



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



João Victor Silva Gomes

**O CONCEITO DE COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO**

RECIFE  
2020

JOÃO VICTOR SILVA GOMES

## **O CONCEITO DE COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em  
Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE),  
como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.  
Área de concentração: Transformações do Direito Público  
Linha de pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais  
Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho  
Berardo Carneiro da Cunha

RECIFE

2020



João Victor Silva Gomes

**“O Conceito de Cognição no Processo Civil Brasileiro”**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Transformações do Direito Público  
Linha de pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais  
Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: \_\_\_\_\_

Professor Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha (Presidente/UFPE)

Professor Dr. **Hugo de Brito Machado Segundo** (1º Examinador Externo/UFC)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Beclaute Oliveira Silva** (2º Examinador Externo/UFAL)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Francisco Antônio de Barros e Silva Neto** (1º Examinador Interno/UFPE)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.

Coordenador Prof. Dr. **Everaldo Gaspar Lopes de Andrade**

*Per aspera ad astra*

*“I see my light come shinin’  
From the west down to the east  
Any day now, any day now  
I shall be released...”*

*Bob Dylan*

*Esta obra é dedicada a todos aqueles que se sentem aprisionados pelas amarras metodológicas do (quase sempre) dogmatizante pensamento científico contemporâneo. Libertem-se das suas prisões mentais! Tenham coragem para expor as **suas** ideias, independentemente da repercussão que elas terão, da dimensão dos seus trabalhos, e da extensão dos seus currículos. Ainda que suas palavras contrariem membros da comunidade científica com poder suficiente para tentar calá-las, não silenciem! Há muito mais na racionalidade humana do que aquilo que os esquemas simplistas da razão iluminista nos apresentam. Cabe a nós ter ousadia para pôr a nu esta farsa. Reconhecer nossas limitações cognitivas não é sinal de fraqueza. Aceitar a convivência com nossos fantasmas e influxos emotivos também não. Pelo contrário: esses são os primeiros passos na jornada para o autoconhecimento. Somente quando aprendermos a lidar com nós mesmos, enquanto seres limitados que somos, conseguiremos enxergar a beleza da nossa imperfeição, e desenvolver, da melhor maneira possível, nosso potencial.*

## Agradecimentos

Reconhecer o término de um ciclo nem sempre é tarefa fácil. As lembranças correm pela mente, sentimos saudades, recordamos os bons e maus momentos. Recordamos, especialmente, aqueles que estiveram conosco ao longo da caminhada. Estas páginas, naturalmente, são dedicadas a todas essas pessoas, que me deram a honra da convivência durante a elaboração deste trabalho.

Mas este trabalho marca não só o fim da minha trajetória no Mestrado. Marca, também, o fim da minha trajetória na Faculdade de Direito do Recife (FDR), minha segunda casa nos últimos sete anos. Peço licença, portanto, àqueles que porventura vierem a ler esta seção do trabalho, para eu “lançar”, aqui no meio, a minha “carta de despedida”.

É comum as pessoas aconselharem as outras a “nunca dizer nunca”. No entanto, após cinco anos de graduação, e dois de mestrado – ao longo dos quais, por muitas vezes, tive de ir além das minhas forças (físicas, psicológicas, emocionais e espirituais) para alcançar meus objetivos –, sinto que é hora de dizer adeus.

Não que eu pretenda me afastar da FDR, ou que tenha ficado com qualquer tipo de ressentimento mais sério (afora os estresses causados pela burocracia, e por um ou outro “espírito menos evoluído” que “serviu” de “docente” na graduação). Não é isto. Pretendo continuar frequentando esse espaço que me proporcionou momentos maravilhosos. Na verdade, agora mais do que nunca, sinto-me preparado e disposto para ajudar qualquer aluno, funcionário e professor da Casa de Tobias que, de qualquer forma, precise da minha ajuda.

Trata-se, portanto, de um adeus apenas ao corpo discente da FDR. Não sei bem explicar. Simplesmente me sinto tomado pela intuição de que chegou o momento de encerrar minha “estadia oficial” na casa que aprendi a amar, para continuar minha trajetória acadêmica em outras casas. Talvez isso nunca venha a se concretizar. De qualquer forma, sinto que meus dias de aluno na Faculdade de Direito do Recife estão se encerrando. E aproveito, então, para incluir, nos agradecimentos desta dissertação, todos aqueles que me apoiaram desde que pus os pés pela primeira vez na minha querida FDR. Muito obrigado a todos! Professores, colegas, funcionários e terceirizados. Ser parte desta instituição transformou minha vida, e me fez crescer como ser humano em todos os sentidos imagináveis. E pensar que mais uma marcação de “verdadeiro” ou “falso” equivocada teria me conduzido a um caminho totalmente diferente...

Pois bem! Chega de despedidas. É hora de agradecer. Em primeiro lugar, antes de todos os outros, agradeço ao meu Deus Todo-Poderoso, por ter estado comigo em todas as

madrugadas, em todas as angústias, em todas as dúvidas e momentos de desespero. Quando a fome, o sono, a irritação, a raiva, a tristeza, e tantos outros sentimentos “batiam à porta”, invadindo minha mente, algo mais forte do que eu me fazia pôr tudo isto de lado, erguer a cabeça, respirar fundo e continuar. Até hoje não sei se fui realmente eu quem escreveu a maior parte das páginas elaboradas nas longas madrugadas, que se tornaram a regra durante a escrita deste trabalho. Repetidas vezes, quando finalmente sucumbia ao cansaço, fui dormir com a nítida impressão de que grande parte das últimas páginas redigidas deveriam ter ficado ininteligíveis. E, todas essas vezes, me surpreendi: ao retomar os trabalhos, não conseguia acreditar ter tido a capacidade de escrever aquelas palavras – considerando que eu tinha chegado a um ponto em que mal enxergava a tela à minha frente (evidentemente, raciocinar já parecia algo fora de cogitação neste contexto). Com todo respeito àqueles que não acreditam, credito essa força a Deus. Sem o suporte Dele, este trabalho jamais teria sido escrito.

Aos meus pais Jorge e Gisela, faltam palavras para agradecer. O estímulo, a paciência para escutar minhas lamentações, os conselhos, as repetidas injeções de ânimo, os abraços e as risadas juntos. “Já está quase acabando, filho” foi uma das coisas mais reconfortantes que ouvi nos últimos meses, além dos beijos e abraços. Não chegaria aqui sem vocês, e vocês sabem muito bem disso. Te amo, pai, e te amo, mãe! Esta conquista é de nós três!

Aos meus avós Waldemy, Maria Adelaide (*in memoriam*), Alberto Elísio (*in memoriam*) e Maria Luiza, meu muito obrigado por terem participado não só da minha vida, mas da formação do meu caráter. O incentivo constante para que eu me dedicasse aos estudos e à leitura reforçaram os alicerces construídos por meus pais, e fizeram de mim a pessoa que sou hoje. Meu amor e minha saudade a todos vocês!

Ao meu Mestre, Leonardo Carneiro da Cunha, por simplesmente ser quem é. Léo não é o advogado, professor e autor genial que a maioria das pessoas pensam que ele é. Ele é muito mais que isto. É meu maior exemplo na carreira jurídica. Além disso, seu amor pela família me cativa profundamente, e às vezes chega a me dar vontade de acelerar as coisas, para também formar a minha (ainda assim, a vontade passa depois de algum tempo: ainda não me sinto preparado para tantos novos desafios...). Sua facilidade de conversar sobre assuntos os mais diversos advém da sua paixão pelo conhecimento, e é embasada pela leitura de livros das mais diversas áreas do saber humano (raridade entre os juristas de hoje, cada vez mais acostumados a ler apenas obras de Direito).

Além disso, todos que o conhecem sabem que a humildade e a generosidade são marcas registradas de Léo. Essas qualidades me encantaram desde o dia em que (muito acanhadamente) perguntei se poderia orientar meu trabalho de conclusão de curso (sobre a distinção entre coisa

julgada e estabilização da tutela de urgência, concluído em 2017), quando eu ainda era um aluno do 7º período da graduação na FDR. Não imaginava que alguém com tamanha reputação fosse aceitar tão gentilmente meu pedido (mesmo depois de ele ter sido meu professor em quatro cadeiras da graduação), e muito menos que ele fosse se disponibilizar para corrigir até as vírgulas erradas do meu TCC (à época, passei um dia inteiro, mais de doze horas de trabalho, para corrigir só os erros ortográficos que Leó tinha detectado na versão parcial da minha monografia).

De lá para cá, Leó foi um Mestre amigo, um grande incentivador, e um orientador com muito mais confiança na qualidade do meu trabalho do que eu. Quando soube que eu queria concorrer a uma vaga no mestrado, me estimulou, mas em momento algum me deu qualquer tipo de orientação na redação do projeto, ou no desenvolvimento do tema. Afinal, ele ia fazer parte da banca avaliadora da prova oral. Vencidas as etapas da seleção, pedi, mais uma vez, que fosse meu orientador na dissertação. Leó não apenas concordou, como me deu asas: estimulou meus “devaneios” interdisciplinares, meu desejo de fazer um trabalho que, em função dos aportes extrajurídicos, fazia quase todos olharem com desconfiança. Ele confiou na minha capacidade de enfrentar o tema da cognição judicial em uma humilde dissertação de mestrado.

Serei eternamente grato a ele por tudo isso. Sem falar que graças às aulas, aos conselhos e à convivência com Leó, minha paixão pela academia e pelo processo civil se consolidou ainda mais. Se eu continuar a importuná-los com minhas “ideias estranhas” em salas de aula, congressos, palestras, revistas e (quem sabe) livros, “botem a culpa” nele.

Aos professores Francisco Antônio de Barros e Silva Neto e Pedro Parini Marques de Lima, meu muito obrigado pela excelente banca de qualificação. Seus conselhos, suas críticas, e até mesmo suas manifestações de preocupação com o futuro deste trabalho me ajudaram profundamente, e fizeram com que eu me sentisse desafiado a melhorar, nem que eu tivesse de ir além do meu limite. Posso até não ter conseguido corresponder às suas expectativas, mas tenham certeza de que eu fui além de todos os meus limites para entregar o melhor trabalho dentro das minhas possibilidades. Agradeço, também, por terem sido excelentes professores: as aulas de Chico na graduação intensificaram a paixão pelo processo despertada por Leó, e as de Parini no mestrado me mostraram o quanto eu ainda tinha de aprender sobre uma infinidade de matérias (jurídicas e não-jurídicas). Sei que ainda tenho muito caminho a percorrer, mas seu brilhantismo me inspira. Obrigado!

A todos da “grande família”: meus tios, tios-avós e primos, pelo carinho, pelas palavras de incentivo, e pela confiança no êxito desta pesquisa.

À minha segunda família, a família que eu escolhi, meus amigos de infância, também registro minha gratidão. Em muitos momentos de dificuldade, foram vocês que me escutaram, compartilharam das minhas dúvidas e angústias, e me deram aquele “empurrão” para a linha de chegada (e todos que já jogaram futebol comigo sabem que velocidade não é muito meu forte, então teve de ser um empurrão em tanto). Obrigado, meus velhos, por terem sido o meu segundo porto seguro!

Aos amigos e amigas da Faculdade de Direito do Recife, da graduação e do mestrado, obrigado pela honra de me permitir participar do crescimento de vocês, e por dividirem comigo os momentos de “aperreio” estudantil. Quão reconfortante é saber que você não é o único com dificuldade para entregar o artigo “x”, o capítulo “y”, ou para ler o livro “z” daquela cadeira mais desafiadora.

Aos amigos(as) da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo, cujos membros estou conhecendo aos poucos, agradeço por toda a ajuda oferecida, por terem compartilhado suas experiências de mestrado, e por terem me recebido de braços abertos. Não sei se mereço essa recepção, mas vocês já me conquistaram! Mal posso esperar para me tornar membro da ANNEP.

Aos amigos(as) que fiz em Salvador, por ocasião do primeiro encontro da Procnnet: sou extremamente grato por ter conhecido vocês, especialmente em um momento em que eu estava com sérias dúvidas quanto à minha capacidade de terminar este trabalho a tempo. Nossas conversas naquele fim de semana na Bahia me renovaram de tal forma, que retornei para Recife cheio de esperança. Menos de três meses depois, mais de cento e cinquenta páginas foram escritas, e aqui está o resultado. Obrigado por terem dividido a caminhada comigo!

Também não poderia deixar de agradecer aos professores que compareceram ao encontro da Procnnet em Salvador, e que tão gentilmente cederam seu espaço de protagonismo (mercidamente conquistado) para ouvir um mestrando cheio de dúvidas como eu. Como se não bastasse tamanho ato de generosidade, ofereceram valiosas sugestões, fizeram críticas que me fizeram refletir bastante, e, até mesmo, deram (mesmo que ainda não o saibam) ideias para novos trabalhos. Obrigado, portanto (além, obviamente, do meu orientador, que me honrou com o convite para representar nosso grupo de pesquisa em Salvador), aos professores Drs. Antonio do Passo Cabral, Beclaute Oliveira Silva, Dierle Nunes, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr, Gláucio Maciel, Rodrigo Mazzei e Susana Henriques da Costa. A Fredie, agradeço também pela hospitalidade, e por ter nos proporcionado um ambiente tão agradável para o diálogo (não só de processo civil, como de uma infinidade de outros assuntos). O evento não poderia ter vindo em hora melhor: ele foi um divisor-de-águas na elaboração desta dissertação.

Aos professores Alexandre da Maia, Artur Stamford e Sérgio Torres, agradeço pelas aulas no mestrado. Cada um de vocês teve participação importante. Da Maia me apresentou um mundo de autores totalmente novo para explorar, a começar por Koselleck. Artur forneceu diversas indicações de autores de epistemologia, muitos dos quais sequer tive tempo de ler (ao menos nesta oportunidade). Finalmente, Sérgio Torres me incentivou a redigir um artigo sobre fundamentação das decisões, que abriu novas possibilidades a este trabalho (foi enquanto eu estava escrevendo este artigo que me veio a ideia do “devido processo cognitivo”). Por tudo isso, minha gratidão a vocês três!

A Pedro de Oliveira Alves, agradeço por ter perdido horas preciosas para ler as versões iniciais dos atuais capítulos 2 e 3. Levei em consideração todas as suas observações. Não consegui dar conta de todas, e até discordei de algumas, mas tenha certeza de que elas foram fundamentais.

Agradeço, também, aos servidores administrativos e terceirizados da Faculdade de Direito do Recife. Do Programa de Pós-Graduação em Direito, agradeço aos terceirizados, e aos estagiários que, heroicamente, conduzem grande parte dos serviços burocráticos no nosso prédio da Rua do Hospício.

Um agradecimento especial a todos que trabalham na Biblioteca e no Setor de Obras Raras da Faculdade de Direito do Recife: Aldemir Sebastião dos Santos (mais de 50 anos de serviços prestados à nossa instituição! O senhor é único, Seu Aldemir!), Ana Cristina Vieira, Bruno Rafael Vieira, Cláudia Monteiro, Jefferson Luís Alves Nazareno, Karine Gomes Vilela Falcão, Lílian Bezerra de Mendonça, Lígia Santos da Silva Rodrigues, Lygia Vita, Maria de Fátima Aguiar de Carvalho, Maria José de Carvalho, Maria Marinês Gomes Vidal, e Wagner Carvalho (este último o principal responsável pelas buscas dos inúmeros livros raros que solicitei).

Meu acesso à grande maioria dos livros citados no capítulo 1 se deve às buscas feitas por eles no acervo de demanda reduzida, assim como na coleção especial da nossa biblioteca. Não bastasse a pronta resposta às minhas solicitações – isto é, a buscar toda uma pilha de livros solicitada em uma lista com mais de três páginas (que ainda foi seguida de outra, com ainda mais pedidos) –, me trataram com gentileza ímpar, disponibilizando tudo aquilo de que eu necessitava para fazer minhas consultas, anotações e fotos das passagens que julguei relevantes para o trabalho (todas, naturalmente, sem *flash*). Minha eterna gratidão pela convivência leve e pela paciência nos dias em que, de máscara e luva (aos que dizem que juristas não fazem pesquisa, posso, pelo menos, redarguir que quase me senti como um “pesquisador de verdade” nessa consulta de livros centenários), fiquei folheando, por horas a fio (inclusive acompanhando

a “troca de guarda” entre os servidores do período matutino-vespertino e vespertino-noturno), os livros de que precisava para embasar minha pesquisa. Se nem mesmo meu celular foi capaz de aguentar as mais de mil fotos que tirei (das quais mais da metade foram excluídas em função da falta de nitidez), não sei como vocês conseguiram. Meu muito obrigado por terem feito eu me sentir tão querido nesses dias (algo que nem sempre ocorreu nos meus anos de FDR...).

Por último, agradeço à CAPES, pela bolsa de pesquisa que financiou a qualidade deste trabalho. E sim, digo “qualidade”, porque, mesmo que conseguisse elaborar a dissertação sem tais recursos, eu simplesmente não teria condições de acessar todos os livros que constam das referências (além das dezenas de outros livros que tive de “cortar” do texto final), ou de participar de vários eventos que ocorreram no período do mestrado. Com o sucateamento da universidade pública brasileira, infelizmente só pude contar com a biblioteca da FDR para os livros mais antigos do capítulo 1 (e mesmo assim, eles foram úteis, e fiz questão de agradecer a todos daquela instituição que me ajudaram a consultá-los). E este não é um quadro restrito à UFPE: mesmo outras bibliotecas do estado de Pernambuco (até mesmo de universidades particulares) não dispõem de muitas das obras utilizadas para embasar esta pesquisa.

Sem os recursos da CAPES, tudo teria sido muito mais difícil, e provavelmente este seria um trabalho ainda mais limitado do que já é. Agradeço, portanto, pelos recursos públicos que recebi, que empreguei neste trabalho, e que julgo ter honrado com minha *verdadeira* dedicação exclusiva ao mestrado (sim, porque um compromisso de dedicação exclusiva não é apenas uma folha de papel, e bolsa de pesquisa não é complemento de remuneração).

Manifesto, por fim, meu desejo de que aqueles que administram o orçamento brasileiro honrem nossa Carta Magna, aumentando os investimentos (e não fazendo cortes) em educação pública de qualidade, da base (onde, de fato, temos as maiores disparidades entre ricos e pobres) à pós-graduação (porque sim, pesquisa pode impactar positivamente a economia, gerando patentes e soluções inteligentes que diminuam a nossa dependência excessiva da exportação de *commodities*).

## Resumo

O estudo pretende desenvolver um conceito mais completo de cognição judicial. Ele constrói-se com base na premissa de que uma investigação adequada da cognição judicial exige uma abordagem interdisciplinar, agregando contribuições de várias áreas do conhecimento. Assim, ainda que o Direito (definitivamente) tenha um papel importante nessa definição, suas lições são insuficientes. Por meio de revisão bibliográfica, a análise inicia tentando oferecer ao leitor uma visão panorâmica do conceito de cognição judicial no processo civil brasileiro. Prossegue, então, para acrescentar noções da biologia, da neurociência, da psicologia e da epistemologia, as quais devem integrar o conceito. Após mostrar a importância fundamental de uma abordagem interdisciplinar como esta, a pesquisa tenta harmonizar essas noções às prescrições do direito brasileiro. Para tal fim, defende-se a existência de um “devido processo cognitivo”, que é nada mais do que a aplicação do devido processo legal à cognição judicial. O devido processo cognitivo consiste no corpo de normas impostas (democraticamente ou não) por um ordenamento jurídico ao comportamento judicial, especialmente no tocante à análise de alegações e provas. Ele estabelece padrões cognitivos que os juízes devem perseguir em uma determinada sociedade. Por fim, o estudo se encerra oferecendo um conceito que considera mais completo para a cognição judicial.

Palavras-Chave: Cognição. Psicologia. Epistemologia. Devido Processo Legal. Devido Processo Cognitivo.

## **Abstract**

The study aims to develop a more complete concept of judicial cognition. It builds on the premise that an adequate investigation of judicial cognition demands an interdisciplinary approach, aggregating contributions from various branches of knowledge. Therefore, even though Law (definitely) plays an important role in this definition, its lessons are insufficient. Through literature review, the analysis starts by attempting to offer the reader a bird's eye, panoramic view of the concept of judicial cognition in Brazilian civil procedural law. Then, it proceeds to add notions from biology, neuroscience, psychology and epistemology, all of which should integrate the concept. After showing the paramount importance of an interdisciplinary approach such as this one, the research attempts to harmonize these notions with the prescriptions of Brazilian law. To this end, it advocates for the existence of a “due cognitive process”, which is nothing more than the application of due process of law to judicial cognition. Due cognitive process consists on the body of norms imposed (democratically or not) by a legal order to judicial behavior, especially in assessing claims and evidence. It establishes cognitive standards, which judges must strive for in a given society. Lastly, the study ends by offering what considers being a more complete concept for judicial cognition.

Keywords: Cognition. Psychology. Epistemology. Due Process of Law. Due Cognitive Process.

