, 71, 2004, 511-586, 2004;

SINGER, Joseph William Singer. “The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory”. 94 *YALE L.J.* 1 (1984);

SIQUEIRA, Ada Bogliogo Piancastelli de. *Notas sobre direito e literatura: o absurdo do direito em Albert Camus*. Florianópolis: Boiteux, 2011;

SHKLOVINSKI, Viktor. “Art as a technique”. *Russian formalist criticism: four essays*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1965;

SMITH, Brian C.; PENROD, Steven D.; OTTO, Amy L.; PARK, Roger C. “Jurors' Use of Probabilistic Evidence”. *Law and Human Behavior*, Vol. 20, No. 1 (Feb., 1996), pp. 49-82;

SOARES, Carlos Henrique. “Reflexiones filosóficas sobre la prueba y verdad em el processo democrático”. In DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, et al. *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D'Placido, 2016;

SOARES, Luis Eduardo. “Hermenêutica e ciências humanas”. In: GAUER, Ruth (coord.). *A qualidade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

_____; GUINDANI, Miriam. “A construção social de uma acusação criminal”. In: *Revista de Estudos criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 19, 2005;

SOUSA, Diego Crevelin de. “Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 96. Belo Horizonte: Forum, out-dez/2016, pp. 49/78;

SOUSA, Monica Medeiros Gaspar de. *A retórica principialista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017;

SOUZA, Ricardo Timm. *Razões plurais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004;

SPINOZA, Baruch. *Coleção os Pensadores: Espinoza*. São Paulo: Abril Cultural, 1983;

STANNARD, John; CONWAY, Heather (orgs.). *The emotional dynamics of law and legal discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2016;

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Ramon Areces, 1990;

STRECK, Lenio Luiz. “A revelação das ‘obviedades’ do sentido comum e o sentido (in)comum das ‘obviedades reveladas’”. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (corrd.). *O poder das metáforas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998;

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011;

_____. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. “O que é isto – a verdade real? – uma crítica ao sincretismo filosófico de terrae brasiliis”. in: *Revista dos Tribunais*, vol. 921. São Paulo: RT, jul/2012;

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014;

STRIPINIS, Daniel. “Probability Theory And Circumstantial Evidence: Implications From A Mathematical Analysis”. *Jurimetrics*, Vol. 22, No. 1 (Fall 1981), pp. 59-82;

SUSTEIN, Cass R. “Behavioral analysis of law”. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 4 (Autumn, 1997), pp. 1175- 1195;

____ R; JOLLS, Christine. “The law of implicit bias”. *California Law Review*, Vol. 94, No. 4 (Jul., 2006), pp. 969-996;

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

_____. “Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz”. *Revista Forense*, vol. 355. Rio de Janeiro: Forense, mai-jun/2001;

_____. “Rethinking the standards of proof”. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No. 3 (Summer, 2003), pp. 659- 677 Published by: Oxford University Press;

_____. “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”. *Revista de derecho*, v. 15, dez/2003, disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010, acesso em 21.11.2017;

_____. “La motivazione dela sentenza”. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 31. Curitiba: Gênesis, jan/mar. 2004;

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012;

TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989;

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011;

TILLERS, Peter. *If wishes were horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals from Being Unfairly Burdened by their Reference Classes*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=711858, acesso em 25.04.1018;

TOMÉ, Fabiana del padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005;

TOSTES, Yhon. “A fundamentação das decisões judiciais entre as generalizações e as singularidades”. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;

TRENTO, Simone. “O dever de fundamentação e a matéria probatória”. In: VASCONCELOS, Fernando Andreonio; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org). *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;

TRIBE, Laurence. “Trial by mathematics: precision and ritual in legal process”. *Havard Law Review*, n. 84, 1971, p. 1.329 e ss.;

_____; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2016;

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974;

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987;

_____. *A causa petendi no processo civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2009;

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988;

TWINING, William. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*. London: Widenfeld & Nicholson, 1985.

- _____; STEIN, Alex. *Evidence and proof*. New York: New York University Press, 1992.
- _____. *Rethinking evidence*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006;
- UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: Juspodivm, 2018;
- UZELAC, A. “Evidence and the principle of proportionality”. In: RHEE, C.H. Van; UZELAC, A (orgs.). *Evidence in contemporary civil procedure*. Cambridge: Intersentia, 2015, pp. 17/32;
- VAN FRAASSEN, Bas. *The scientific image*. Oxford: Oxford University Press, 1980;
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO e NORA. *Manual de processo civil*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1985;
- VATIMO, Gianni. *As aventuras da diferença*. Lisboa: 70, 1980;
- VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013;
- VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. Milano: giuffrè, 1958;
- VERDE, Giovanni. “Domanda (principio della)”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XII. Roma: Treccani, 1989;
- VERDE, Giovanni. *L’onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974;
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 1977;
- VISION, G. “Truly Justified Belief”. *Synthese*, Vol. 146, No. 3 (Sep., 2005), pp. 405-446;
- VOLTAIRE. *Cândido, ou o otimismo*. São Paulo: Abril, 2010;
- WALKER, Jeffrey. “Body of persuasion: a theory of the Enthymeme”. *College English*, Vol. 56, No. 1 (Jan., 1994), pp. 46-65;
- WALTON, Douglas. *Burden of proof, presumption and argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014;
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994;

WEAVER, Russell L. “Langdell’s legacy: living with the case method”. *Villanova Law Review*, n. 36, 1991, p. 517/596;

WEBER, Max. *Ensaio sobre a teoria das ciências sociais*. São Paulo: Centauro, 2003;

WEISBERG, Richard H. “Wigmore and the law and literature movement”. *Law and Literature*, Vol. 21, No. 1 (Spring 2009), pp. 129-145;

WEINSTEIN, Jack B, et. al. *Evidence cases and materials*, 10th ed. St. Paul: West Academic, 2017;

WEITZENFELD, Julian. “Valid reasoning by analogy”. *Philosophy of Science*, Vol. 51. Chicago: University of Chicago, mar/1984), pp. 137-149;

WESTEN, Peter. *Speaking of equality: an analysis of the rhetorical force of equality in moral and in legal discourse*. Princeton: Princeton University, 1990;

WHITE, James B. *Legal Imagination*. Chicago: Chicago University Press, 1973;

WIEACKER, Franz. *A história do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010;

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. “Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial.” In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça – estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contro l’etica della verità*. Bari: Laterza, 2008;

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*, 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.