## Resumen

Este estudio intenta desarrollar un concepto más completo de cognición judicial. Se construye con base en la premisa de que una investigación adecuada de la cognición judicial exige un abordaje interdisciplinar, agregando contribuciones de diversas áreas del conocimiento. Así, aunque el Derecho (definitivamente) desempeñe un papel importante en esa definición, sus lecciones son insuficientes. Por medio de revisión bibliográfica, el análisis inicia ofreciendo al lector una visión panorámica del concepto de cognición judicial en el proceso civil brasileño. Prosigue, entonces, para añadir nociones de la biología, de la neurociencia, de la psicología e de la epistemología, las cuales deben integrar el concepto. Después de mostrar la importancia fundamental de un abordaje interdisciplinar como esta, la pesquisa intenta armonizar esas nociones con las prescripciones del derecho brasileño. Para tal fin, defiende la existencia de un “debido proceso cognitivo”, que es nada más que la aplicación del debido proceso legal a la cognición judicial. El debido proceso cognitivo consiste en el cuerpo de normas impuestas (democráticamente o no) por un ordenamiento jurídico al comportamiento judicial, especialmente en lo tocante a los análisis de alegaciones y pruebas. Él establece estándares cognitivos que los jueces deben perseguir en una determinada sociedad. Por fin, el estudio termina ofreciendo un concepto que considera más completo para la cognición judicial.

Palabras Clave: Cognición. Psicología. Epistemología. Debido Proceso Legal. Debido Proceso Cognitivo.

## Sumário

<b>1. Introdução</b> .....	16
<b>2. O estado da arte do conceito de cognição no processo civil brasileiro: do Código de 1973 até os dias atuais</b> .....	43
2.1 Etimologia da palavra cognição: significado usual, acepção jurídica comumente atribuída ao termo e as relações entre cognição exercida (esforço) e cognição obtida (resultado).....	43
2.2 O conceito de cognição judicial no processo civil: uma visão panorâmica da doutrina brasileira .....	51
2.2.1 <i>O conceito de cognição judicial entre 1973 e 1990 (período anterior à repercussão da tese de Kazuo Watanabe)</i> .....	51
2.2.2 <i>A tese de Watanabe e seu conceito de cognição (1987)</i> .....	58
2.2.3 <i>O estudo da cognição judicial no período pós-Watanabe (1987–2019)</i> .....	65
2.3 A inserção, na doutrina processual civil, do ideal de busca da verdade no conceito de cognição judicial.....	79
2.3.1 <i>A relação entre cognição e verdade como uma tradição da doutrina processual brasileira: a importação e o posterior processo de “naturalização” de uma determinada visão de “verdade” no estudo da cognição judicial</i> .....	79
2.3.2 <i>Michele Taruffo: cognição judicial como busca da verdade, agora sob novas (e mais elegantes) roupagens</i> .....	86
2.3.3 <i>O impacto das ideias de Taruffo no Brasil: seguidores e críticos no processo civil brasileiro contemporâneo</i> .....	100
<b>3. Neurociência e psicologia: os limites da mente humana e o nosso conceito de racionalidade</b> .....	115
3.1 Cognição judicial como um tema essencialmente interdisciplinar.....	115
3.2 As limitações inerentes ao cérebro humano: raciocínio simplificador, vieses cognitivos e o dilema em relação a como reduzir sua interferência no processo .....	121
3.2.1 <i>Racionalidade limitada como imperativo biológico do ser humano</i> .....	121
3.2.2 <i>Raciocínio simplificador, heurísticas e a inevitável influência dos vieses cognitivos no exercício da cognição</i> .....	128
<u>3.2.2.1 <i>Nocções gerais sobre heurísticas e vieses</i></u> .....	128

3.2.2.2 <u>Vieses em espécie</u> .....	133
3.2.2.3 <u>Juízo crítico, autocontrole e <i>insulating</i>: as estratégias para conter as interferências dos vieses (e sua limitada capacidade de fazê-lo)</u> .....	153
3.3 O funcionamento da mente humana entre razão e emoção: o equívoco da separação entre corpo e mente e o impacto desta concepção na psicologia e na epistemologia. Da necessidade de elaborarmos um conceito mais preciso de “racionalidade” .....	160
3.4 Máximas da experiência: afinal, elas são fruto da “intuição” (Sistema 1), da reflexão (Sistema 2), ou de uma integração entre os dois? .....	170
<b>4. A trajetória da verdade na epistemologia: novas limitações do conhecimento humano, e seu inevitável impacto no conceito de cognição</b> .....	176
4.1 Platão x Aristóteles: duas (ou seriam três?) concepções de “verdade” e de “conhecimento” – Entre o mundo das ideias, a verdade como correspondência e a construção retórica da “verdade do caso concreto” .....	176
4.2 Descartes e a adoção da visão platônica como modelo para a ciência moderna – A propagação do culto à “verdade” no pensamento científico.....	183
4.3 A consolidação da mentalidade racionalista e seu impacto na ciência e prática jurídicas – Direito e processo vistos como instrumento para a “busca da verdade” .....	192
4.4 Visões contemporâneas acerca do papel da ciência e da busca de conhecimento: a necessidade de negar os dogmas iluministas de sacralização da razão para construir uma teoria do conhecimento possível, e porque isto interessaria não só à ciência do Direito, mas também à aplicação deste em um processo judicial .....	201
4.4.1 <i>Processo como um locus adequado para a busca da verdade? A falibilidade inerente a qualquer atividade cognitiva humana, ou do porquê de jamais conseguirmos dar respostas definitivas para qualquer problema</i> .....	201
4.4.2 <i>Ciência e processo como atividades dinâmicas: a natureza cíclica do pensamento como um atributo comum às análises de cientistas e juízes</i> .....	207
4.4.3 <i>Será que existe apenas um único método adequado para conduzir a investigação processual? Anarquia, pluralização metodológica e flexibilização procedimental</i> .....	214
4.5 Se a epistemologia se revela uma ciência humana limitada, incapaz de garantir o alcance da verdade, qual a utilidade de continuarmos a lançar mão dela? É possível trabalhar com	

<i>standards</i> epistêmicos mais “humildes”? E como isso auxiliaria o Direito e, especialmente, a cognição judicial? .....	220
<b>5. Reconstruindo o conceito de cognição: nossa proposta</b> .....	227
5.1 Afinal, como o ordenamento jurídico brasileiro estrutura a cognição? Dos aportes extrajurídicos para as amarras do sistema: cultura, positivação de valores e delimitação legislativa da atividade cognitiva .....	227
5.2 Do devido processo legal ao "devido processo cognitivo": o desdobramento da norma fundante do sistema processual pátrio em relação à cognição .....	239
5.3 A atuação das componentes do “devido processo cognitivo” na formação do convencimento dos magistrados .....	247
5.4 O papel especial do dever de fundamentação específica no âmbito do devido processo cognitivo: a “filha” incumbida de vigiar suas outras “irmãs” .....	258
5.5 Condicionantes biológicas + limitações cognitivas (psicológicas e epistemológicas) + particularidades procedimentais + contraditório substancial + dever de fundamentação específica, exaustiva, ou “forte” = inexistência de cognições “parciais” e “sumárias” em nosso sistema processual civil .....	262
5.6 Nossa proposta de conceito para a cognição judicial: combinando ideias “como quem junta tijolos” .....	272
<b>6. Conclusão</b> .....	280
<b>Referências</b> .....	285

## 1. Introdução

### **Advertência inicial: esta não é uma introdução “comum” (até porque este também não é um trabalho “comum”)**

A existência de “itens” dentro de uma introdução pode causar estranhamento. De fato, por muito tempo cogitamos se seria melhor reduzir as considerações introdutórias a um mínimo, ou se não seria melhor criar um capítulo inteiro dedicado a essas noções (reservando menções mais genéricas acerca do objeto e da estrutura do trabalho para uma nova introdução, mais sintética).

Após analisar bem as duas opções, optamos por não ir em nenhuma dessas duas direções. A uma, porque a supressão dos comentários feitos nestas páginas introdutórias apartaria o texto principal de suas premissas, tornando-o obscuro em várias passagens, o que poderia gerar uma série de confusões no leitor (que partiria para o texto sem compreender como lidamos com os temas tratados, isto é, quais foram nossos pontos de partida para o desenvolvimento das nossas ideias).

Além disso, expor as premissas que nortearam a elaboração de qualquer estudo é algo que, segundo entendemos, faz parte do dever de honestidade de qualquer autor. Por essas razões, entendemos que essas eram noções que tinham de ser apresentadas ao leitor – e isto tinha de ser feito o quanto antes, já nas primeiras páginas do trabalho.

Ao mesmo tempo, percebemos que essas premissas não mereciam um capítulo específico. Elas não se encaixavam como um primeiro capítulo introdutório (nem, aliás, em nenhum outro lugar), já que grande parte dos questionamentos que elas levantam não poderiam ser minimamente aprofundados. Teríamos um capítulo curtíssimo, pobre de conteúdo, e que levantaria muito mais dúvidas do que forneceria respostas. Além disto, a inclusão das notas introdutórias como capítulo prejudicaria a estrutura que já tinha sido projetada para o texto principal: elas simplesmente não “casavam” com os outros capítulos.

Por estas razões, decidimos arriscar. Elaboramos uma introdução nada ortodoxa, com um número de páginas que pode soar extremamente exagerado (e que pode, inclusive, assustar o leitor, embora desejemos que isto não aconteça). Ainda assim, esperamos que ela deixe bem claras as premissas de que partimos – e esclareça, para além das perguntas iniciais que motivaram o início das nossas pesquisas (isto é, o “problema de pesquisa” propriamente dito), alguns dos questionamentos com os quais nos deparamos assim que “mergulhamos” nas primeiras leituras.

Esta é, portanto, uma introdução heterodoxa, estranha, pouco comum. De certa forma, após todas as dúvidas em torno de qual seria a melhor maneira de expor as noções nela contidas, parece que o caminho tomado é, ironicamente, o mais adequado para o tipo de trabalho que este se tornou.

Isto porque, conforme fomos constatando ao longo da elaboração de cada um dos itens que o compõem, este também não é um trabalho “comum” de processo civil. A forma de abordagem, as fontes em que fomos buscar auxílio, e os próprios títulos dos capítulos, itens e subitens revelam um texto que “destoa” daquele “padrão” mais dogmático dos estudos de processo em nossa doutrina.

Em mais uma manifestação do nosso (incorrigível) excesso de sinceridade, temos de admitir que, conforme íamos desenvolvendo nosso pensamento, fomos nos sentindo cada vez mais “estranhos”, como se esta pesquisa fosse uma espécie de “Frankenstein” dentro do estudo do processo.

Concluído o texto, mudamos nossa perspectiva. Este é, de fato, um trabalho não muito comum em nossa área. Mas percebemos que sua importância residia justamente aí. Não que nossa abordagem seja melhor ou pior: ela é, apenas, diferente. E isto, constatamos, pode ser excelente para qualquer campo do conhecimento, na medida em que pode encorajar outros pesquisadores a desenvolver estudos tão “heterodoxos” e “estranhos” quanto o nosso. Se conseguirmos incentivá-los, já estaremos satisfeitos – mesmo que o conteúdo do nosso texto seja duramente criticado pela comunidade acadêmica.

Tudo isso dito, resta pontuar que a estrutura heterodoxa desta introdução faz com que ela tenha uma natureza “híbrida”. Isto porque ela traz tanto aqueles elementos “tradicionais”, que toda introdução costuma conter – tais como objeto, fontes, e estrutura do trabalho –, como itens específicos, dedicados às nossas premissas.

Para facilitar a compreensão do leitor, rotulamos os itens desta introdução de maneira que permita identificar, imediatamente, se ele está diante de uma premissa ou de um item tradicional. Esperamos que isto possa, ao menos, amenizar um pouco eventuais sensações de “estranhamento” para com a forma que optamos por estruturá-la.

### **Objeto e problematização**

Como pensam os juízes? Como analisam as alegações das partes? E as provas? E como decidem? Talvez estas sejam algumas das perguntas mais repetidas em Direito. Como crianças curiosas e insistentes, os juristas vêm fazendo estes questionamentos há séculos.

Tal insistência, no entanto, se justifica, na medida em que tentar entender como raciocinam os que nos julgam é um passo importantíssimo para o “controle de qualidade” da prestação jurisdicional em um Estado Democrático de Direito.

No entanto, ao menos no âmbito do processo civil, essas dúvidas não têm sido enfrentadas de maneira adequada – o que, naturalmente, faz com que as respostas oferecidas sejam igualmente inapropriadas, e incapazes de fornecer uma explicação satisfatória para o fenômeno da cognição judicial. Mas por que, exatamente, as elaborações doutrinárias estão falhando?

Em nossa opinião, a doutrina peca por estar acostumada a desenvolver teorizações e propostas de aplicação para um instituto cujo conceito não está bem-definido. Não sabemos ao certo com o que estamos lidando. Partimos do pressuposto de que “cognição” é análise de fatos e provas – sem preocupação alguma em dizer em que consistiria tal análise –, e daí já partimos para tratar do objeto da cognição – e das dicotomias que surgem desse estudo (questões preliminares x prejudiciais, de fato x de direito, etc.) –, dos supostos “níveis de cognição”, e do relacionamento da cognição com a coisa julgada.

Não estamos querendo dizer que a cognição judicial não corresponda a uma atividade mental, de análise do conjunto probatório pelo órgão julgador. Apenas consideramos que, formulado dessa maneira, o conceito está irremediavelmente incompleto. Ele é insuficiente para explicar como o julgador pensa e, conseqüentemente, para que saibamos quais os limites e vícios da sua atividade mental. E, se não soubermos um mínimo que seja acerca de até onde a mente dos nossos magistrados pode ir, como podemos pretender falar em controle dessa atividade pelo Direito?

Este trabalho parte, portanto, do pressuposto de que o conceito de cognição judicial usualmente empregado pela doutrina processual é superficial, extremamente genérico e pouco explicativo. Na tentativa de sanar esse problema, buscamos não destruir completamente o conceito tradicional, mas fazer-lhe acréscimos, com o propósito de enriquecê-lo, para que passe a dotar de uma carga explicativa mais densa.

Só assim podemos começar a tentar responder perguntas como a que iniciam esta introdução. Segundo pensamos, qualquer estudo sobre o tema deveria, antes de pensar em aplicações práticas e manipulações de técnicas cognitivas, dar um passo atrás, para deixar bem claro qual é o conceito de cognição de que se parte.

Ao menos no caso brasileiro, o cenário de escassez doutrinária que encontramos (quando iniciamos as pesquisas que deram origem a este trabalho) foi tão preocupante que consideramos que essa tarefa de conceituação merecia um trabalho próprio.

Antes de prosseguir com outros estudos sobre cognição, constatamos que era necessário começar pelas fundações do instituto. É que, além de ter sido pouco estudado pela processualística pátria, ele foi, quando muito, abordado de forma extremamente superficial. Assim, para solucionar o problema, suprimindo ao menos parte das muitas lacunas doutrinárias em torno da cognição judicial, reconhecemos que era preciso ir com calma, construindo os alicerces degrau após degrau.

O primeiro degrau, a pedra fundamental, aquilo que parecia mais importante aos nossos olhos, era a elaboração de um conceito mais preciso de cognição, que permitisse ao menos dar uma resposta mais *completa* (isto é, mais detalhada e bem-fundamentada) às perguntas “batidas” “como pensam os juízes?”, “como se dá a análise do conjunto probatório?”, e “será que nosso ordenamento é capaz de (e, em caso positivo, como isto é feito) estabelecer parâmetros para a regular a atividade cognitiva dos nossos magistrados?”

Esta preocupação se transformou neste trabalho. Optamos por nos concentrar no detalhamento do conceito de cognição – embora reconheçamos, desde já, que só conseguimos caminhar até certo ponto, dadas as limitações inerentes a este estudo. Há, ainda, muitos aprofundamentos que precisam ser feitos para que o conceito se torne, progressivamente, mais adequado para retratar o complexo fenômeno da cognição judicial.

De qualquer forma, encaramos (e rogamos ao leitor que também encare desta forma) este trabalho como um ponto de partida para novos estudos acerca do tema. A partir dele, não só podemos avançar com outros trabalhos de nossa autoria, como a própria doutrina pode encontrar nele bons pontos de partida.

### **Cognição como tema que exige uma abordagem *multidisciplinar*. Cognição judicial como tema que se contenta, pelo menos, com a *interdisciplinaridade***

Em primeiro lugar, devemos destacar que o estudo do pensamento dos juízes – isto é, da análise cognitiva por eles realizada – é tão complexo como relevante. É que, apesar da essencialidade do tema, ele pode ser desenvolvido de forma totalmente diferente, a depender do ramo do direito de que se parta (penal, civil, tributário, administrativo, processo civil, processo penal, etc.). Mais que isto, se formos para fora da “árvore jurídica”, constataremos que a cognição costuma ser objeto de estudo de um sem-número de outras áreas do conhecimento.

Psicologia, biologia, medicina (neurociência), epistemologia, filosofia (através dos seus ramos retórica, hermenêutica e ética), sociologia e economia são algumas das áreas que costumam estudar o comportamento humano – e que, ao fazê-lo, tentam propor explicações

para a forma como nossa mente funciona (isto é, para o *modus operandi* da nossa atividade cognitiva).

O Direito Processual Civil parece ter esquecido desse aspecto basilar da cognição, *que é o seu caráter eminentemente multidisciplinar*. Pesquisadores os mais diversos estudam diuturnamente o comportamento humano em suas próprias ciências, muitas vezes fornecendo sugestões úteis para o avanço da teoria e da prática jurídicas. Às vezes estes estudiosos se comunicam com pesquisadores de outros nichos (*e.g.*, psicólogos dialogam com neurocientistas, economistas dialogam com sociólogos, filósofos trocam *insights* com psiquiatras), contribuindo mutuamente para que se alcancem descobertas úteis a ambas as áreas. Entretanto, no geral, o que se vê é uma certa carência dessa comunicação entre especialistas, que terminam conversando apenas com seus pares, dentro dos limites estreitos daquela parcela da comunidade acadêmica a que pertencem.

Os juristas têm sido, talvez, a classe de especialistas que mais costuma adotar este expediente isolacionista. Fechados em nosso mundo de normas (supostamente apartado do mundo fenomênico), nos acostumamos a ignorar o que nossos colegas cientistas vêm fazendo em seus respectivos campos de estudo, como se o Direito, por si só, bastasse para dar conta de todos os nossos problemas. Passamos a nutrir uma certa aversão por qualquer proposta que exija de nós paciência e boa vontade para sair do nosso *habitat*, compreender a linguagem de outros grupos de pensadores e, só então, identificar em suas propostas algo que possa ser útil para a nossa ciência jurídica.

Reconhecemos que, quando um estudo é desenvolvido com o escopo de solucionar problemas jurídicos (como o nosso), é preciso não perder de vista a circunstância de que, antes de mais nada, deve guardar compatibilidade com as contingências específicas do ordenamento jurídico ao qual pretende aplicar-se. Por esta razão, entendemos que, conquanto a cognição possa ser estudada de forma multidisciplinar, mediante o uso de ferramentas próprias a várias ciências diferentes (que, por sua vez, poderão oferecer sugestões aplicáveis a todas estas mesmas ciências), *quando o objetivo se restringe a solucionar problemas que interessam à teoria e prática jurídicas, o que se requer é uma aproximação interdisciplinar* – que tente harmonizar, por exemplo, noções de psicologia, epistemologia e sociologia com as limitações de um dado sistema de normas, criando, assim, propostas de psicologia *jurídica*, epistemologia *jurídica* e sociologia *do Direito*.

Além disso, não dispomos da *expertise* necessária para realizar uma abordagem multidisciplinar da cognição (afinal não temos formação específica em outra área além do

Direito), que permitiria tratar em maior profundidade de uma gama de áreas do conhecimento, assim como propor sugestões pretensamente úteis a todas essas áreas.

Foi, portanto, com base nessa limitação pessoal, e no interesse de limitarmos nossas sugestões ao direito processual civil, que entendemos que a única estratégia viável para a confecção deste trabalho seria lançar mão da interdisciplinaridade.

Tudo isso posto, mesmo abordagens interdisciplinares (que, ao menos em tese, são mais simples de serem desenvolvidas, na medida em que se busca compatibilizar conceitos “estrangeiros” ao arcabouço teórico de um campo do saber já dominado pelo pesquisador) são raras no Direito, ainda mais raras no processo civil, e praticamente inexistentes nos estudos que são feitos deste no Brasil. Em nosso país, os processualistas se acostumaram a rotular de “estudo da cognição” a análise de algumas categorias jurídico-processuais específicas, que nada revelam acerca dos meandros da análise realizada pelos magistrados.

Com efeito, fala-se, como já pontuamos acima, em cognição sumária e exauriente, e em classificações de questões (como a que opõe questões de fato e de direito). No entanto, a doutrina pouco produz em relação às peculiaridades que permeiam o raciocínio do magistrado, seja no tocante à análise das alegações apresentadas pelas partes (e das provas produzidas para sustentá-las), seja em relação à forma como é encarada a condução do procedimento como um todo (ou seja, como o juiz deveria *raciocinar* ao longo de *todo o curso do processo, e não apenas no momento de emitir decisões*).

Essa é uma carência que só pode ser suprida se, primeiro, compreendermos como os seres humanos tomam decisões. Precisamos, para saber como os juízes pensam, conhecer os limites das nossas possibilidades cognitivas, para que identifiquemos os erros que nosso cérebro costuma cometer diante de certas pressões externas.

Com isso, entram em cena contingências biológicas, históricas e socioeconômicas, além de noções relativamente novas em ciência, fruto das pesquisas recentes de psicologia e neurociência acerca da racionalidade, que chamam a atenção para a influência dos *vieses cognitivos* e dos *influxos emotivos* na tomada de decisões. São fatores que não podem ser menosprezados em qualquer trabalho que se dedique a investigar o processo de tomada de decisão de humanos. Afinal, todos nós, enquanto componentes de uma mesma espécie (e de uma mesma espécie que compartilha, além da biologia, um mesmo contexto histórico e social), estamos igualmente sujeitos a essas mesmas peculiaridades cognitivas.

Da mesma maneira, um estudo do comportamento do magistrado diante das alegações e provas discutidas no processo passa por uma definição do que se entende como “conhecimento possível” – isto é, daquilo que o pesquisador entende como capaz de ser extraído

por um sujeito cognoscente (juiz) de objetos cognoscíveis (conjunto probatório, que, para nós, é igual a alegações “mais” provas). Em outras palavras, um trabalho sobre cognição judicial deve deixar claras as premissas de seu autor quanto às possibilidades humanas de conhecer fatos e versões. Deve trazer, ainda que de forma simplificada, as noções de epistemologia com as quais o pesquisador concorda.

### **Entre o culto da verdade e o relativismo: a importância deste problema para a cognição judicial, e nossa tentativa de encontrar um “meio-termo”**

Com a propagação da mentalidade racionalista (fundada, principalmente, no pensamento de Descartes, mas também influenciada pela mecânica newtoniana) pelo Iluminismo, passou-se a defender a possibilidade de o homem alcançar a verdade, nos mais variados campos do conhecimento. O avanço proporcionado pelo desenvolvimento da ciência fez com que se acreditasse que, seguindo aquele método “revolucionário” e aparentemente infalível, poderíamos chegar, em pouco tempo, a todas as respostas que buscávamos em relação a nós mesmos e ao mundo à nossa volta.

Essa “euforia” perdurou de meados do século XVII às primeiras décadas do século XX, e inegavelmente deixou sua marca na história (e, em especial, na tradição ocidental). Há de se reconhecer que a sociedade de que hoje fazemos parte é tributária das descobertas desse modelo de “fazer ciência” – que moldou nosso pensamento, nossa relação com afirmações e teorias as mais diversas (relação que passou a ser mediada pela *ciência*) e nosso próprio estilo de vida<sup>1</sup>.

Apesar da relevância de muitas das transformações proporcionadas por esse “paradigma racionalista”, fato é que, a partir do início do século XX, começaram a surgir novas teorias, que revelavam quão utópicas eram as esperanças dos iluministas de que estaríamos próximos de um “ponto final” no conhecimento humano. As descobertas de Einstein e Bohr apontaram as imperfeições da física moderna, de base newtoniana, e mostraram como ainda estávamos distantes de obter um conhecimento preciso acerca de milhões de coisas que participam do funcionamento do universo. Havia muito que ainda não sabíamos, além de problemas aos quais nunca seríamos capazes de dar uma resposta final.

---

<sup>1</sup> Hoje a ciência perpassa nossas vidas. Passamos a utilizar no dia a dia perguntas do tipo “como você chegou a tal conclusão?” “Qual o método utilizado?” “Qual seu embasamento científico para tanto?” “Esta afirmação é corroborada por achados de especialistas, ou é apenas uma suposição sua?” A mentalidade investigativa própria ao método científico cartesiano se tornou, portanto, parte integrante de nós mesmos. Pode-se tecer tanto considerações boas quanto ruins para esse fenômeno, mas o fato é que ele se consolidou na coletividade, afetando praticamente qualquer pessoa que tenha, pelo menos, concluído o ensino médio. Com efeito, uma das grandes marcas da revolução científica é o fato de que pessoas que não possuíam formação técnica específica nos mais variados assuntos passaram a utilizar estratégias (métodos) comuns para averiguar se enunciados parecem plausíveis.

Na filosofia, a virada linguística do novo Wittgenstein representou um duro golpe nas concepções semânticas do significado, demonstrando como era inadequado crer que chegaríamos a enunciados perfeitamente verdadeiros usando da comunicação (algo que era defendido no *Tractatus*, obra anterior do próprio Wittgenstein).

A revolução nas ciências naturais não apenas fez surgir uma nova gama de problemas a serem resolvidos, como escancarou os limites de uma ciência que até então se mostrava como apta a lidar com qualquer tipo de questionamento. Por sua vez, a dimensão pragmática da linguagem passou, então, a ser defendida como uma alternativa viável, diante da impossibilidade de pôr em prática o plano “mágico” do Iluminismo de transmitir um conhecimento plenamente confiável, e absolutamente correto, sobre qualquer assunto.

Esse momento foi um ponto de inflexão na história humana, e um que até hoje não conseguimos resolver. Ao mal-estar causado pelas descobertas do início dos noventa, acrescentem-se duas grandes guerras, com uma grave crise econômica das potências ocidentais no meio, e torna-se compreensível que o descontentamento com o paradigma racionalista tenha feito surgir uma corrente radicalmente oposta em relação às promessas da ciência moderna.

Embalado pelo desencanto com os recém-desnudos limites do método cartesiano (ou cartesiano-newtoniano, se se preferir), o ceticismo foi ganhando espaço ao longo do século XX, mormente com o ambiente de “ressaca” que sucedeu o fim da Segunda Grande Guerra.

Nesse espaço de incredulidade, foram surgindo os “pós-Modernos”<sup>2</sup>, que passaram a sustentar que a constatação das limitações da ciência moderna apontava para a chegada de uma nova era – supostamente marcada pelo fim das grandes narrativas iluministas, e pela relativização de seus dogmas. Dentre tais dogmas, passou a ser questionada a ideia de “verdade” e de “conhecimento verdadeiro”.

Um trabalho sobre cognição judicial precisa deixar claro, de antemão, como lida com a noção de verdade, pois a relação que o pesquisador tem para com esta é crucial para definir as premissas que nortearão sua forma de encarar as capacidades cognitivas do julgador (em relação às afirmações e provas colacionadas ao processo).

Antes disso, porém, faz-se mister fazer uma importante distinção, necessária em virtude da multiplicidade de significados do termo “verdade”. Precisamos salientar a diferença entre as dicotomias “verdade x mentira” e “verdade x erro ou falsidade”.

---

<sup>2</sup> Para os efeitos desta introdução, usaremos desse rótulo (“pós-Modernos”) para fazer menção a autores como Derrida, Lyotard e Rorty. Já adiantamos, contudo, que agrupá-los sob uma mesma categoria só se justifica por questões didáticas. A rigor (como veremos, em mais detalhes, no capítulo 1), tais pensadores até podem ter pontos em comum, mas temos sérias dúvidas acerca do acerto em categorizá-los como uma “escola de pensamento” minimamente homogênea.

Esse é um mal-entendido que devemos evitar, pois, apesar da polissemia do vocábulo, *não se pode confundir seu sentido de sinceridade* (cujo oposto é a mentira, consistente na *ação deliberada de distorcer algo que se sabe incorreto ou não condizente com os fatos*) com a sua aceção de algo “correto”, “comprovado”, “consistente com os fatos a que se faz menção” (cujo oposto é a falsidade, no sentido de erro, incorreção, hipótese falha por não corresponder, exatamente, àquilo que pretendia explicar)<sup>3</sup>. Logo, embora quem defenda a verdade geralmente acredite ser ela viável nessas duas aceções, quem a critica não necessariamente defende a mentira, o engodo, a dissimulação.

Isso posto, entendemos que é nosso dever esclarecer ao leitor, desde já, que pensamos que, após as descobertas dos últimos cem anos, não faz mais sentido falar em alcance da verdade em nosso século XXI. “Verdade” (muitas vezes escrita assim, com “V” maiúsculo) é termo que traz, em si, uma pretensão absoluta, a ideia de um “ponto final” na investigação de um fenômeno.

Tal ponto final é inalcançável, por uma sem-número de contingências (das quais algumas serão apresentadas, ao longo deste estudo, com a profundidade que julgamos adequada às dimensões limitadas desta obra). É, portanto, uma utopia achar que o ser humano possa usar seu intelecto para chegar a conclusões permanentes sobre qualquer coisa. Em nossa ótica, todo conhecimento é provisório. Sendo assim, considerando que os juízes também são seres humanos, defenderemos diversas vezes, ao longo do trabalho, a necessidade de afastar o processo civil do ideal utópico da busca da verdade, por razões que manifestaremos em todos os capítulos.

Mais especificamente, nosso “incômodo” é com a noção de “verdade-como-correspondência” – uma corrente acerca da verdade que, em sua aceção tradicional, defende que seria possível reconstruir à exatidão fatos pretéritos, para, com isto, chegar a conclusões 100% (cem por cento) confiáveis sobre um determinado fenômeno –, e com aqueles que acreditam que ela possa ser aplicada à realidade do processo judicial.

Essa noção de verdade assumiu, nos dias atuais, novas roupagens. Hoje, a quase unanimidade da doutrina processual continua a afirmar que a busca da verdade é algo possível e desejável, mesmo que o resultado obtido não seja plenamente (isto é, 100%) confiável. Em nossa opinião, essa versão *soft* da verdade-como-correspondência não convence: ao fim e ao cabo, por mais que se esforcem para dizer que estão conscientes das limitações humanas, tais

---

<sup>3</sup> No mesmo sentido, embora não concordemos com todas as conclusões, consulte-se RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal – Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 70–73.

autores não conseguem escapar do fato de que o vocábulo “verdade” sempre traz uma pretensão para o definitivo, para o absoluto.

Assim, expressões como “verdade relativa”, “verdade possível” e “verdade provável” nada mais são do que tentativas disfarçadas de atualizar algo apenas com mudança de nomenclatura (no caso, com adjetivações).<sup>4</sup> Como veremos principalmente no capítulo 1, a tal “verdade relativa e objetiva”, quando alçada à categoria de finalidade do processo, termina impondo metas ao julgador que, ao fim e ao cabo, exigem que ele satisfaça aquelas mesmas pretensões de perfeição (na “reconstrução dos fatos pretéritos”) que são típicas da vertente tradicional da verdade-como-correspondência. Voltam, portanto, ao mesmo lugar dos cultores da verdade absoluta, defendendo que o julgador entregue algo fora do alcance de qualquer ser humano.

Reitere-se, contudo, que o nosso esforço em nos afastar do compromisso com a busca da verdade (enquanto objetivo primeiro da cognição judicial) não implica fechar os olhos para as mentiras deliberadas feitas por sujeitos processuais – as quais contrariam a ordem jurídica, e que, inclusive, para além de eventuais sanções cíveis, constituem ilícitos penais, tipificados no capítulo do Código Penal brasileiro que trata “dos crimes contra a administração da justiça”.<sup>5</sup>

Ao mesmo tempo, pensamos que há de se ter alguma forma de distinguir entre diferentes explicações, para que possamos selecionar aquelas que pareçam mais plausíveis, aceitáveis ou, se se prefere, mais *corroboradas* do que outras.

É que o pensamento dos filósofos (mormente franceses) que trabalharam no campo da chamada “pós-Modernidade” – como Derrida, Lyotard e Rorty – terminou *contribuindo*<sup>6</sup>, mesmo que inconscientemente, para o surgimento de um cenário oposto, marcado por uma relação de descrença extrema para com a ciência ou qualquer outra forma de expressão do conhecimento humano.

Trata-se do ambiente de *fake news*, ou de pós-verdade, em que hoje vivemos (e que, a rigor, foi impulsionado por uma descrença quase que generalizada nas *instituições*, e não apenas pelo abalo na confiança depositada na ciência), no qual o que importa não é tanto a

---

4 Como o “neoliberalismo”, que de “neo” não tem absolutamente nada. É simplesmente a tentativa de legitimar uma ideia antiga através de uma reciclagem grosseira. Acrescenta-se o prefixo “neo” para insinuar que essas mesmas ideias multicentenárias agora representariam o “novo”, o “progresso”, “a última tendência para a estação” – da qual, se não quiséssemos ser tachados de “antiquados”, “desatualizados” ou “ultrapassados”, deveríamos todos fazer parte.

5 Entre eles, podemos mencionar, apenas para fins ilustrativos, o artigo 342, acerca do falso testemunho ou da falsa perícia, e o 347, que define o que deve ser tido como “fraude processual” em termos penais.

6 É preciso ressaltar essa expressão: não estamos dizendo que eles são os *responsáveis diretos* por esse fenômeno, que, em relação às suas causas, é multifatorial, envolvendo insatisfações políticas e sociais as mais diversas.

confiabilidade da informação, mas sua capacidade de se espalhar pelas redes, e influenciar o maior número possível de corações e mentes.

Essa não é uma análise de nossa autoria, estando presente em diversas obras jurídicas e não-jurídicas. Entre elas, basta, para este momento, citar os trabalhos de Matthew D’Ancona<sup>7</sup>, Susan Haack<sup>8</sup> e Michele Taruffo<sup>9</sup> (autores de áreas diversas, e que se valem de abordagens diferentes para descrever esse mesmo fenômeno). Ainda que não concordemos com tais autores em todas as suas conclusões, nosso trabalho, definitivamente, não é guiado por um ceticismo radical ou pelo relativismo. Desta feita, compartilhamos das preocupações dos autores supramencionados, no tocante ao perigo representado pela desvalorização total e irrestrita das descobertas científicas.

Nossa consternação faz sentido pelo seguinte: a decepção de parte do meio acadêmico com as promessas frustradas do Iluminismo (que parecia apontar para a iminência da descoberta de verdades incontestáveis), ou mesmo com as promessas frustradas do socialismo<sup>10</sup>, intensificada a partir da segunda metade do século XX, fez com que ganhassem espaço, em várias áreas do conhecimento, teorias que negavam qualquer possibilidade de se chegar a enunciados minimamente verossímeis acerca de qualquer fenômeno. Entre elas, estão as já mencionadas teses dos “pós-Modernos”.

Como as grandes narrativas que serviram de “bandeira” do Iluminismo – tais como as ideias de “progresso”, “justiça” e “verdade” – tinham se revelado cada vez mais difíceis de serem alcançadas, começou a difundir-se a seguinte linha argumentativa: diante da impossibilidade de sabermos, em definitivo, qual entre as versões “a” ou “b” é a correta,

---

7 D’ANCONA, Matthew. *Pós-verdade* – a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Barueri: Faro Editorial, 2018, p. 84–92.

8 Para um resumo da sua contenda com os pós-modernos, vale consultar o que é dito em HAACK, Susan. Post “Post-Truth”: Are we there yet? em HANSSON, Sven Ove (ed). *Theoria*. Oxford: Wiley, v. 85, número 4, Agosto de 2019, p. 258–275. Neste recentíssimo artigo, a autora relembra as discussões que vem travando há três décadas com céticos e relativistas críticos a qualquer ideia de verdade, conhecimento confiável, ou mesmo à noção de verossimilhança.

9 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* – o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 95–104. Neste ponto, a análise de Taruffo é precisa. No entanto, entendemos que, após toda a preocupação por ele demonstrada em relação à epistemologia, suas conclusões ficaram aquém do que poderia ter sido proposto. Ao invés de abandonar por completo a palavra “Verdade”, que ele mesmo reconhece que é um ideal inalcançável no processo, ele prefere insistir nela, inclusive rejeitando outras expressões, como verossimilhança e probabilidade, as quais ele se empenha em diferenciar daquela (Verdade). Nosso problema com Taruffo, portanto, está muito mais no rumo que ele decide traçar após expor suas premissas, isto é, nas suas conclusões. Discordamos muito mais da ideia de “busca” do que da expressão verdade, embora esta última seja igualmente equivocada e imprecisa. É que defender a busca da verdade implicará certas consequências ideológicas e práticas ao processo que não parecem se compatibilizar com a atual configuração do devido processo legal. O juiz ativista de Taruffo parece incompatível com a noção de cooperação que hoje está normatizada no Código de Processo Civil brasileiro, e que impõe, além de direitos, deveres de cooperação e participação às partes. Estas devem ser responsabilizadas pelo eventual insucesso da fase instrutória, sendo prejudicada aquela parte a quem competia ônus da prova.

10 D’ANCONA, Matthew. *Op. cit.*, p. 88–89.

poderíamos escolher tanto uma quanto a outra, pois as duas seriam igualmente possíveis. Seria apenas uma questão de poder, de consenso, ou de fazer valer sua vontade através da manipulação da linguagem.

O problema dessa posição é, justamente, que ela ignora o fato de que, embora jamais possamos comprovar nada em definitivo, é possível tentar estabelecer “níveis” ou “graus” de verossimilhança entre teorias – isto é, de uma *aparente* aproximação com a verdade – dependendo de como elas reagem a testes, e de quão adequada é sua explicação para os problemas que se destina resolver *naquele momento*.

Sendo assim, negar a possibilidade de qualquer teoria representar a verdade não implica, necessariamente, afirmar que não podemos, no contexto “x”, dizer que uma hipótese parece mais plausível ou verossímil que outra, *isto é, que “a” parece mais crível que “b”, por causa dos elementos “w”, “y” e “z” – o que, naturalmente, terá de ser explicado por uma concatenação de argumentos (cadeia argumentativa) “p”, “q”, “r”, etc. –, e que, por estas razões (combinação de argumentação e elementos probatórios que a sustentam, além da aptidão da explicação “a” para solucionar aquele problema específico), merece ser utilizada, em detrimento de “b”*.

Talvez, no futuro, surja uma nova teoria que mostre que a lei da gravidade está equivocada, ou que não é totalmente precisa em sua conformação atual. Até lá, no entanto, parece totalmente desarrazoado afirmar que não existe força gravitacional alguma na Terra, e que uma tese que afirme que os corpos em nosso planeta “levitam no ar” seria tão confiável quanto a que defende a existência da gravidade. Quem discordar pode até parar a leitura neste momento e pular da janela para tentar “testar” a “teoria da levitação”. Temos, contudo, fortes indícios para desaconselhá-los a fazê-lo.

Há que se ter, portanto, um equilíbrio, uma posição que concilie a constatação de que o alcance de uma verdade absoluta é humanamente impossível, com o reconhecimento de que a mente humana é capaz, em certa medida, de chegar a resultados relativamente confiáveis (embora sempre provisórios) sobre uma ampla diversidade de problemas.

A partir daí, o desafio passa a ser estabelecer “*standards* epistêmicos” mais “humildes”, que não exijam do ser humano (e, conseqüentemente, do juiz) aquilo que ele não pode dar, mas que, ao mesmo tempo, nos permitam comparar versões (hipóteses, teorias, explicações) em função de sua utilidade e verossimilhança. E, sim, estamos plenamente conscientes de que “verossimilhança” é uma ideia que, em um dos seus significados, quer dizer “aproximação com a verdade”. No entanto, tudo que é “verossímil” pode estar errado, é necessariamente provisório, e incontornavelmente incerto. Por essas razões, considerando que a verossimilhança

sempre é aparência, nunca se traduz em verdade, e pode ser refutada a qualquer momento, cremos que ela seja uma palavra mais adequada do que aquela com a qual guarda referência.

No mais, na falta de uma expressão melhor (porque julgamos extremamente problemático o emprego do termo “probabilidade”, independentemente de estarmos diante do Direito ou da matemática), “verossimilhança” parece conseguir traduzir a ideia que queremos passar, de algo que, no contexto de um processo determinado, *pareça melhor* do que as outras alternativas, *pelas razões “a”, “b” ou “c” (que terão de estar, em certa medida, embasadas em elementos probatórios contidos nos autos)*.

Por mais que essa escolha jamais possa representar verdade alguma, ela precisa estar calcada na realidade da discussão travada nos autos. Promovido esse ambiente de debate amplo do conjunto probatório (o que, aliás, é um dever do julgador), viabiliza-se, em nossa opinião, a escolha dessa versão que, para o caso, pareça mais verossímil.

Reconhecemos que nossa aposta na “verossimilhança” pode não convencer o leitor. Realmente, é possível que fracássemos miseravelmente nesta nossa tentativa de buscar esse “equilíbrio” que julgamos tão importante.

Ainda assim, pensamos que isso não muda o fato de que precisamos, pelo menos, *iniciar* a construir esse “meio-termo”, para manter uma postura realista e, ao mesmo tempo, estancar o avanço das absurdas propostas dos cultores das *fake news*.

Aproveitando-se do cenário de pessimismo e falta de confiança nas instituições, que permeia a sociedade atual, grupos políticos, que jamais se interessaram nos debates filosóficos em torno dos limites do conhecimento humano, foram capazes de identificar, no discurso relativista pós-Moderno, um instrumento útil para inserir, na esfera pública, argumentos absurdos e (mais grave ainda) desprovidos de qualquer elemento mínimo de comprovação.<sup>11</sup>

Embora o uso da razão muito provavelmente jamais faça com que alcancemos aquele paraíso na Terra sonhado (e “vendido”) pelos iluministas, o ceticismo radical só serve aos lobistas e marqueteiros populistas da pós-verdade, que continuarão a usá-lo para legitimar pautas totalmente dissociadas de qualquer comprovação robusta.

Assim, por mais que as teorias científicas majoritariamente aceitas devam ser constantemente criticadas e revistas – já que jamais poderão oferecer prova definitiva de nada (isto é, jamais possam ser rotuladas como “A” verdade) –, em sua maioria elas possuem um

---

<sup>11</sup> Como a ideia de que a Terra seria plana, de que não há qualquer tipo de mudança climática anormal ocorrendo no planeta, de que vacinas causariam mais prejuízo à saúde do que benefícios, de que o nazismo teria sido uma ditadura de esquerda, e (recentemente) de que as músicas dos Beatles teriam sido compostas por Theodor Adorno (autoria que não foi contestada nem mesmo no distópico filme *Yesterday*, no qual um *blackout* global “apaga” a banda da memória de *quase todas* as pessoas que habitam a Terra).

grau de verossimilhança tal que nos autoriza a aceitar suas explicações como suficientes – o que nos permite aplicá-las provisoriamente, enquanto não surjam outras formulações que pareçam mais adequadas, e que venham, portanto, a superá-las.

Devemos, então, tentar encontrar um equilíbrio, que impeça o processo civil de compactuar com a mentira e com as *fake news* – isto é, com a manipulação consciente e mal-intencionada do que se conhece dos fatos –, sem perder uma relação realista com as possibilidades cognitivas do ser humano. É preciso, portanto, que neguemos concepções de verdade como reconstrutora dos fatos já ocorridos, (“verdade-como-correspondência”), para adotar padrões mais aceitáveis de conhecimento confiável. E é isto que tentaremos fazer neste trabalho.

### **Direito é, *também*, dominação. Mas não se resume a isso.**

Não ignoramos que o Direito possui um forte caráter de dominação. Isto é um recado para eventuais críticos deste trabalho, que pensem que estamos sendo excessivamente otimistas, ingênuos, ou mesmo conscientemente desonestos, com a nossa proposta de ir até a epistemologia, para mostrar algumas semelhanças existentes entre a atividade de investigação probatória dos magistrados – aí compreendida não só a análise dos elementos de prova *em si*, mas, também, do conjunto de alegações constantes do processo (as quais, *junto com as provas produzidas*, constituem as versões apresentadas nos autos) – e aquela desempenhada por cientistas, nos mais variados campos do saber humano.

É evidente que Direito é, *também*, dominação. A rigor, ele nasce de escolhas culturais e políticas, escolhas que vão selecionar aqueles valores que alguns indivíduos, de certa sociedade historicamente situada, consideraram merecedores de fazer a transição do plano axiológico para o plano deontológico.

Apenas discordamos de que isso só possa ser feito de maneira autoritária, ou seja, de que esse processo seja, sempre, uma pura aplicação de *Gewalt* – aqui no sentido de “mistura de poder e violência que, em toda e qualquer situação, estaria inexoravelmente dissociada de qualquer potencial democrático”.

Segundo entendemos, se tivéssemos de redigir um trabalho sobre cognição judicial, pautado nessa concepção completamente derrotista quanto a qualquer possibilidade de controle democrático da atividade cognitiva dos nossos magistrados, ele não passaria de um parágrafo. Simplesmente diríamos: “é inútil estudar, explicar, e muito menos tentar propor qualquer forma de controle do exercício cognitivo realizado por magistrados, visto que aquilo que o ordenamento lhes impõe é, nada mais e nada menos, do que a consolidação da dominação e do

controle social, positivados pela ação legiferante comandada pelos detentores do poder em uma dada sociedade”. E esse seria o trabalho.

Não sabemos se o leitor concordará conosco, mas não achamos que algo assim seria muito promissor. Abordagens niilistas como essa seriam totalmente inúteis para o processo civil brasileiro, na medida em que apenas gerariam mais debates filosóficos estéreis, e em nada contribuiriam para a melhora da prestação jurisdicional em nosso país – e sim, acreditamos que seja dever tanto do estudioso do processo civil, quanto dos aplicadores do Direito, lutar pelo aprimoramento da prestação jurisdicional.

Desde os primeiros dias de nossa trajetória no estudo do Direito, somos confrontados com o fato incontestável de que ele pode ser usado (e muitas vezes efetivamente o é) para perpetuar o *status quo*, garantindo, desta forma, a manutenção da posição privilegiada daqueles que há séculos monopolizam as escolhas políticas.<sup>12</sup> Isto é ainda mais palpável no Brasil, onde a mistura centenária entre o público e o privado criou uma amálgama antidemocrática, e extremamente tóxica, entre os detentores do poder econômico e a classe política, uma retroalimentação perpetuada mesmo após a (quase) universalização do voto.

Nesse contexto, termina-se, muitas vezes, legislando e governando de acordo com os interesses desses “patrocinadores” da classe política – em detrimento tanto da população brasileira em geral, quanto do universo mais restrito que compõe aquela base de eleitores de um dado detentor de mandato político.<sup>13</sup>

---

12 Isto não necessariamente implica estar vivendo em uma ditadura. O próprio Estado de Direito pode ser minado a partir de dentro, por meio da ação de alguns grupos organizados, capazes de influenciar o jogo político sem suspender as instituições democráticas e a aparência de total normalidade. A respeito, consulte-se MATTEI, Ugo e NADER, Laura. *Pilhagem* – quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013. Aliás, quanto a ditaduras e democracias, cabe reconhecer que é usual, mesmo na doutrina mais especializada, lançar mão de uma mentalidade binária e simplista para rotular um Estado “x” qualquer. A rigor, as coisas nesse campo (como em quase tudo que envolve sociedades humanas) são mais complicadas do que “ditadura ou democracia”. Uma classificação mais precisa colocaria tais termos como *extremos ideais dentro de um espectro*, de modo que poderíamos ter regimes *mais* ou *menos* democráticos – a depender do grau de liberdade de expressão, da existência de eleições livres com ao menos dois partidos opostos, da proibição do trabalho escravo, da garantia de liberdade religiosa, etc. Em tal contexto, ditaduras e democracias plenas seriam, portanto, tipos ideais. Mas isto não nos autorizaria a negar importância ao assunto. Muito pelo contrário: esse câmbio de perspectiva permite análises mais precisas, libertando-nos das limitações da dicotomia “democracia x ditadura”, em prol de uma investigação multifatorial, que envolve diversos aspectos (políticos, econômicos, socioculturais) de uma dada sociedade. A multiplicidade de critérios para aferir quão *próxima* uma comunidade estaria de um regime plenamente democrático (tipo ideal) pode ser capaz, segundo entendemos, de fornecer uma imagem mais precisa da situação de cada Estado (ainda que, em certa medida, corra o risco de estar contaminada por um certo enviesamento do pesquisador, quanto à determinação daquilo que se considera digno de servir como critério para tal “termômetro democrático”). Para um detalhamento dessa proposta, sugerindo diversos critérios que poderiam ser usados para aferir o *quantum* democrático existente em um Estado, confira-se VIDA, Inmaculada Szmolka. Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos. *Revista de estudios políticos*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, n. 147, janeiro-março de 2010, p. 103–135.

13 E esta é uma análise que de forma alguma remonta, apenas, aos anos recentes da história do nosso país. Para nos distanciarmos um pouco da efervescência dos acontecimentos recentes, basta citar duas obras clássicas da

O Judiciário, evidentemente, também não escapa das críticas, embora sua forma de se utilizar do poder seja peculiar. A “catchanga” (cuja estória era jocosamente contada por Luís Alberto Warat, para ilustrar os artifícios retóricos dos tribunais na aplicação do Direito) é uma realidade sempre latente no discurso e na interpretação jurídicas, assim como os “dribles da vaca hermenêuticos” mencionados por Lenio Streck.<sup>14</sup>

No entanto, uma das metáforas mais significativas, para ilustrar a manipulação retórica enquanto instrumento do poder (manipulação esta que é diuturnamente feita no âmbito de diversos órgãos jurisdicionais brasileiros), pode ser extraída de uma célebre passagem de Alice Através do Espelho.<sup>15</sup>

Em certo momento do seu diálogo com Humpty Dumpty, Alice o questiona sobre sua forma peculiar de compor e atribuir sentido às palavras. Aos argumentos de Alice de que o significado que ele atribuía a certos vocábulos não correspondia ao sentido usual (caso o leitor esteja curioso, o que gera a discussão é o significado conferido à palavra “glória”), Humpty Dumpty responde, com desdém, que, “quando uso uma palavra, ela significa tão somente o que quero que ela signifique – nem mais nem menos”.

Revoltada com a possibilidade de se admitir tal definição arbitrária de sentidos, Alice contesta seu interlocutor, e, tentando provar a justiça ínsita à sua maneira de enxergar a realidade, argumenta que “a questão é se você pode fazer com que as palavras signifiquem tantas coisas diferentes”.

---

nossa literatura – as quais, apesar de terem sido publicadas há décadas, permanecem extremamente atuais (o que, talvez, justifique a postura pessimista de muitos, pois revela a manutenção multicentenária de vários dos nossos problemas enquanto sociedade): FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, e HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

14 Acerca da estória da “catchanga”, confira-se, também, a narração feita pelo próprio SRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Último acesso em 22.1.2020. Para a explicação do “drible da vaca hermenêutico”, confira-se, também de STRECK, Lenio Luiz. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>. Último acesso em 22.1.2020.

15 Nosso primeiro contato com essa forma de relacionar a referida passagem de “Alice através do espelho” à aplicação do Direito deve-se ao professor Torquato Castro Jr, que, logo no primeiro semestre de nossa graduação em Direito, nos deu esse “choque de realidade”. Até aí, ainda nutríamos aquela ingenuidade dos iniciantes, que ainda pensam que poderão usar o Direito para “fazer justiça” (seja lá o que isto for). Apesar da “crise interior” gerada nos dias seguintes à compreensão da metáfora, agradecemos ao professor Torquato por ter, já no início da nossa trajetória no Direito, aberto nossos olhos para a necessidade de estarmos sempre tentando analisar as coisas de modo diferente, enxergar o não-óbvio, e rever criticamente nossas próprias convicções. A passagem também é mencionada, no mesmo sentido em que a estamos utilizando aqui, em STRECK, Lenio Luiz. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios>. Último acesso em 21.1.2020.

Humpty Dumpty prontamente responde a Alice que “a questão é: quem – ou qual (dos significados), a depender da interpretação que se faz do texto, e que, conseqüentemente, influenciará a tradução para a nossa língua – irá se impor (isto é, quem detém o poder para impor qual dos significados prevalecerá, sobrepondo-se a outros sentidos que eventualmente pudessem constituir a escolha de outros indivíduos). Isso é tudo”<sup>16</sup>.

Para além do fato curioso de essa ser apenas mais uma dentre as inúmeras citações feitas por juristas à obra de Lewis Carrol, há uma mensagem poderosa por trás do diálogo supramencionado. Aqueles que detém o poder podem usá-lo para moldar as leis, o significado dos signos linguísticos nelas contidos, e, de modo ainda mais geral, a própria realidade. Este é um alerta ao qual todo profissional do Direito deve estar atento. No entanto, feita a advertência, não cremos que o aspecto arbitrário e conservador seja o único existente na realidade jurídica.

Afinal, com todos os defeitos da nossa democracia, ao menos temos o direito, enquanto cidadãos, de expressar nossa indignação quanto a esses mesmos defeitos, e de escolher representantes que deveriam (ao menos em tese) zelar pelos interesses da população do nosso país (ou, pelo menos, em perspectiva mais egoísta, pelos nossos interesses).

Temos, além disto, uma Constituição que, embora ainda jovem – e por mais que seu processo de confecção (nem ousaremos tocar na problemática do número de Emendas aqui) a tenha feito parecer mais com uma confusa colcha de retalhos do que com um texto minimamente coeso –,<sup>17</sup> prevê um devido processo legal que, em nosso entender, não tem como único propósito garantir a propriedade dos poderosos.

Aliás, não apenas a ideia de devido processo legal inserta em nossa Carta Magna tem pretensão universalizante – de estender essa proteção a todos os cidadãos que dela eventualmente necessitem – como ela é, ainda, efetivamente concretizada, por um extensa

---

16 Como o leitor deve ter percebido, optamos por fazer uma tradução livre do diálogo e incorporá-lo ao nosso texto, por julgarmos preferível a uma simples colagem da citação “crua”. No entanto, para que o inteiro teor da passagem, no original, possa ser conferido e verificado (até para efeito de discordância com a tradução feita por nós), segue a íntegra do diálogo:

*“I don't know what you mean by "glory,"” Alice said.*

*Humpty Dumpty smiled contemptuously. 'Of course you don't—till I tell you. I meant "there's a nice knockdown argument for you!"’*

*'But "glory" doesn't mean "a nice knock-down argument,"’ Alice objected.*

*'When I use a word,' Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean—neither more nor less.'*

*'The question is,' said Alice, 'whether you can make words mean so many different things.'*

*'The question is,' said Humpty Dumpty, 'which is to be master — that's all.'”*

A passagem consta de CARROLL, Lewis. *Alice's adventures in wonderland and through the looking-glass*. Nova Iorque: Signet Classic, 2000, p. 82 da versão digital (e-book).

17 Pelo fato de nossa Carta Maior tutelar interesses geralmente tidos como antagônicos, acolhendo pleitos caros a diferentes posições ideológicas e grupos econômicos (como por exemplo, proteção do direito à propriedade, mas com exigência de que esta cumpra com a sua função social).

coleção de garantias processuais (normas constitucionais que não apenas indicam preceitos filosóficos abstratos de cumprimento facultativo, mas que detalham e explicitam o conteúdo do devido processo legal em nosso sistema jurídico) e, em número ainda maior, por uma série de dispositivos infraconstitucionais (que continuam esse processo de detalhamento, dando maior concretude às garantias supramencionadas), como aqueles constantes do nosso Código de Processo Civil.

Tudo isso gera um sistema que, embora imperfeito, nos faz crer que, sim, é possível, até certo ponto, tentar delinear limites ao exercício da cognição judicial. Esclarecida nossa posição em relação a este ponto, podemos passar, finalmente, à explicação da estrutura do trabalho.

### **Estrutura do trabalho**

No primeiro capítulo, faremos uma exposição panorâmica do estado da arte do estudo da cognição judicial em nossa doutrina processual civil. Iniciamos com a etimologia da palavra cognição, seu conceito tradicional na doutrina jurídica nacional, e desenvolvemos algumas considerações acerca da existência de cognição em toda e qualquer fase de todo e qualquer procedimento.

Considerando que nossas pesquisas confirmaram nossa suspeita inicial de que a tese de doutorado de Kazuo Watanabe é, definitivamente, um marco no estudo do tema – tendo, até os dias atuais, forte repercussão na doutrina e jurisprudência brasileiras – optamos por subdividir o “estado da arte” em “pré-Kazuo” (1973–1990), “Kazuo” (1987) e “pós-Kazuo” (1987–2019). Assim, cobrimos quase cinco décadas de pesquisas de processualistas civis sobre a cognição judicial (e outros assuntos com ela relacionados).

O termo inicial foi arbitrariamente definido para coincidir com a publicação do Código de Processo Civil de 1973, o que teve como objetivo restringir o estudo a uma dimensão viável para os limites desta obra. No entanto, em certos momentos, fazemos menções *esparças* a trechos de livros publicados anteriormente (os quais, portanto, fazem menção ao Código de 1939), por mais que o período anterior a 1973 não constitua preocupação central deste trabalho.

Ademais, como o leitor deve ter percebido, o “pré-Kazuo” de certa forma “invade” o “pós-Kazuo”: isto se justifica porque parte significativa da doutrina apenas incorporou as lições contidas na tese por volta do início da década de 1990 – de modo que, nos anos imediatamente seguintes à publicação da primeira edição comercial do trabalho de Watanabe, os livros de processo civil que tratavam (mesmo que resumidamente) da cognição judicial ainda não mencionavam as lições do professor paulista.

Outro fato revelado por nossas pesquisas foi a preponderância da ideia de *busca da verdade* como finalidade da cognição judicial. Dada a centralidade do termo para os processualistas civis brasileiros, resolvemos fazer um segundo “estado da arte”, este dedicado à importância da noção de verdade para o estudo da cognição em nosso país. Aqui, Michele Taruffo foi o autor escolhido como “divisor de águas” entre as noções “tradicionais” e “contemporâneas” de “verdade” no processo.

No segundo capítulo, iniciamos a trazer aportes extrajurídicos. Justificamos, mais uma vez, a necessidade de estudos interdisciplinares sobre cognição, argumentando que a pobreza do conceito tradicional se deve, em grande parte, a essa falta de comunicação dos juristas com especialistas de outras áreas que estudam o comportamento humano.

Dito isso, dedicamos o capítulo a expor noções básicas de biologia, neurociência e psicologia. Partimos da noção de que toda cognição humana é invariavelmente limitada, e que, por esta razão, estamos propensos a cometer diversos erros no exercício dos nossos processos de tomada de decisão.

Para ilustrar alguns desses erros, optamos por abordar a temática dos vieses cognitivos, apresentando-os ao leitor com a profundidade que nos pareceu suficiente, e sempre com o objetivo de revelar a vulnerabilidade dos juízes a essas falhas, inerentes a qualquer ser humano. Aqui, as pesquisas que mais nos serviram de inspiração foram as realizadas por Amos Tversky e Daniel Kahneman.

Expostos os principais vieses estudados por psicólogos e neurocientistas, tomamos posição a respeito da possibilidade de limitarmos sua incidência na prática processual civil. Concluindo nosso percurso pela neurociência, recorreremos aos trabalhos do neurocientista luso-americano António Damásio, para mostrar que o próprio conceito “tradicional” de “racionalidade” (que associa a razão a atividades “frias” de cálculo, ponderação e interpretação de eventos) é equivocado.

Usando da metáfora de Damásio de que os setores do cérebro não trabalham de forma isolada, mas conjuntamente (como uma verdadeira orquestra, que, apesar da diversidade de componentes, se esforça para emitir som de uma forma harmônica e agradável), chamamos atenção para a presença constante dos influxos emotivos no processo de tomada de decisões em humanos.

Trazendo exemplos de pacientes de Damásio com histórico de dano cerebral, queremos ressaltar que a compreensão racional-iluminista da “razão pura”, como algo desprovido de emoções, não tem nada a ver com o processamento de informações que antecede a decisão em humanos saudáveis (isto é, sem dano cerebral significativo) – e que, portanto, antes de

podermos exigir qualquer comportamento dos nossos magistrados, a própria noção de racionalidade precisa ser melhor compreendida.

O capítulo 2 encerra-se com um breve item sobre a aplicação das máximas da experiência por magistrados. Nele, expomos nossa forma de enxergar a função e a utilidade das regras de experiência comum para a cognição judicial, além das críticas daqueles que consideram que elas deveriam ser expurgadas do nosso ordenamento.

O capítulo 3 mergulha na epistemologia, para tentar mostrar a origem e o desenvolvimento de duas das principais noções de verdade empregadas na filosofia: a de Platão, marcada pelo culto a uma verdade “transcendente”, que só poderia ser encontrada mediante o acesso ao “mundo das ideias”; e a de Aristóteles, baseada em uma perspectiva “imaneente” – isto é, de que a verdade, encarada na perspectiva de verdade-corno-correspondência, estaria no único mundo existente, o fenomênico –, e que só poderia ser apreendida por meio de uma certa relação entre o sujeito e o objeto.

Para além dessas duas posições, chamamos atenção para outros trabalhos de Aristóteles, que trazem uma concepção de verdade e de conhecimento radicalmente distinta daquela desenvolvida em obras como a *Metafísica*. É que, quando trata da poética, da retórica e da tópica, Aristóteles aponta para uma terceira visão de verdade, uma espécie de “verdade do caso concreto”, que nasce como fruto do discurso realizado em contraditório entre os debatedores.

Em virtude de essa segunda visão aristotélica ter sido resgatada ao longo do século XX, e então aplicada ao Direito por juristas como Viehweg e Perelman, julgamos crucial mencioná-la – ainda que de forma breve –, e apontar algumas contribuições que cremos que ela possa trazer à prática do processo civil brasileiro (mormente no cenário atual, em que o Código de Processo Civil em vigor reforçou consideravelmente a garantia constitucional do contraditório).

Prosseguindo, tentamos mostrar, muito resumidamente, a utilização (ainda que deturpada) das noções de verdade de Platão e Aristóteles ao longo da Idade Média, até chegar em Descartes. Com Descartes, queremos chamar a atenção não só para o método por ele desenvolvido (que se tornou a base do método científico moderno), mas para uma defesa da verdade que, em nossa opinião, representou um resgate de uma versão radical da razão platônica.

Queremos destacar que, com trabalhos como o de Descartes, o “mundo das ideias” volta a ocupar posição de destaque no discurso científico – que passa, então, a ser marcado pela defesa da necessidade de buscarmos uma verdade absoluta por meio da razão. A possibilidade de alcançarmos um conhecimento perfeitamente preciso da natureza passa a ser sustentada com vigor cada vez maior, em um processo que se inicia nas ciências da natureza – mas que,

paulatinamente, em virtude dos avanços proporcionados pelo método cartesiano, vai sujeitando todas as demais áreas do conhecimento que pretendam intitular-se “científicas”.

Forma-se, então, com o desenvolvimento das ideias de Descartes por outros autores (como Leibniz), o paradigma racionalista, que será alçado a um patamar ainda mais alto com os iluministas (como Kant). A partir daí, focamos no impacto da noção iluminista de conhecimento racional, calcada na obtenção de verdades absolutas, para a formação da nossa ciência do Direito – a qual, para se afirmar como ciência autônoma, também teve de se submeter às exigências do método paradigmático, baseado na visão cartesiana (e newtoniana) de “racionalidade” e “conhecimento”.

Considerando que foi por esse caminho que a busca da verdade entrou no Direito (e, mais especificamente, no processo civil), passamos, então, a tratar da crise por que passou o ideal moderno de ciência, a partir das primeiras décadas do século XX. Impulsionada por descobertas como as de Bohr e Einstein, que revelaram as falhas na mecânica newtoniana, a possibilidade de o método cultuado pelos iluministas nos conduzir à verdade revelou-se uma utopia. Novas perguntas surgiram, que não podiam ser explicadas pelas ferramentas existentes à época.

Pior: a crise nas ciências da natureza revelou que jamais chegaríamos a respostas definitivas sobre qualquer assunto. E essa foi uma pauta constante ao longo de todo o século XX, que alcançou quase todas as áreas do conhecimento.

Surpreendentemente, o estudo do conceito de cognição judicial passou praticamente incólume por essa crise. Afinal, como demonstramos no capítulo 1, até os dias atuais a noção de busca da verdade, enquanto objetivo da cognição realizada no processo, vem sendo mantida (ainda que “suavizada” pela adição de adjetivos como “relativa”, “possível” e “provável”) pela doutrina processual brasileira (salvo raras exceções, as quais também mencionamos no mesmo capítulo 1).

Com base nessa constatação – que surgiu como resultado do cotejo do “estado da arte” do conceito de cognição (capítulo 1) com a crise das ideias de “método científico” e de “verdade” em outras ciências (crise que não parece ter atingido o processo civil com a mesma intensidade) –, nos vimos, então, em uma encruzilhada.

Como nosso objetivo era buscar um ponto de equilíbrio entre a utopia da busca da verdade e o relativismo radical dos “pós-Modernos”, prosseguimos nas investigações epistemológicas, procurando autores que não aderissem a nenhum dos dois extremos – e, principalmente, que pudessem, de alguma forma, contribuir para a o estudo e a prática do processo civil.

Dada a necessidade de fazer cortes, nos limitamos a mencionar, de maneira um pouco mais detalhada, três autores: Karl Popper, Thomas Kuhn, e Paul Feyerabend. Sim, reconhecemos que são três autores com perspectivas totalmente distintas em relação ao conhecimento – e que, mais que isto, eles discordavam frontalmente uns dos outros. No entanto, nosso objetivo, aqui, não é adotar nenhum deles como “marco teórico”, e nem tentar compatibilizar suas ideias (algo que não seria possível, dada a incompatibilidade de muitas das suas teorias).

Sob o risco de sermos chamados de “utilitaristas” (algo que já ouvimos mais de uma vez), e de estar fazendo um inútil “*pot-pourri* metodológico” (algo que também já ouvimos mais de uma vez), entendemos que diferentes lições, de cada um desses três autores, poderiam ser utilizadas *como ferramentas importantes* para a construção de uma maneira distinta (distinta em relação ao método científico racional-iluminista, que se baseia no ilusório alcance da verdade) de encarar o conhecimento – e, conseqüentemente, a própria cognição humana.

Sem nos concentrar na devoção a um único autor – por entendermos que isto empobreceria nossa pesquisa, limitando seu potencial em função de uma suposta necessidade “intrínseca” de “purismo metodológico” –, julgamos preferível trazer algumas noções úteis dos três epistemólogos mencionados, tentando estabelecer um diálogo entre suas ideias e a realidade do estudo e da prática jurídica (que, em nossa opinião, não devem caminhar em direções opostas).

O capítulo 3 se encerra com uma conclusão parcial, na qual expomos o resultado da nossa busca pelo “meio-termo”: elegemos a verossimilhança (nos termos já definidos nesta introdução) como uma alternativa viável tanto à verdade quanto ao relativismo, e sustentamos o porquê de a enxergarmos como aplicável ao Direito.

Mas tudo isso de nada valeria sem o necessário cotejo com o direito positivo. Por esta razão, ultimadas as menções às duas áreas extrajurídicas em que nos concentramos nos capítulos 2 e 3, retornamos ao Direito no capítulo 4, para culminar na elaboração da nossa proposta de conceito para a cognição judicial.

Do reconhecimento de que o Direito nada mais é do que posituação de valores tidos como relevantes por uma dada sociedade, trabalhamos as relações entre processo e cultura – oportunidade em que abordamos, também, as diferenças entre a investigação realizada por cientistas, e a análise cognitiva empreendida por magistrados.

Isso posto, defendemos que, para além das limitações cognitivas de todo e qualquer ser humano (biológicas, psicológicas e epistêmicas), o juiz está, ainda, sujeito a uma “camada adicional” de “amarras”. A essas “amarras” ou “balizas” cognitivas, definidas após aquele

processo de inserção (positivação) de valores no ordenamento jurídico, demos o nome de “devido processo cognitivo”.

O capítulo prossegue detalhando essa tese – uma formulação que pode parecer simples, óbvia, e até mesmo infantil, mas que, até o momento, não vimos nenhum outro autor mencionando. O devido processo cognitivo nada mais é do que a aplicação do devido processo legal à cognição judicial. Expomos, então, vários corolários do devido processo legal, os quais, em nossa opinião, *não se aplicam apenas à redação dos pronunciamentos judiciais, mas permeiam toda a atividade cognitiva realizada no curso do processo pelo magistrado*. E, para que se possa garantir o respeito a essas normas balizadoras da cognição, asseveramos a importância do dever de fundamentação específica – que atua posteriormente, como um verdadeiro “fiscal” do “grau de atendimento” de cada pronunciamento ao “devido processo cognitivo”.

Utilizando-nos de todas as noções acumuladas ao longo do trabalho, defendemos, fundamentadamente, a inexistência de cognições “parciais” ou “sumárias” no ordenamento jurídico brasileiro. Com base em tudo o que estudamos com relação à psicologia, neurociência, epistemologia e direito, entendemos ser possível afirmar que toda e qualquer decisão sempre é tomada com base em juízo de verossimilhança – e que, ao mesmo tempo, o ordenamento impõe que, independentemente do rito, e da fase em que o processo se encontre, o magistrado analise, antes de redigir cada um dos seus pronunciamentos, tudo o que estiver nos autos *até aquele momento*.

Por essas razões, entendemos que todo exercício cognitivo de nossos julgadores sempre terá de ser total e exauriente, *dentro dos limites daquilo que foi analisado até aquele momento*. Isto não quer dizer que se deva tomar esse pronunciamento como juízo de “certeza” ou “verdade” – mesmo porque até a sentença declaratória do rito comum do processo de conhecimento é baseada em um juízo de verossimilhança (dada a impossibilidade de chegarmos a qualquer verdade sobre qualquer assunto).

O capítulo 4 se encerra, enfim, com a nossa proposta de conceito para a cognição judicial – a qual, vale desde já pontuar, *não busca “destruir” o conceito “tradicional”* (“análise de alegações e provas”), mas *reaproveitá-lo, acrescentando-lhe novos predicados, que ampliem sua capacidade explicativa*, tornando-o mais denso, “completo”, e adequado às reais capacidades da mente humana.

### Fontes da pesquisa e o porquê de nos limitarmos à psicologia e epistemologia

Por fim, cabe um breve comentário acerca das fontes de que nos valem para elaborar este trabalho. Optamos por lançar mão, “apenas”, de revisão bibliográfica. É que, apesar de esta obra ser motivada pela preocupação com a qualidade das decisões judiciais como um todo, julgamos impraticável fazer uma análise minuciosa da jurisprudência nesta oportunidade. No início da pesquisa, até pensamos que isso seria viável, mas logo ficou claro o quanto estávamos equivocados – pois a “mera” utilização de bibliografia sobre a matéria já seria suficiente para preencher um tratado de vários volumes.

Afinal, fôssemos tentar abordar em detalhe “apenas” a história da teoria do conhecimento (isto é, toda a história da epistemologia), facilmente passaríamos das mil páginas, o que nos afastaria por completo do nosso objetivo – que é tentar começar a suprir, de maneira relativamente sintética, o imenso déficit de estudos inter e multidisciplinares no estudo da cognição judicial, apresentando, na medida do possível, alguns autores com cujas ideias os processualistas civis possam não estar familiarizados.<sup>18</sup>

Mais do que ter a pretensão de estabelecer um modelo ou proposta bem-acabada, queremos que esta obra sirva como uma “janela” para o imenso e relativamente inexplorado campo da cognição judicial (especialmente no que toca ao controle da análise do conjunto probatório por nossos juízes), e como um verdadeiro grito de alerta para todos os processualistas brasileiros.<sup>19</sup>

Sendo assim, diante da inviabilidade de fazer o trabalho ser acompanhado por um estudo jurisprudencial sério, e da serenidade para reconhecer que seria inútil ter a petulância de tentar vender uma obra multidisciplinar e “completa” sobre cognição,<sup>20</sup> preferimos simplificar.

Ao invés de gastar centenas (ou mesmo milhares) de páginas colacionando autores em sequências infinitas, preferimos restringir em pouco mais de duas centenas de páginas aquilo que achamos suficiente para fazer uma espécie de “introdução” a uma forma *diferente* de estudar a cognição – amparada em forte base interdisciplinar, mas direcionada, em última instância, ao estudo do processo civil e à prática forense, visando à melhora da prestação jurisdicional em nosso país (tudo, evidentemente, de maneira alinhada com o que prevê nossa Constituição).

---

18 O mesmo se pode dizer do estudo da biologia, da psicologia, da neurociência, da teoria da linguagem, da retórica, da teoria da interpretação (hermenêutica), etc. Fôssemos abordar qualquer uma dessas áreas em profundidade, ultrapassaríamos as mil páginas sem nem mesmo ter adentrado a compatibilização com o Direito (que é o nosso objetivo principal).

19 Algo como: “vejam o vazio que deixamos ao ignorar este tema de tamanha importância!”

20 Que seria claramente mentirosa, afinal mesmo o maior dos tratados não seria capaz de esgotar os meandros do conhecimento humano (ainda que limitado a uma de suas manifestações, como a cognição *judicial*).

Repise-se que a abordagem é *inter*, e não *multidisciplinar*, porque não é nossa intenção (e nem temos capacidade para tanto) aprofundar os estudos extrajurídicos, e sim compatibilizar estas noções com o direito processual civil brasileiro.

Os aportes de outras áreas, portanto, foram “casados” com o processo civil – e não apresentados independentemente, como partes de um pretense estudo completo e multifacetado da cognição humana. Afinal, nosso foco é a cognição *judicial*. Destarte, toda e qualquer contribuição trazida teve como objetivo auxiliar na formulação de um conceito que, ao fim e ao cabo, aplicar-se-á à atividade cognitiva *dos juízes brasileiros*.

Uma última observação: pelas mesmas razões já expostas acima, resolvemos limitar os aportes extrajurídicos à neurociência, psicologia, e epistemologia.<sup>21</sup> Simplesmente não tínhamos o espaço nem o tempo necessários para abordar, aqui, linguagem, hermenêutica, retórica, teoria habermasiana do discurso e teoria dos sistemas (entre várias outras áreas e subáreas, que poderiam trazer contribuições interessantíssimas para o nosso estudo da cognição judicial).

Ademais, julgamos que já existiam muitos estudos jurídicos tratando especificamente dessas áreas. Já se escreveu muito, nos últimos anos (mesmo em processo civil), sobre Wittgenstein, Habermas, Luhmann, Heidegger e Gadamer. Ao mesmo tempo, muito pouco se vê sobre Kahneman,<sup>22</sup> Damásio, Popper, Kuhn, e Feyerabend. A esmagadora maioria dos processualistas civis ignora totalmente a utilidade que ao menos algumas das ideias desses autores pode ter para a sua área de estudo – e, ao fazê-lo, terminam ignorando, também, a aplicabilidade prática dessas mesmas propostas explicativas.

Por estes motivos, por mais que reconheçamos que desdobramentos como os surgidos com a virada linguística wittgensteiniana sejam de suma importância para uma explicação mais abrangente da cognição humana, tivemos que fazer um corte, e optamos por ficar com psicologia, um pouco de neurociência, e (principalmente) epistemologia<sup>23</sup>. Assim, remetemos os leitores que desejem compreender melhor os últimos avanços em outros campos do saber para obras mais específicas, que se dediquem ao que não tivemos condições de abordar nesta oportunidade.

---

21 Há, também, breves menções a condicionantes biológicos da cognição humana (principalmente no capítulo 2), mas estas também foram extraídas de obras de psicologia e neurociência.

22 A rigor, Kahneman até vem aparecendo com maior frequência nos últimos anos (como veremos ao longo do texto principal), mas ainda em proporção muito menor do que os outros autores referidos.

23 Não obstante, apesar de não constituírem nosso foco, façamos algumas menções pontuais a lições de autores dessas outras áreas.

Ainda sobre os aportes extrajurídicos empregados neste trabalho, queremos ressaltar que nossa intenção é usá-los para compor nosso conceito de cognição *judicial*. Mesmo nas áreas em que concentramos nossos estudos, não temos (e nem pretendemos iludir o leitor passando essa falsa impressão) o nível de estudo de um psicólogo ou epistemólogo.

Logo, as noções de ambas as áreas utilizadas aqui podem parecer superficiais, ou mesmo “caricatas” (sim, já ouvimos isto também), para pesquisadores mais familiarizados com essas áreas. Não somos especialistas em Aristóteles, nem em psicologia comportamental, e tampouco em antropologia e gênese cultural do Direito. E, de qualquer maneira, todo trabalho tem de fazer cortes e apropriações “utilitaristas” de ideias. Afinal, toda leitura é uma *releitura*, e, conseqüentemente, uma *reinterpretação*.

Assim, dada a impossibilidade de fazê-lo voltar à vida, não existe algo como um “retrato fiel” do pensamento de Platão<sup>24</sup> – e o mesmo se aplica às interpretações em torno do trabalho de qualquer autor, vivo ou morto. E, mesmo que fosse possível apresentar algo como um retrato “fiel e plenamente aprofundado” do trabalho de autores de uma determinada área do conhecimento, este estudo “ideal” jamais seria terminado.

Não bastasse tudo isto, nossa intenção, especialmente no capítulo 3, foi mostrar como as ideias de diversos pensadores foram sendo *recepcionadas e aplicadas* (às vezes, com nítidas deturpações) após a sua divulgação. Portanto, a apresentação que fazemos de autores como Kant, Leibniz e Tomás de Aquino busca concentrar-se muito mais no uso que foi feito de suas ideias do que no conjunto de suas obras. Isto porque o objetivo é mostrar com que sentido essas ideias foram se perpetuando no tempo, sempre com reinterpretações – as quais, em maior ou menor medida, alteraram sua forma ou conteúdo.

Desde o início de nossa (nada fácil) trajetória no estudo da cognição judicial, vimos que a psicologia, a neurociência e a epistemologia poderiam fornecer contribuições riquíssimas para a compreensão da atividade mental dos julgadores – e que, mesmo que não apontássemos aplicações bombásticas, para tentar tornar este um trabalho mais “popular”, poderíamos nos valer da abordagem interdisciplinar para, pelo menos, propor um conceito mais denso de cognição judicial.

Por que não o fazer? Apenas pelo medo de que nossa combinação de Direito com outras áreas seja tida como superficial e insuficiente tanto por processualistas como por psicólogos e epistemólogos? Pedimos desculpas aos que pensem assim, mas discordamos veementemente dessa maneira de encarar o estudo do processo. Em nossa opinião, é justamente essa

---

24 E mesmo o próprio Platão, se vivo fosse, poderia ter dúvidas quanto ao sentido que quis atribuir a uma certa passagem de uma determinada obra de sua autoria.

mentalidade que obstaculiza o nosso diálogo com pesquisadores de outros campos, limitando o potencial da pesquisa jurídica em nosso país.

Podemos até ter pecado na dosagem – o que pode fazer com que todo este trabalho seja duramente criticado pela academia. Mas se este estudo conseguir despertar a atenção de outros profissionais do Direito, motivando-os a ir além de onde conseguimos chegar, já estaremos satisfeitos. Se este trabalho puder instigar outros processualistas a fazer seus próprios, com o objetivo (facilmente alcançável) de superá-lo, já daremos por cumprida a nossa missão.

Teremos, ao menos, conseguido tirar o tema do ostracismo e do isolacionismo em que se encontra, para incentivar o diálogo com outros especialistas, e colocar a cognição em posição de maior destaque, mais consentânea com a sua importância para a ciência e a prática processual civil brasileiras. E isto nos bastará.

## 2. O estado da arte do conceito de cognição no processo civil brasileiro: do Código de 1973 até os dias atuais

2.1 Etimologia da palavra cognição: significado usual, acepção jurídica comumente atribuída ao termo e as relações entre cognição exercida (esforço) e cognição obtida (resultado)

Etimologicamente, o termo “cognição” – derivado do latim *cognitio* ou *cognitione* – pode significar tanto 1) *ato* ou *efeito* de conhecer, 2) processo de aquisição de conhecimento ou 3) conjunto de processos mentais conscientes, que se baseiam em experiências sensoriais, pensamentos, representações e recordações<sup>25</sup>. Há, ainda, uma acepção jurídica do termo, que indica ser a cognição “fase processual de uma ação em que o juiz toma conhecimento do pedido, da defesa, das provas e de outros aspectos, contrariamente à fase executória”<sup>26</sup>.

Não têm havido muitas distinções de significados ao termo “cognição”. “Aquisição de um conhecimento”, “conhecimento, percepção” e “fase processual duma demanda em que o juiz toma conhecimento do pedido, da defesa, das provas, e a decide, em contraposição à fase executória” são as entradas mencionadas para o verbete.<sup>27-28</sup>

Por aí já se vê que a palavra serve, ao mesmo tempo, para fazer menção a um ato (ou, melhor dizendo, a um conjunto de atos) e ao resultado desse ato (ou conjunto de atos)<sup>29</sup>. O termo é usado tanto para descrever os processos mentais cerebrinos pelos quais chegamos a uma determinada opinião sobre uma situação “x” qualquer, como para fazer referência ao ponto culminante desse esforço mental. Podemos, assim, falar em cognição *exercida* (esforço) e em cognição *obtida* (resultado do esforço). Em um sentido ou em outro, todavia, o fato é que o termo cognição faz referência à produção de algum tipo de conhecimento, por intermédio da mente humana.

Apesar de a distinção entre cognição exercida e obtida ser útil para fins didáticos, cabe pontuar, no entanto, que, em nosso entender, o conhecimento sempre será fruto de uma imbricação íntima e constante entre esforço e resultado. Sendo assim, eventual conclusão a que

25 Conforme o dicionário Michaelis, hoje integralmente disponível na internet. O verbete “cognição” consta de: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=VbGz>. Último acesso em 2.5.2019.

26 <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=VbGz>. Último acesso em 2.5.2019.

27 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 342. Em relação à acepção jurídica do termo, aplica-se, ao Aurélio, o mesmo que foi dito, na nota anterior, em relação ao dicionário Michaelis.

28 A única distinção entre os dicionários consiste na origem atribuída ao termo: enquanto o Michaelis afirma que “cognição” derivaria da palavra latina *cognitio*, o Aurélio menciona *cognitione* como seu antecedente latino. De qualquer modo, consideramos irrelevante, para os nossos propósitos, qualquer tentativa de distanciar estes termos, razão pela qual trataremos *cognitio* e *cognitione* como sinônimos.

29 No mesmo sentido, embora se referindo à palavra “conhecimento”, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência – Uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37–38.

se chegue não surge pronta e acabada apenas no momento final da reflexão: conclusões já aparecem, de forma precoce, desde as etapas iniciais da investigação, e podem ir sendo confirmadas ou modificadas ao longo da análise, a depender daquilo que vai sendo descoberto.

Ou seja: embora sempre chegue um momento em que se torna necessário interromper o curso do pensamento para que se tome uma decisão (o que será feito com base no que tiver sido analisado até então), a conclusão de qualquer processo cognitivo, a que aqui estamos chamando “cognição obtida”, não surge magicamente ao final de uma sequência bem-definida e concatenada de atos. Explicamos: conforme vamos nos inteirando do fenômeno sob estudo e acrescentando novas informações, nossa mente fica constantemente produzindo pré-conclusões, que não necessariamente irão coincidir com a conclusão final a ser exposta na decisão.

Ao mesmo tempo, embora essas “pré-conclusões” possam ser precárias e vir a sofrer inúmeras modificações ao longo de uma análise qualquer, elas exercem influência no rumo do processo cognitivo, guiando nosso raciocínio em determinada direção, de acordo com aquilo que, a cada momento, pareça mais importante averiguar – para que se verifique a correção dessas impressões preliminares e, conseqüentemente, do protótipo de conclusão por elas sugerida.

O mesmo ocorre com a cognição judicial – isto é, a cognição exercida por um juiz no interior de um processo –, que constitui o objeto de estudo deste trabalho, e que a doutrina processual civil em nosso país costuma conceituar como sendo a *análise, feita pelo magistrado, das alegações e provas constantes dos autos*<sup>30</sup>. Neste sentido, a palavra *análise* abarca tanto o ato de analisar como o resultado desse processo de exame de alegações e provas.

Pontes de Miranda criticava o uso indistinto dos termos “cognição” e “conhecimento”, afirmando nos seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1973 que seria equivocado confundir o processo de *descobrimto* (que, para ele, se traduziria no esforço cognitivo realizado no curso do *iter* procedimental) com a *descoberta* (isto é, o conhecimento, que já seria, para ele, o resultado do esforço previamente empreendido pelo magistrado). Com base nisso, considerava inadequado o emprego da expressão “processo de conhecimento” pelo legislador que elaborou o Código revogado<sup>31</sup>.

---

30 Vide, a respeito, por exemplo, WATANABE, Kazuo *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 489; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 168; ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, p. 434.

31 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo 1, p. 71.

Na visão de Pontes, se o objetivo era lançar mão de uma expressão que ressaltasse as etapas que deveriam conduzir ao conhecimento (tido, por ele, apenas como ponto final da cadeia reflexiva), o correto seria usar o termo “processo de cognição”, para evitar esse baralhamento entre o exercício do pensar e o resultado desse processo mental.

Considerando essas suas observações, entendemos que Pontes rejeitaria (por enxergar como atécnica) essa nossa dupla aplicação do termo cognição – isto é, seu uso para fazer referência tanto ao *descobrimento* (cognição exercida) como à *descoberta* (cognição obtida). Nosso emprego da palavra para fazer alusão a ambos os fenômenos – mesmo que para efeitos didáticos, e de forma até certo ponto artificial (já que, como pontuamos acima, esforço e resultado intercomunicam-se continuamente) – provavelmente seria tido por ele como inadequado.

Assim, caso pretendêssemos seguir Pontes de Miranda nesse particular (separando rigorosamente “descobrimento” da “descoberta”), teríamos, então, de falar em “cognição” apenas para fazer referência àquilo que aqui chamamos de “cognição exercida”; já para indicar o que estamos denominando “cognição obtida”, Pontes nos recomendaria o uso do termo “conhecimento”.

Entendemos a preocupação do jurista alagoano, e respeitamos aqueles que queiram adotar seu pensamento nesse ponto. Discordamos, contudo, dessa separação estanque pretendida por ele entre o ato e o resultado do pensar. Em nossa defesa, já fizemos, acima, uma breve exposição de como enxergamos as relações de influência recíproca entre esforço e resultado. Poderíamos, também, lançar mão do argumento de ser corrente na doutrina o uso da expressão “cognição” para fazer referência a qualquer desses dois “momentos” do raciocínio (“o descobrimento” e a “descoberta”). Essa última alternativa não parece, entretanto, constituir o melhor caminho para embasar nossa forma de enxergar a questão.

Optamos, portanto, por reforçar aquilo que já vínhamos dizendo anteriormente, para deixar claro que a nossa discordância para com Pontes, nesse ponto específico, reside na maneira como enxergamos o funcionamento da mente humana. Em nossa visão, as coisas não operam de modo tão compartimentado (descobrimento x descoberta), de modo que não se pode tentar separar por completo o caminho do ponto de chegada.

Veremos mais sobre racionalidade e neurociência no capítulo 2. Por ora, basta dizer que consideramos que não há utilidade em defender uma separação rigorosa entre essas duas “etapas” da reflexão, como se fossem dois processos independentes e não-simultâneos.

De início, essa discussão pode parecer totalmente estéril ao leitor, pois é até intuitivo que a atividade cognitiva, que é exercida ao longo de um “processo de descobrimento”

qualquer, influencia e determina de maneira decisiva o conteúdo da “descoberta”. Da mesma maneira, a própria descoberta (o resultado da cognição exercida até certo momento) pode ser encarada como nada mais do que um ponto final (final porque naquele momento foi considerado suficiente para a tomada de decisão) na cadeia de raciocínios que lhe deu origem. Nessa ordem de ideias, a descoberta deveria decorrer, *necessariamente*, das reflexões feitas no curso do processo de descobrimento.

O problema é que (conforme veremos ao longo deste capítulo) a alusão a noções “intuitivas” e mal explicadas é um recurso que, infelizmente, costuma ser utilizado no estudo da cognição judicial. A falta de preocupação de parte da doutrina em detalhar determinadas posições termina, portanto, contribuindo para perpetuar uma série de confusões em torno do tema, assim como para limitá-lo a discussões superficiais, encerradas prematuramente com o apelo a conceitos indeterminados ao extremo – tais como “verdade”, “justiça” e “equidade”.

Assim, por mais que soe convincente, intuitivo ou até banal o argumento de que nossos processos de tomada de decisão funcionariam em um constante vaivém cognitivo entre análise e conclusão, julgamos mais adequado tentar deixar as coisas tão claras quanto possível. Por esta razão, entendemos que valha a pena discorrer um pouco mais sobre o intrincado processo de integração cerebrina que toma conta das nossas mentes quando somos impelidos a fazer escolhas, a tomar decisões.

Ora, somente por meio dessa relação indissociável, entre esforço e resultado, podemos pretender compreender (e, conseqüentemente, tentar controlar) como e por que se elegeu, dentre tantas possíveis, uma determinada conclusão. Aliás, considerando o que já dissemos com relação a impressões iniciais e pré-conclusões, é apenas por meio do tratamento conjunto de ato e resultado que podemos entender como a escolhida foi a única sobrevivente do processo reflexivo empreendido pelo tomador de decisão.

Isto é ainda mais sério se se pretende falar em cognição *judicial*, mormente em um contexto de Estado Democrático de Direito – onde, para além da complexidade do pensamento humano, a ordenação, e mesmo a concatenação do raciocínio do juiz, não é totalmente livre, *mas segue determinadas contingências positivadas no ordenamento*.<sup>32</sup>

A exteriorização da maneira como o magistrado organiza seu pensamento não é meramente um artifício linguístico de que se lança mão para ao texto da decisão: *é exigência*

---

32 Tais como a necessidade de organizar o pensamento em ordem diferente *a depender dos pedidos das partes* (pense-se na diferença de abordagem entre começar a examinar um processo por uma inicial que não contenha pedido de antecipação de tutela, e iniciar pelo exame de uma que a pleiteie com urgência) e da própria necessidade de atender às garantias dos litigantes, como contraditório efetivo, isonomia material, boa-fé e duração razoável.

*da cláusula do devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República), concretizada, entre outros, pelos dispositivos constitucionais que preveem o contraditório (inciso LV do mesmo artigo 5º) e a necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do artigo 93 da Carta Maior), que a “descoberta” decorra do “processo de descobrimento” – ou seja, que o resultado da cognição, exposto em um pronunciamento judicial, surja como consequência direta do esforço intelectual exercido ao longo de um procedimento regular, desenvolvido com respeito ao contraditório e às demais garantias processuais.*

Se é isso que prevê nossa Carta Magna, então a “descoberta”, a que alude Pontes – o ponto final de uma determinada cadeia intelectual, que irá, pelo menos naquele momento específico, pôr fim ao raciocínio do magistrado, servindo de base para a confecção de um pronunciamento judicial – não pode, em um ambiente democrático, estar minimamente desconectada do “processo de descobrimento”.

Ora, o julgador, como representante do Estado encarregado de prestar a tutela jurisdicional, tem por dever esclarecer, na fundamentação de qualquer ato seu (decisório ou não), que a conclusão a que chegou foi construída ao longo do (e devido ao) debate travado no processo. Do contrário, correr-se-ia o risco de surgir, nos autos, uma conclusão (“descoberta”) dissociada de toda a discussão fática e jurídica (“processo de descobrimento”) que lhe antecedeu.

Sendo assim, por mais que, à primeira vista, a discussão possa parecer supérflua – como se se tratasse simplesmente de uma questão de “pureza terminológica” –, basta prolongar um pouco mais o debate para constatar a sua relevância, e o impacto que uma má compreensão do funcionamento desse intercâmbio mental pode causar na prática jurídica.

A rigor, para estruturarmos melhor tal debate, é preciso que o redimensionemos, mudando o foco da *distinção* entre esforço mental e conclusão (já que ambos não operam isoladamente) para a *relação* entre eles. Em vez de tentar forçar um divórcio entre esses dois parceiros inseparáveis, precisamos é buscar entender melhor alguns detalhes do relacionamento deles.

Não nos resta muita alternativa, já que, neste contexto, divórcio não haverá. Seja no sentido geral do termo cognição, seja no campo mais específico da cognição judicial, esforço e resultado estão tão complexa e intimamente relacionados, que qualquer tentativa de traçar uma barreira rígida entre eles não se sustentará, além de acrescentar um complicador totalmente desnecessário a um fenômeno já suficientemente complexo.

Antes de encerrar este item, julgamos crucial chamar novamente a atenção do leitor para aquela acepção jurídica do termo “cognição”, contida nos dicionários supramencionados e já transcrita acima. Como visto, ao tratar desse sentido mais especializado do termo, costuma-se relacioná-lo às fases que antecedem a publicação, nos autos, da decisão que põe fim à fase de conhecimento do processo.<sup>33</sup>

Embora os dicionários estejam simplesmente apoiando-se no que é afirmado por grande parte da doutrina tradicional do processo civil (que tem como costume relacionar a cognição à fase de conhecimento)<sup>34</sup>, e por mais que nosso objetivo, neste trabalho, seja partir dessas mesmas noções para também focar em alguns aspectos do conceito de cognição mais relacionados ao processo de conhecimento, precisamos deixar claro o seguinte: é uma premissa deste trabalho que haverá cognição (exercida e obtida) em *toda e qualquer* resposta do Judiciário, independentemente do tipo de pronunciamento (despacho, decisão interlocutória ou sentença) ou do rito mediante o qual deva tramitar um pleito direcionado a essa função estatal.

---

33 Na redação original do Código de Processo Civil anterior, tal fase não só era considerada como um processo em si, mas este era tido como totalmente autônomo, completo e distinto do processo cautelar e do processo de execução. O diploma de 1973 foi todo estruturado com base nessa “tríade tipológica”: conhecimento, execução e cautelar eram tratados como processos distintos, com técnicas e fases igualmente distintas, e direcionados à consecução de objetivos diferentes. A tentativa de separação era tão rígida que, mesmo quando as especificidades do direito material revelavam a necessidade de combinar técnicas de processos diferentes em um mesmo procedimento, não se falava em intercâmbio ou combinação entre conhecimento e execução, cautelar e execução, ou cautelar e conhecimento. Criava-se um procedimento específico, chamado de procedimento especial, o qual teria, como nota marcante, essa mistura excepcional de técnicas de processos tidos como incomunicáveis. Esta foi a estrutura mantida até 1994, quando a introdução da antecipação de tutela no Código quebrou a sacralidade da divisão artificial entre as diferentes tutelas que podem ser prestadas pelo poder Judiciário. Em 2002, a Lei 10.444 alterou o Código de Processo Civil, determinando que a execução das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa passassem a ser tratadas como uma fase adicional do processo de conhecimento, posterior à sentença. O mesmo juízo poderia, então, para além de declarar a existência do direito e condenar o réu, determinar a imediata execução da decisão, caso esta não fosse cumprida espontaneamente, no prazo fixado. Em 2005, uma nova reforma da execução transformou mais uma vez a execução de título judicial, ampliando a fase de cumprimento de sentença aos casos de obrigação de pagar quantia certa. Esse acúmulo de mudanças terminou expondo ainda mais as inconsistências do modelo original do Código, e demonstrando quão sem sentido era aquela obsessão de tentar impedir completamente a combinação de técnicas distintas em um mesmo procedimento. O Código atual, embora tenha mantido as nomenclaturas “processo de conhecimento” e “processo de execução”, investiu ainda mais nessa linha flexibilizadora: acabou com o processo cautelar enquanto entidade distinta, trazendo-o para dentro do agora denominado “rito comum” do processo de conhecimento (que passa a abarcar mais do que em sua antiga conformação); consolidou o cumprimento de sentença como mais uma fase procedimental do processo de conhecimento; e admitiu expressamente o intercâmbio de técnicas procedimentais entre o rito comum e os procedimentos especiais (desde que não haja incompatibilidade entre eles, conforme consta do §2º do seu artigo 327). Neste último ponto, poder-se-ia mesmo falar que o Código instituiu uma *cláusula geral de flexibilização procedimental*, conforme apontam CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da e DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais – dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 69–75. Com todas essas mudanças, é preciso admitir que “processo de conhecimento” é, hoje, expressão com conotação muito diferente da que lhe atribuía o código anterior. Para uma compreensão mais exata de qual era a intenção do legislador de 1973, basta consultar a “exposição de motivos” daquele Código, que explica bem a ideologia que motivou a criação da tríade “conhecimento”, “execução” e “cautelar”. A exposição pode ser consultada no sítio eletrônico do Senado Federal, que disponibiliza um arquivo do “histórico da lei” em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>. Último acesso em 10.12.2019.

34 Veremos exemplos dessa tendência no próximo item.

Entendemos, portanto, que existe cognição não só em sentenças e decisões interlocutórias, mas também nos despachos – afinal, se o julgador conclui (cognição obtida) que é o caso de expedir um ato dessa natureza, é porque assim lhe direcionou alguma análise que o precede (cognição exercida)<sup>35</sup>.

Da mesma forma, há cognição no processo de conhecimento – aí inseridas as liminares expedidas no âmbito das tutelas provisórias de urgência (antecipatórias ou cautelares)<sup>36</sup> e de evidência –, no processo de execução<sup>37</sup> e em todos os procedimentos especiais<sup>38</sup>.

Logo, ainda que nossa mira, nesta oportunidade, esteja mais voltada para a análise probatória que antecede a confecção de uma sentença de mérito em um processo de conhecimento, entendemos que sempre que alguém encaminha uma postulação ao Judiciário, requerendo dele qualquer tipo de providência, haverá, necessariamente, cognição. A

---

35 Tenha sido esta investigação instigada por pedidos específicos das partes, ou mesmo realizada de ofício, diante da identificação de problemas quando da apreciação de algum elemento do caso concreto.

36 Cabe pontuar que o legislador cometeu um equívoco ao chamar de tutelas provisórias tanto as antecipações de tutela (sejam de urgência ou evidência) quanto a tutela cautelar. É que, enquanto as primeiras efetivamente sejam provisórias (à exceção da tutela de urgência antecedente estabilizada), as tutelas cautelares são temporárias. Provisório é aquilo que, mais cedo ou mais tarde, será, necessariamente, substituído por algo, tendo, portanto, prazo de validade mais certo. Temporário é aquilo que, uma vez estabelecido, tende a perdurar indefinidamente, mesmo que um dia possa vir a ser substituído. Aquilo que é temporário não precisa, necessariamente, ser substituído, podendo ir se mantendo sem um prazo de validade específico. Já o provisório está destinado a ser substituído, em um momento iminente, por aquilo que é definitivo, e que virá, então, tomar seu lugar. A distinção é feita de maneira muito mais clara em SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria da ação cautelar em Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 69–70 e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 294.

37 Há, aqui, algo de curioso. Apesar do excessivo rigor terminológico com que Pontes de Miranda trata o emprego da expressão “processo de conhecimento”, ele reconhece plenamente a existência de cognição também nos processos de execução e cautelar – inclusive expondo, com excelentes argumentos, o porquê de entender que, já àquela época, não restava qualquer utilidade em uma dicotomia processo de conhecimento–processo de execução calcada na existência de cognição. Pontes afirma categoricamente que, em nosso sistema processual, no qual o juiz é órgão estatal autorizado a acumular as funções do *praetor* e do *iudex* romano, não faz mais sentido algum eleger a cognição como o fator diferenciador dos processos. Coerente com sua proposta de classificação das ações, Pontes sustenta que o ordenamento autoriza que o juiz conheça “de quaisquer pedidos, sejam de declaração, de constituição, de condenação, de mandamento ou de execução”. O que é ainda mais paradoxal é que estas considerações são feitas na mesma página da crítica direcionada à redação do Código de Processo Civil de 1973, apenas um parágrafo antes do comentário de que o legislador não conseguira distinguir “descobrimto” de “descoberta”. Tendo em vista que a crítica à expressão “processo de conhecimento” é feita no contexto do descontentamento de Pontes com o fato de o Código não ter, na visão dele, privilegiado a classificação científica das ações (preferindo, ao contrário, investir na diferenciação entre conhecimento e execução), parece (e aqui estamos apenas especulando) que o jurista alagoano estava apenas extravasando sua discordância para com a opção legislativa – ao mencionar que, para além de ter dado tratamento inadequado ao assunto, o legislador teria, ainda, optado por um nome impreciso (incorrendo, portanto, na visão de Pontes, em novo equívoco). Afinal, mesmo para um autor como Pontes, cuja leitura não é das mais fáceis, não faz sentido algum afirmar peremptoriamente que há cognição na execução para, linhas depois, recriminar o legislador por não ter chamado o “processo de conhecimento” de “processo de cognição”. Os trechos podem ser encontrados em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 70–71.

38 Para mais detalhes acerca da existência de cognição na execução, consulte-se SICA, Heitor Victor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; já acerca da cognição no antigo processo cautelar (hoje “tutela cautelar”, inserida no âmbito das “tutelas provisórias” do diploma processual vigente), inclusive mencionando, especificamente, a existência de um direito substancial à cautela, vide SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

necessidade de resposta, consequência da proibição do *non liquet* em nosso sistema (inciso XXXV do artigo 5º da Constituição), faz com que o julgador sempre tenha que analisar um determinado conjunto probatório (alegações e provas produzidas pela parte ou por terceiro) antes de tomar uma posição e exteriorizá-la através de um dos tipos de pronunciamento judicial: despacho, decisão interlocutória ou sentença (tipologia definida pelo artigo 203 do Código de Processo Civil).<sup>39</sup>

Isso se aplica a uma petição inicial “tradicional”, que inicia a marcha do rito comum no processo de conhecimento, mas também às peças inaugurais de um processo de execução, mandado de segurança, ação monitória, ação de dissolução parcial de sociedade (para citar um procedimento especial incluído no Código de Processo Civil atual) etc.

Importante destacar, ainda, após falarmos de peças que provocam o início da marcha processual, que a cognição perpassa todo o curso do procedimento, ocorrendo no seu início, meio e fim, e sendo, então, materializada nos diversos pronunciamentos lançados aos autos na constância do processo.

Somente depois de efetuar uma análise (cognição exercida), poderá o julgador reduzir a termo as conclusões alcançadas (cognição obtida). A necessidade de resposta em qualquer pleito judicial exige, portanto, que sempre haja cognição, *mesmo que não haja uma decisão que declare a titularidade do direito em caráter definitivo*.

Percebe-se, então, que a existência de cognição nada tem a ver com o conteúdo do pronunciamento em si – isto é, com a circunstância de se estar diante de decisão que extinga o processo com ou sem julgamento do mérito. Uma coisa é analisar o mérito, outra é julgá-lo por uma decisão terminativa inapta a formar coisa julgada material, e outra é julgá-lo por uma decisão com carga declaratória suficiente para formar coisa julgada material – que aponte qual das partes, na defesa do seu direito, apresentou argumentos e provas mais robustos, capazes de convencer o órgão julgador de que, no contexto do caso concreto, a sua versão era a que parecia estar mais alinhada às prescrições do direito vigente.

Veremos mais sobre isto apenas no capítulo 4, mas julgamos importante fazer esta ressalva desde já, para evitar confusões. Análise de mérito sempre haverá, em qualquer

---

39 “Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário”.

pronunciamento judicial (mesmo em despachos), pelas mesmas razões que justificam a existência de cognição: todo ato judicial só é lançado aos autos em virtude de uma análise, feita pelo juiz, dos elementos que estavam presentes naquele momento, e que lhe indicavam que aquele era o ato que por ora deveria ser praticado. Sendo assim, se todo e qualquer pronunciamento judicial sempre surgirá como consequência de um exercício cognitivo que lhe é anterior, também é perfeitamente possível defender que todo e qualquer pronunciamento judicial será precedido por uma análise (em maior ou menor medida) do mérito.

Com isso, podemos afirmar que “análise de mérito” não se confunde com “julgamento do mérito”, e especialmente com o julgamento do mérito por sentença ou acórdão com aptidão para formar coisa julgada material. Talvez parte dessa confusão advenha, justamente, da ignorância para com as *relações* (e não *distinções*) entre cognição como esforço e como resultado.

## 2.2 O conceito de cognição judicial no processo civil: uma visão panorâmica da doutrina brasileira

### 2.2.1 *O conceito de cognição judicial entre 1973 e 1990 (período anterior à repercussão da tese de Kazuo Watanabe)*

No período que vai da publicação<sup>40</sup> do Código de Processo Civil de 1973 até 1987, pouco se escreveu especificamente sobre cognição judicial no processo civil brasileiro. Os manuais e cursos não costumavam dedicar-lhe um capítulo próprio, e, com isto, as menções ao exercício cognitivo realizado por magistrados geralmente ficavam “espalhadas” em alguns trechos das obras jurídicas – como, por exemplo, nos capítulos relativos à teoria geral da prova, e nos que abordavam o conceito e a função da jurisdição<sup>41</sup>.

40 E não da vigência: esta apenas começou em 1974.

41 Confira-se ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, v. 1; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito processual civil*. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1975; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990; ROCHA, José de Moura. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1 e 2; SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1 e *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1; TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2. José Frederico Marques até dedica algumas páginas (três, para ser mais exato) especificamente à cognição em MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 7–9. Neste caso, até que não podemos dizer que o autor não tenha dedicado um item específico à matéria. De qualquer modo, são apenas 3 (três) páginas para tratar tanto da “cognição plena e limitada” quanto dos “elementos da jurisdição no processo de conhecimento” – itens que o autor redigiu como uma espécie de introdução ao estudo deste último –, no qual a nota marcante seria, justamente,

Do que foi publicado nesse interregno, podemos dizer que não apenas os livros mais didáticos careciam de explicações mais aprofundadas sobre a cognição. Na verdade, não era por acaso que os manuais não se interessavam em dedicar muitas páginas ao assunto: nesse interstício, não foram publicados livros focados em estabelecer uma teoria da cognição, ou mesmo em esclarecer algumas noções gerais envolvendo o conceito de cognição.

O máximo que encontramos, para além das menções esparsas em cursos e manuais, são alguns trabalhos que tocam em pontos mais ou menos relacionados ao estudo da cognição, sem pretensão (como, aliás, é da própria natureza dos artigos) de fazer qualquer investigação mais ampla da matéria.<sup>42</sup> Nem mesmo Pontes de Miranda dedicou um livro voltado exclusivamente ao exame da cognição judicial, embora haja diversas menções à matéria ao longo de sua vastíssima obra (como, por exemplo, aquelas de que tratamos exaustivamente no item anterior, a respeito da existência de cognição na execução, e da distinção entre “descobrimto” e “descoberta”).<sup>43</sup>

A situação é ainda pior se voltarmos mais no tempo, adentrando as décadas nas quais vigorou o Código de Processo Civil de 1939.<sup>44</sup> A rigor, apenas em 1987 foi publicado um trabalho especialmente voltado ao estudo da cognição: trata-se da versão comercial da tese de

---

segundo entende, a existência de cognição judicial. Da leitura, percebe-se claramente que Frederico Marques associa o exercício cognitivo apenas com o “procedimento comum de conhecimento”, de “cognição plena” (p. 7), e com o que ele chama de “procedimentos especiais de cognição limitada” (p. 7–8). Vale, ainda, chamar a atenção para o texto da nota de rodapé que Frederico Marques inclui na página 8, por ocasião da enumeração dos “elementos da jurisdição”. Diz ele que: “Há, também, a *executio*, na enumeração, elemento esse, no entanto, que, como é óbvio, nada tem a ver com a tutela jurisdicional de conhecimento”. Do trecho se constata tanto uma defesa explícita da dicotomia “processo de conhecimento” x “processo de execução”, como a noção implícita de que, neste último, não existiria exercício cognitivo por parte do magistrado.

42 Confira-se, a respeito, DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 34, abril-junho de 1984, p. 20–46 e FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

43 É curioso perceber que Pontes de Miranda tenha escrito um livro inteiramente dedicado à epistemologia e à cognição humana em geral – no qual faz um apanhado impressionantemente abrangente das teorias do conhecimento publicadas até as primeiras décadas do século XX (afinal, a primeira edição é de 1937) –, mas não tenha feito algo semelhante direcionado ao estudo da cognição judicial. Pontes chegou a construir sua própria visão do conhecimento, representada pela substituição das visões centradas no *sujeito* e no *objeto* por uma teoria epistemológica particular, focada nos *jetos* (é isto mesmo: você não leu errado, e nem há erro de grafia na redação da expressão). Resumindo o cerne do livro de forma bem grosseira, a ideia é extrair os “jetos” de “objeto” e “sujeito”, para formar uma nova concepção de conhecimento, e da relação do homem para com ele. Para entender tudo isto, contudo, é preciso ler (e reler) a obra: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O problema fundamental do conhecimento*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

44 Uma das raras exceções em língua portuguesa – embora não diga respeito ao direito brasileiro – é o monumental estudo, desenvolvido por António Castanheira Neves, sobre a distinção entre questões de fato e de direito, e que foi objeto de sua tese de doutorado, defendida na Universidade de Coimbra em 1967. Por mais que a dicotomia tratada na obra não constitua objeto deste trabalho, reconhecemos que as lições de Castanheira Neves merecem ser lidas (afinal, representa o maior esforço já dedicado ao assunto em nossa língua), razão pela qual direcionamos o leitor interessado para consultá-las em NEVES, António Castanheira. *Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967. Vale a pena conferir também, para o período anterior ao que aqui analisaremos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões judiciais e questões preliminares em Direito Processual Civil* – ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

doutorado de Kazuo Watanabe.<sup>45</sup> Mesmo assim, até o início da década de 1990, as lições ali contidas ainda não tinham se popularizado entre os processualistas civis<sup>46</sup> – de modo que permaneceu, por alguns anos, o cenário de escassez doutrinária, enquanto os autores não se familiarizavam com as ideias de Watanabe.

Considerando, portanto, o baixíssimo número de escritos dedicados à cognição em nosso direito processual (ainda que nos concentremos apenas nas décadas mais recentes), e também em virtude da necessidade de fazer um corte que possibilitasse a este trabalho atingir seus objetivos no prazo determinado, entendemos que seria suficiente aos nossos propósitos nos ater ao intervalo que vai de 1973 (para ficarmos apenas com o Código atual e seu predecessor) aos dias atuais<sup>47</sup>.

Por estas razões, não pretendemos fazer um histórico completo do conceito de cognição no Direito brasileiro<sup>48</sup>. E, se nem isto (o desenvolvimento do instituto desde o Brasil-colônia)

---

45 WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*

46 Ou ao menos não tinham, ainda, logrado inserir-se nas principais obras dedicadas ao estudo do direito processual civil em nosso país.

47 Que já é suficientemente longo, mas que, por se tratar de um tema tão pouco estudado como a cognição judicial, cremos ser perfeitamente passível de ser feito em algumas páginas.

48 Houve, ainda, uma terceira razão para restringirmos o intervalo a ser estudado. É que, quanto mais nos distanciamos do momento atual, mais nos sujeitamos às armadilhas do estudo histórico, e, especialmente, ao risco da anacronia – isto é, ao equívoco de enxergar eventos, obras (artísticas e doutrinárias), instituições, e mesmo institutos jurídicos, pelos olhos de hoje. Não que o estudo dos acontecimentos contemporâneos também não seja igualmente (ou ainda mais) desafiador, como atesta SEELAENDER, Airtton Cerqueira-Leite. *A História do Direito contemporâneo: um projeto possível?* *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, número 36, agosto de 2017, p. 20–35. Fato é que todo e qualquer estudo histórico que não atente para tais armadilhas (o que, na nossa visão, é o que termina ocorrendo com a maioria dos trabalhos jurídicos que optam por introduzir capítulos introdutórios abordando a história de seu objeto de estudo) costuma desenvolver-se traçando uma espécie de “linha reta” e unidirecional, que liga o passado ao presente, como se todo e qualquer acontecimento pretérito tivesse ofertado uma contribuição decisiva (por menor que tenha sido) para a construção do momento em que vivemos. É como se toda e qualquer experiência humana passada estivesse destinada não só a nos trazer até aqui, como a nos levar para um determinado lugar mais ou menos pré-definido (embora o momento da chegada a tal destino seja sempre apontado como incerto). Quando não se faz isto, adota-se o caminho inverso: opera-se de maneira retrospectiva, traçando a mesma linha reta e unidirecional, mas no sentido contrário, conectando o presente ao passado, o que termina sendo uma forma ainda mais “descarada” de enxergar o que já foi pelas lentes de hoje.

Os juristas parecem ignorar o fato de que o estudo histórico definitivamente não é algo fácil. Requer um esforço redobrado, pois não basta ir diretamente às fontes do período que se pretende estudar: é preciso, também, uma certa dose de contextualização (que poderá ser maior ou menor, a depender da dimensão e das pretensões do trabalho), para que entendamos as ideias e os acontecimentos de acordo com aquilo que significavam no momento em que manifestadas(os). Somente após compreendermos as complexidades e encruzilhadas de cada um dos momentos que pretendamos analisar – o que, aliás, requer ferramentas específicas da ciência da História, com as quais nós, profissionais do Direito, não estamos familiarizados – é que podemos passar ao cotejo de um momento histórico com outro. Percebendo essas dificuldades extras, e como não constituía nosso objetivo efetuar uma comparação detalhada de diferentes momentos históricos da doutrina processual brasileira, desistimos rapidamente da ideia, cogitada no início da concepção deste trabalho, de elaborar um estudo histórico da cognição. Para mais acerca das anacronias e dos perigos de um estudo histórico descontextualizado, consulte-se KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado* – contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. da PUC-Rio, 2006; do mesmo autor, *Estratos do tempo* – estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. da PUC-Rio, 2014 e *Crítica e crise* – contribuição à patogeneza do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. da UERJ, 1999.

constitui objeto de nossa preocupação nesta oportunidade, é evidente que tampouco almejamos traçar a evolução da temática desde o medievo, os diversos períodos do Direito Romano, ou (muito menos) desde sociedades ainda mais antigas. Seria muito tempo gasto escrevendo dezenas de páginas sobre algo que, ao fim e ao cabo, não seria determinante para os nossos objetivos, e que (dadas as dimensões planejadas para este trabalho) tampouco seria feito de modo minimamente adequado.<sup>49</sup>

Isso posto, resta esclarecer ao leitor que a obra de Kazuo Watanabe foi tratada por nós em subitem específico, que vem desenvolvido logo depois do presente. É que, como já dissemos, embora sua primeira edição tenha sido publicada em 1987, e a despeito da sua importância para o estudo do processo civil (por tratar de um tema que não vinha recebendo a atenção merecida por parte da doutrina), não encontramos menções a ela nos livros publicados nos anos imediatamente seguintes.

Foi com base nesses achados, oriundos da nossa consulta direta aos livros referenciados neste subitem, que resolvemos delimitar o período aqui tratado – o qual, segundo entendemos, pode ser chamado, sem problemas, de período “pré-Kazuo” – entre 1973 e 1990. Feitos esses esclarecimentos, retomemos, então, o nosso curso, para um breve mergulho no período anterior à popularização da tese de Watanabe.

Na pesquisa que realizamos das obras lançadas nesse intervalo temporal, duas coisas nos chamaram a atenção: 1) uma intensa aderência às ideias de Moacyr Amaral Santos (até certo ponto compreensível, dado que, até hoje, trata-se do único autor no Brasil a elaborar um tratado de fôlego sobre provas no processo não-criminal),<sup>50</sup> e 2) a inclusão constante da ideia de *verdade* no debate sobre cognição judicial e análise probatória.<sup>51</sup>

---

49 Além de já ter sido feito, antes de nós, por outros pesquisadores, a cujos trabalhos remetemos os leitores. Por todos, entendemos que valha a pena consultar, ao menos, a análise realizada em MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição* – uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2014, p. 47–104. Não apenas se trata de um dos poucos trabalhos em processo civil que elabora um estudo histórico voltado especificamente às mudanças pelas quais passou a cognição judicial, como constitui uma abordagem relativamente abrangente (embora não exaustiva), iniciando com o que o autor denomina de período “pré-romano,” até chegar aos dias atuais. Por mais que (reconhecidamente) não represente um estudo completo da história da cognição (e mesmo que o leitor discorde da forma como é conduzida a abordagem), pode servir, ao menos, como um bom ponto de partida.

50 Algo semelhante ao que vemos hoje em relação às ideias de Kazuo Watanabe, situação da qual trataremos mais à frente.

51 Expressões às vezes tidas como sinônimas por grande parte da doutrina, que (consoante vimos no item inaugural deste capítulo) até hoje evita, de certa forma, estudar a cognição realizada nos recursos, na execução, nas tutelas provisórias e nos procedimentos especiais. Mas isto, segundo entendemos, faz perfeito sentido: se nem mesmo a análise de provas e argumentos exercida entre o ajuizamento da petição inicial e a publicação da sentença declaratória de mérito (a mais visível expressão dos esforços cognitivos realizados por magistrados) costuma ser estudada a fundo pela doutrina, é de se esperar que a análise dos demais momentos em que a cognição se manifesta receba uma “marginalização” ainda maior no espaço acadêmico. Até entendemos que seja possível considerar “análise probatória” como sinônimo de “cognição”, desde que se defina como “análise probatória” toda e qualquer investigação do julgador a respeito de enunciados fáticos e elementos probatórios, e que se admita que

O primeiro fator nos fez buscar o conceito de cognição e as bases ideológicas adotadas por Amaral Santos no volume 1 de seu Tratado (no qual ele aborda a teoria geral da prova e traça as noções basilares da matéria, aprofundadas nos demais quatro volumes da obra). Surpreendentemente, percebemos que o próprio Amaral Santos também relaciona a ideia de cognição judicial à de busca da verdade – amparando-se, por sua vez, em Malatesta, autor que escrevia sobre provas *no processo penal*.<sup>52</sup>

A obra “*La logica delle prove in criminale*”, em dois volumes, de Nicola Framarino dei Malatesta (traduzida pelo mercado editorial para o português como “a lógica das provas em matéria criminal”), foi publicada pela primeira vez na Itália em 1895 e, juntamente com outros estudos clássicos,<sup>53</sup> *exerceu influência determinante no campo do direito probatório*.<sup>54</sup>

Engana-se aquele que pensa que, hoje, a obra possuiria, apenas, valor histórico. A incorporação de premissas centrais do seu pensamento por Moacyr Amaral Santos e seus contemporâneos – e a conseqüente reprodução constante das lições destes últimos – condicionou gerações de processualistas civis em nosso país – *ainda que a obra de Malatesta se destinasse claramente ao estudo do processo penal*.<sup>55</sup>

---

*tais enunciados e elementos estejam presentes (em maior ou menor medida, e ainda em roupagens diferentes) não apenas nos atos que antecedem a prolação de uma sentença de mérito em um processo de conhecimento, mas, também, nos recursos, nos processos de execução, e no âmbito das tutelas provisórias e dos procedimentos especiais.* Não temos, portanto, problemas em admitir uma certa equiparação das duas expressões, desde que se faça um esclarecimento semelhante ao que incluímos nesta nota.

52 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949, v. 1. A percepção da influência de Malatesta pode ser atestada já no primeiro capítulo da parte geral da obra de Amaral Santos, entre as páginas 03 e 16. Mas não o percebemos sozinhos: chamou-nos a atenção para o fato Beclaut Oliveira Silva, em palestra sobre “decisões judiciais” realizada na Faculdade de Direito do Recife em 31/10/2019. Feito o alerta, fomos, então, consultar os livros por nós pesquisados, e terminamos confirmando que a grande maioria dos processualistas das décadas de 1970 e 1980 ou amparava-se diretamente em Malatesta, ou fazia menção a Moacyr Amaral Santos (o qual, como já dissemos aqui e no texto principal, adere expressamente a várias lições do italiano).

53 Tais como as obras de MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Editor A. A. da Cruz Coutinho, 1871, e, mais recentemente, MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

54 MALATESTA, Nicola Framarino dei. *La logica delle prove in criminale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1895. Vale mencionar que há uma versão digitalizada da obra, em português, e que está disponível no sítio eletrônico do domínio público. Ao menos até 29.11.2019, ela podia ser acessada na íntegra em [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=22104](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=22104). A versão refere-se à 2ª edição portuguesa, de 1927.

55 Quanto ao conteúdo da obra de Malatesta, basta pontuar que ele baseia sua visão das provas e da análise cognitiva em um modelo que entende ser capaz de contornar conclusões equivocadas e alcançar, na decisão judicial, a verdade. Ao explicar os aspectos mais centrais de seu pensamento, Malatesta basicamente menciona as interações entre o homem e os objetos, fazendo uma tipologia do que ele entende serem as diversas formas de conhecimento, e qual delas seria mais apropriada para o alcance de juízos verdadeiros. Há, ainda, no tocante aos pilares do pensamento do italiano, uma clara tensão entre verdade e certeza (que ele define como a convicção da descoberta da verdade), com a tentativa de construir um modelo epistêmico capaz de fazer com que apenas se atinja a certeza quando, efetivamente, tenha-se alcançado, também, a verdade.

Vale notar, entretanto, que mesmo uma leitura minimamente atenta da primeira parte da obra – dedicada aos “estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade” – já permite concluir que, para o próprio Malatesta, as coisas não eram tão simples assim: ele admite expressamente a falibilidade humana, ao falar da nossa

Ou seja: ao fim e ao cabo, os dois fatores que analisávamos desembocam em um mesmo problema: como os processualistas definem a relação entre cognição judicial e verdade, e como isto interfere nas suas visões sobre 1) a função da jurisdição, 2) a condução do processo e 3) a análise probatória que deve ser realizada por nossos juízes.<sup>56</sup>

O leitor deve ter notado que, mais uma vez, mencionamos “análise probatória”, e não “cognição”. Não é um equívoco na redação, e nem estamos tomando as expressões como sinônimas – embora já tenhamos expressado opinião, em nota de rodapé, no sentido de ser possível utilizar as palavras como sinônimas.<sup>57</sup> Seria, aliás, tautológico – e, de certa forma, um contrassenso – adotar as expressões como intercambiáveis neste contexto.<sup>58</sup> Não é, portanto, com esta conotação que lançamos mão do vocábulo no parágrafo anterior.

Desta vez, a menção a “análise probatória” surge, simplesmente, como consequência da pesquisa: os autores que estudamos, do período situado entre 1973 e 1990, associavam fortemente a cognição com aquela análise das provas que, segundo eles, permitiria alcançar o estado de certeza necessário à prolação de uma sentença de mérito.<sup>59</sup>

---

suscetibilidade ao erro (por mais que tente, insistentemente, construir uma forma de conhecimento voltada a minimizar esta possibilidade, e a compatibilizá-la com o Direito), e aceita que “no julgamento criminal se trata sempre de realidades contingentes”. Ademais, a própria maneira com que o autor fala de “verdade” e “certeza” – repita-se que esta última, para ele, seria a crença, formada no espírito, de se ter alcançado aquela (a verdade) – não é tão clara e bem-definida como os processualistas que o citam fazem parecer. A respeito, pode-se consultar a versão já mencionada em nota anterior: MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 19–83.

56 Verificada a dimensão do tema “verdade” para a doutrina processual civil, chegamos à conclusão de que seria de suma importância não apenas mencioná-lo aqui, nessa breve apresentação do tratamento doutrinário do conceito de cognição. Julgamos necessário acrescentar um item próprio a este capítulo, dedicado exclusivamente a abordar a relação dos processualistas brasileiros com a temática. Sem isto, mesmo uma rápida apresentação do estado da arte do conceito de cognição em nosso país estaria irremediavelmente incompleta. Assim, o tema será enfrentado de maneira mais detalhada logo mais, já no próximo item. Por ora, iremos nos cingir aos impactos mais genéricos das relações entre verdade e processo, nos termos utilizados pela doutrina do período ora em análise (1973–1990), e ao que se dizia em torno do conceito de cognição.

57 Desde que se diga expressamente que cognição sempre envolverá alguma análise probatória (o que, por sua vez, requer que se diga o que se entende por “análise”, e o que se entende por “prova”).

58 Já que estaríamos afirmando que “a relação entre cognição judicial e verdade interferiria nas visões dos autores sobre a cognição judicial”. Seria, portanto, totalmente sem sentido equiparar as duas expressões em tal situação.

59 Barbosa Moreira, por exemplo, inicia seu *O novo processo civil brasileiro* com o item “processo de conhecimento ou de cognição”. Segundo entende, “o exercício da função jurisdicional visa à *formulação* e à *atuação prática* da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. Ao primeiro aspecto dessa atividade (*formulação* da norma jurídica concreta) corresponde o *processo de conhecimento* ou *de cognição*; ao segundo aspecto (*atuação prática* da norma jurídica concreta), o *processo de execução*. A situação cuja disciplina há de ser fixada pelo órgão de jurisdição é a que se lhe submete através do *pedido*. Acolhendo ou rejeitando o pedido, formula o órgão de jurisdição a norma jurídica concreta aplicável à situação. Ao fazê-lo, julga o *mérito* da causa, através de uma sentença. Assim, a *sentença de mérito* (ou *definitiva*) é o ato em que se exterioriza a norma jurídica concreta que há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional” (grifos no original). Vê-se, portanto, uma equiparação entre os termos “processo de conhecimento” e “cognição” – que, conseqüentemente, associa a importância desta tão somente à viabilização do julgamento do pedido através de uma sentença declaratória de mérito, a ser feito no âmbito daquele (processo de conhecimento). MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo... , op. cit.*, p. 3. No mesmo sentido, a passagem, já referida em nota anterior, de MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 7–9, além de LIEBMAN, Enrico

Essa maneira restritiva de pensar a cognição é típica do contexto em que viviam: considerando que os poucos lugares em que se liam menções à cognição eram em trabalhos sobre prova, não é de se estranhar que o trato do conceito de cognição tenha ficado preso ao campo do direito probatório. Essa é uma tradição do nosso direito processual – a qual, aliás (conforme veremos mais adiante), se mantém até os dias atuais.

Do que se publicava no período, realmente não resta muito a falar. A falta de monografias destinadas a destrinchar aspectos da cognição judicial nos levou a consultar manuais e cursos de processo civil (obras mais genéricas), e livros que tratavam do direito probatório,<sup>60</sup> pois era ali que se mencionava, ainda que de forma tímida, a cognição.

Em nenhum deles percebemos um cuidado maior na elaboração do conceito de cognição judicial. Como vimos, geralmente identificava-se esse com as análises realizadas no âmbito do processo de conhecimento, destinadas a firmar a “certeza do direito”,<sup>61</sup> a “vontade concreta da lei”<sup>62</sup> e a alcançar a “verdade”.<sup>63</sup> E não se explicava muito bem como o direito positivado previa que tal análise devesse (à época) ser feita, nem o que cada um desses termos (“certeza”, “vontade concreta da lei”, “verdade”) queria dizer, como se a mera remissão a esses “chavões” (componentes de uma espécie de “senso jurídico comum”) fosse suficiente para dar conta das inúmeras nuances que *sempre envolveram* a formação do convencimento dos julgadores – seja no processo de conhecimento, seja no de execução, seja nos procedimentos especiais ou no (à época existente como categoria autônoma) processo cautelar.<sup>64</sup>

---

Tullio. *Manual de direito...*, *op. cit.*, p. 3–4, e THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 445–451.

60 Já citados nas notas deste subitem.

61 Também já mencionado exaustivamente em notas anteriores.

62 Especificamente em relação à “vontade concreta da lei”, vale consultar as menções feitas em obra um pouco mais antiga. Na primeira edição das suas *Instituições*, José Frederico Marques aduz que “o objetivo de todo processo de conhecimento está na aplicação da vontade concreta da lei em consonância com uma pretensão regularmente deduzida” e que “o processo de cognição tem na *prova* um dos institutos de mais fundamental importância para atingir a sua *causa finalis*. A aplicação das normas do Direito objetivo a uma situação contenciosa torna imprescindível o conhecimento dos fatos em que vai incidir a *vontade concreta da lei*, a fim de que o pronunciamento jurisdicional atenda aos ditames da *justiça* dando a cada um o que é seu” (grifos no original). As passagens constam de MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3, estando contidas, respectivamente, nas páginas 8 (primeiro trecho) e 359 (segundo trecho transcrito).

63 SANTOS, Gildo dos. *A prova...*, *op. cit.*, p. 4; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 325–329; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 449 e TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 336–337 e 354–355.

64 Sequer mencionamos as tutelas antecipatórias de caráter satisfativo aqui, já que a tutela antecipada só foi incluída no rito comum do Código de Processo Civil de 1973 em 1994, com as alterações promovidas no artigo 273 pela lei 8.952/1994 (antes ela era prevista apenas em alguns procedimentos especiais). Considerando que as obras aqui mencionadas foram lançadas antes dessa mudança, apenas fizemos menção ao que existia na época: as três modalidades de processo, cuja tentativa de separação rígida constituíam a base do código (conhecimento, execução e cautelar), e os procedimentos especiais.

### 2.2.2 *A tese de Watanabe e seu conceito de cognição (1987)*

Em 1987, Kazuo Watanabe publica a versão comercial de sua tese de doutorado, em livro intitulado “cognição no processo civil”. Até então, como vimos no subitem anterior, inexistia uma obra que se dedicasse exclusivamente ao tema. Faltava, àquele momento, no direito processual civil brasileiro, um estudo que se propusesse a sistematizar as ideias geralmente associadas com o conceito e a prática da cognição judicial.<sup>65</sup> E foi justamente a isto que Watanabe se dedicou.

O autor esclarece, já na introdução,<sup>66-67</sup> que apenas percebeu a deficiência no trato da matéria enquanto estudava tema diverso: a ação de despejo. Constatando que parte dos problemas com os quais estava lidando advinham da falta de tratamento adequado, pela doutrina, do tema mais amplo da cognição judicial, resolveu mudar de rumo, e aceitar a tarefa<sup>68</sup> de elaborar um trabalho específico sobre este assunto, com o objetivo de preencher aquela lacuna que identificara.

A obra de Watanabe se divide em seis capítulos: nos dois primeiros, ele aborda, respectivamente, a questão da efetividade do processo (delimitando o papel deste enquanto instrumento de proteção de direitos, e mencionando as relações entre direito material e processual) e da importância da cognição enquanto técnica processual (a rigor, o capítulo se dedica mais a expor as relações enxergadas pelo autor entre a cognição e várias das

---

65 Fato que é reconhecido expressamente por Cândido Rangel Dinamarco no prefácio que escreveu para a primeira edição do livro, e que foi mantido integralmente em WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 13–16.

66 A introdução encontra-se em WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 17–18.

67 O leitor mais atento já deve ter percebido que a edição a que estamos (e continuaremos) fazendo referência, ao longo deste trabalho, é a 4ª e (ao menos enquanto estávamos escrevendo esta obra) última lançada, publicada em 2012, e já citada em notas de rodapé anteriores neste capítulo. Entendemos que, apesar de ter vindo a público vinte e cinco anos após a primeira edição, a estrutura básica do trabalho foi preservada. Isto pode ser constatado tanto através da leitura do prefácio da 1ª edição (que faz menção expressa aos seis capítulos da obra, *os mesmos da edição mais recente*), como pela consulta direta a vários trechos do texto, nos quais é perceptível um certo “choque”, entre o que estava lá desde o início, e o que foi acrescentado nas edições posteriores, para se adequar às várias reformas processuais ocorridas no período. Aliás, é justamente pelas inúmeras mudanças pelas quais passou o Código de Processo Civil de 1973 neste intervalo, que entendemos interessante nos concentrar na última edição. Nela, percebe-se o esforço do autor em tentar acompanhar as mudanças legislativas (de ordem constitucional e infraconstitucional) sem perder a “essência” do trabalho original, o que é, sem dúvidas, louvável, dado o fato de que sequer a Constituição de 1988 existia quando do lançamento da 1ª edição da obra de Watanabe. De qualquer forma, não conseguimos afastar a impressão de que, com o passar dos anos, as atualizações foram evidenciando uma mudança de paradigmas considerável, que reclamava uma atualização doutrinária da obra. Respeitamos plenamente a opção do autor, embora pensemos que grande parte dos autores mais tradicionais (muitos deles hoje já falecidos) por ele citados exigiam uma maior compatibilização com a legislação, doutrina e jurisprudência atuais. De qualquer forma, a manutenção das citações originais revela o desejo de Watanabe em não desfigurar sua obra – o que é confirmado por ele na “breve explicação” incluída na página 9, onde esclarece ao leitor que, da 3ª edição, publicada em 2005, para a 4ª (2012), limitou-se a “pequenos acréscimos” e “atualizações legislativas”, mas que “a doutrina foi mantida integralmente”. Isto posto, consideramos suficientemente justificada a nossa escolha de basear nossos comentários na edição mais recente do livro de Kazuo Watanabe.

68 Que, hoje sabemos bem, é extremamente árdua.

classificações das ações, e a tratar dos binômios “conhecimento-execução” e “processo de conhecimento-processo de execução”).

O quarto capítulo da obra é dedicado ao objeto da cognição. Nele, toca-se em diversas discussões doutrinárias em torno das questões processuais, do exame das condições da ação e de algumas noções sobre mérito – tais como delimitação daquilo que compô-lo-ia, tratamento da relação entre objeto litigioso do processo e mérito, e definição de quais seriam as questões de mérito. Ao longo de todo o capítulo, menciona como seria a atividade do julgador em cada uma dessas análises (análise das questões processuais, condições da ação e questões de mérito).

É nos últimos capítulos (quinto e sexto) que ele elabora sua tese dos planos cognitivos, e acentua a distinção entre cognição sumária e exauriente. Para tanto, opera uma divisão cartesiana<sup>69</sup> da cognição judicial em plano horizontal (extensão) e vertical (profundidade). A partir dela, e da tese de que a cognição constituiria uma técnica processual, começa a costurar uma classificação que abarque as diversas combinações que poderiam ser feitas entre os dois planos.

No plano horizontal, a cognição teria como limites aquele conjunto, específico a cada caso concreto, de “elementos” (terminologia empregada pelo autor) pertencentes a cada uma das componentes do trinômio abordado no capítulo quatro (relembrando: questões processuais, de mérito e condições da ação). Neste sentido, a cognição judicial poderia ser *parcial* ou *plena*, a depender da quantidade de elementos que o juiz pudesse analisar.

A cognição seria plena, no plano horizontal (extensão), quando o julgador pudesse conhecer de todas as matérias submetidas ao juízo através de qualquer desses três “elementos”. Por outro lado, ela seria parcial (ou limitada) quando esse estivesse impedido, por disposição legal, de conhecer<sup>70</sup> de certas matérias – como, por exemplo, no caso das ações possessórias (hoje constantes dos artigos 554 a 568 do Código de Processo Civil), em que não se pode discutir *propriedade*, mas *apenas a posse* de bens. Nestes casos, o julgador não poderia conhecer de tudo quanto fosse referente à discussão da propriedade do bem – e isto, para Watanabe, seria restrição cognitiva no plano horizontal.

A extensão do exame do juiz estaria reduzida, portanto, nos casos de cognição parcial – o que não ocorreria nos de cognição plena, em que o magistrado estaria habilitado a conhecer de todas as matérias carreadas aos autos pelas partes.

---

69 A expressão não está, de modo algum, sendo usada de maneira pejorativa. Trata-se de uma constatação, que ficará mais clara quando tratarmos especificamente do método cartesiano, no capítulo 3.

70 Não apenas de decidir: para Watanabe, quando a cognição é parcial, o julgador sequer pode conhecer daquelas matérias previamente afastadas do exame do caso concreto.

No plano vertical, a cognição poderia ser sumária ou exauriente, a depender do que Watanabe chama de “profundidade” do exame efetuado pelo magistrado. Nesta linha, quando o juiz estivesse na situação de proferir uma sentença declaratória que afirmasse definitivamente a existência (ou a inexistência) do direito do autor, teríamos, então, cognição completa ou exauriente. Nessas situações, o julgador teria elementos suficientes para empreender uma análise capaz de “descer até as profundezas” do caso, elementos esses que teriam sido acumulados paulatinamente ao longo de um rito mais demorado (que permitisse às partes trazer e discutir as provas com mais vagar).

A cognição seria sumária quando o exame realizado pelo magistrado fosse, nas palavras de Watanabe, superficial. Isto é o que ocorreria, por exemplo, quando o juiz estivesse diante de um pedido situado no âmbito das atuais “tutelas provisórias”, em que fosse necessário conceder imediatamente uma medida para conservar (cautelar) ou satisfazer desde já (antecipação de tutela de urgência ou de evidência) o direito. Aqui o exame seria sumário, superficial, porque baseado apenas nas informações trazidas pelo demandante até aquele momento.

Segundo o autor, apenas diante de procedimentos de cognição plena (horizontal) e exauriente (vertical) é que poderíamos alcançar um maior nível de certeza em relação à controvérsia jurídica discutida nos autos<sup>71</sup>, de modo que, somente nesses processos, haveria formação de coisa julgada material. Para Watanabe, portanto, processo de cognição plena e exauriente é sinônimo de “processo ordinário”.<sup>72</sup>

Operada a distinção, ele passa a estabelecer uma tipologia, conforme as diversas combinações que, segundo compreende, poderiam ser feitas entre os planos horizontal e vertical da cognição. Assim, teríamos, para além dos procedimentos de cognição plena e exauriente: os de cognição parcial e exauriente (com limitações na extensão, no número de matérias apreciáveis, mas não na profundidade do exame do juiz em relação àquelas que pudesse apreciar); os de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* (que não teriam limitações na extensão, mas cuja profundidade dependeria da suficiência de elementos probatórios nos autos); os de cognição “*eventual, plena ou limitada e exauriente*” (nos quais só haveria cognição se o demandado tomasse a iniciativa de instaurar o contraditório); os de cognição sumária ou superficial (caso das tutelas provisórias, em que a urgência, a evidência ou a necessidade de conservação do bem fariam com que o legislador considerasse “suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada”); e, finalmente, a intrigante classe

---

71 Em linha, aliás, com o que vimos em relação às publicações dos autores do período anterior ao lançamento do estudo de Watanabe.

72 WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 120.

dos procedimentos “de cognição rarefeita”, nos quais existiria cognição, mas esta seria “bem escassa”<sup>73</sup> (Watanabe dá como exemplo de tais procedimentos o de execução)<sup>74</sup>.

Estabelecida essa classificação, Watanabe passa a indicar exemplos de cada um desses tipos no ordenamento jurídico pátrio. Ultimada essa exposição, encerra a obra (capítulo seis) discorrendo sobre a cognição sumária, com especial destaque para o papel desta *enquanto técnica processual capaz de criar procedimentos diferenciados*, adequados às peculiaridades do caso concreto e da própria “sociedade moderna”<sup>75</sup>.

Embora as ideias extraídas da divisão dos planos de cognição tenham sido as que mais se popularizaram na doutrina processual brasileira, entendemos que, para os propósitos imediatos deste item, interessa dar um enfoque mais detalhado no terceiro capítulo da obra de Watanabe, propositalmente deixado para o final desse breve resumo de seu trabalho sobre cognição.

O terceiro capítulo vem intitulado da seguinte forma: “conceito de cognição e motivação”. Como veremos, nele são desenvolvidas, em 17 (dezesete) páginas<sup>76</sup>, uma série de ideias, de modo que o capítulo termina tentando abordar muito mais do que o conceito de cognição.

As primeiras páginas do capítulo são dedicadas a um resumo da “*cognitio* no direito romano”, realizado em cinco páginas, e ao qual não dedicaremos maiores considerações. Ao conceito de cognição propriamente dito são dedicadas menos de quatro páginas, e essas são as que mais nos interessam aqui.

Watanabe vê a cognição como “prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes”<sup>77</sup>. Tais alegações e provas, uma vez controvertidas em juízo, constituiriam a base para o julgamento realizado pelo juiz.

Por aí se vê que ele concorda, em linhas gerais, com o conceito de cognição empregado pela doutrina tradicional – que, como vimos, relaciona a cognição a uma operação mental, lógica, cerebrina, de análise dos elementos necessários para a prolação de uma sentença de mérito.

No entanto, ele discorda que essa operação equivalha a um silogismo: para ele, o que o julgador faz é algo bem mais complexo. Entretanto, apesar da afirmação, Watanabe não

---

73 Ibidem, p. 118, especialmente a nota de rodapé 157.

74 Ibidem, p. 121

75 Ibidem, p. 132–151.

76 O capítulo situa-se entre as páginas 62 e 78 da obra citada.

77 WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 67.

aprofunda o porquê dessa complexidade, limitando-se a citar Calamandrei e Liebman, e (atenção aqui!) a afirmar que, “na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos para justificar a conclusão.”<sup>78</sup>

O autor até reconhece que “nesse *iter*, embora predominantemente lógico, entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural e outros mais”<sup>79</sup>, mas em momento algum diz o que exatamente seriam todos esses fatores, como eles influenciariam a cognição, e como o Direito lidaria com eles.

Para além de citações a Couture a Liebman, o único elemento trazido pelo autor é um exemplo hipotético: Watanabe menciona, sem maior embasamento, que, em um processo que discuta indenização por acidente automobilístico, a cognição (e, conseqüentemente, o julgamento) realizada por um juiz que saiba dirigir seria totalmente diferente daquela empreendida por um que não o saiba. Este último apenas seria capaz de analisar o caso segundo o “critério abstrato e teórico que o estudo do sistema jurídico lhe proporcionou”; já o primeiro, o juiz que saiba dirigir, seria capaz de examinar as coisas de acordo com o “contexto global, considerando o que a experiência lhe sugere (fluxo de veículos, ritmo de circulação, hábito dos motoristas, sistema de sinalização etc.)”.<sup>80</sup>

Exposta essa situação hipotética, Watanabe menciona que “vários outros exemplos poderiam ser mencionados, no campo da avaliação dos fatos ou no âmbito da interpretação das normas jurídicas”, mas considera que isto seria desnecessário, “pois se trata de verdade de percepção até intuitiva”.<sup>81</sup>

Com isto, encerra-se o item dedicado ao conceito de cognição. No restante do capítulo três, Kazuo Watanabe passa a falar, brevemente, da relação da cognição com os “dados fáticos” e “dados de direito”, oportunidade em que menciona a importância de uma “avaliação equitativa dos fatos” por meio do magistrado.

Para garantir a qualidade dessa avaliação, o autor entende que seria imprescindível investir nos processos de seleção, formação e, sobretudo, no aperfeiçoamento cultural dos juízes. Esse aperfeiçoamento constante dos juízes deveria abarcar não apenas disciplinas jurídicas, mas também conhecimentos de outras áreas, “principalmente em economia,

---

78 Ibidem, p. 69.

79 Ibidem, mesma página 69.

80 WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 69–70.

81 Ibidem, p. 70.

sociologia, política e psicologia, em nível que lhes propicie, ao menos, o suficiente para ter a visão global do momento histórico e do contexto socioeconômico-cultural em que atuam”<sup>82</sup>.

A importância conferida a essa formação multidisciplinar é dita de forma clara e direta, quando afirma-se que, “para a cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável”<sup>83</sup>. A sensibilidade, a que o autor se refere, é, justamente, essa sensibilidade para com o “contexto socioeconômico-cultural” – a qual, segundo ele, só seria atingida se os juízes fossem expostos a constantes cursos de aprofundamento nas mais diversas áreas do saber humano.

O capítulo se encerra com uma exposição das relações entre cognição e motivação, na qual é salientada a importância da fundamentação, para que se tenha uma cognição adequada aos ditames de um Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, é disso que trata a obra de Kazuo Watanabe sobre a cognição judicial. Expostos de maneira resumida o conteúdo dos capítulos (dos quais apenas o terceiro foi mais densamente “dissecado”), podemos, agora, tecer algumas observações.

Como se pode notar, embora pregue que os julgadores devessem ter uma formação multidisciplinar, em momento algum Watanabe menciona sequer um autor de psicologia, epistemologia, economia, política, sociologia, ou qualquer outra área que não seja o Direito. Isto seria crucial para aprofundar o porquê de se dar tanta importância a essa formação multidisciplinar dos julgadores – mormente diante do fato de que o Código de Processo Civil (tanto o de 1973 como o atual)<sup>84</sup> veda que o juiz se utilize de conhecimentos técnicos não jurídicos na análise e julgamento da causa, dispondo claramente que, para estes, deve-se lançar mão da prova pericial.

Além disso, seria fundamental um mínimo de explicação sobre os tais aspectos “volitivos”, “sensitivos”, “psicológicos”, “culturais”, “intuitivos” e “vivenciais” aos quais se faz menção. Para fundamentar essa sua posição, Watanabe recorre, como vimos, a Liebman e a Couture, e a um exemplo hipotético que julgamos, no mínimo, problemático.

É que, embora seja “intuitivo” que o juiz esteja sujeito a todos esses fatores, e que também *pareça* “intuitivo” que um juiz que saiba dirigir terá mais propriedade para examinar

---

82 Ibidem, p. 72.

83 Ibidem, p. 72–73.

84 Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973): “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Código de Processo Civil atual (Lei 13.105/2015): “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

as peculiaridades de um acidente automobilístico do que um que nunca guiou um automóvel, explicações intuitivas não bastam para dar conta de um fenômeno tão complexo.

O estudo da cognição envolve o cérebro humano. Ela efetivamente é, como Watanabe corretamente pontua, “um ato de inteligência”. Mas o que envolve esse ato de inteligência? Quais são esses fatores volitivos, psicológicos, culturais, que acometem qualquer tomador de decisão? Isto não fica dito na obra, e é da maior importância para o estabelecimento de um conceito adequado de cognição judicial.

Até reconhecemos que muitos desses fatores que envolvem a cognição judicial não vinham sendo estudados em Direito à época em que a obra foi escrita<sup>85</sup>. Como dissemos no início deste subitem, o trabalho de Watanabe surgiu em um momento em que existia um certo “vazio doutrinário” no estudo da cognição judicial. Nós entendemos que esse vazio inicial foi, àquele momento, preenchido, mas também consideramos que a obra explorou de maneira tímida o conceito de cognição.

Por mais que a preocupação central de Kazuo tenha sido a definição dos planos horizontal e vertical e a defesa do uso da cognição enquanto ferramenta de adequação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, são dedicadas menos de dez páginas para tratar do conceito do objeto da pesquisa por ele realizada<sup>86</sup>. Esta, segundo entendemos, deveria ter sido uma das principais preocupações do trabalho – principalmente em se tratando de um autor que reconhece a interferência de fatores “psicológicos” e “culturais” na mente do juiz, e que faz uma defesa apaixonada da importância de o profissional do Direito não se restringir apenas a disciplinas jurídicas.<sup>87</sup>

No entanto, não foi o que ocorreu, de modo que a obra de Watanabe não chega sequer a mergulhar os pés nas águas (bem turvas, reconhecemos) interdisciplinares da formação do convencimento dos julgadores. Sabemos que todo estudo que pretenda abordar a cognição judicial sempre será incompleto, em virtude dos interesses de cada pesquisador, e da necessidade de se fazer cortes, para viabilizar o término do estudo. E esta incompletude fica ainda mais acentuada neste tema, pelo fato de se estar lidando com o funcionamento do cérebro,

---

85 A rigor, até os dias atuais ainda há pouca pesquisa empírica sobre a influência de fatores psicológicos na cognição judicial. Veremos mais sobre isto no capítulo 2, mas, por enquanto basta dizer que, embora tenhamos hoje um número consideravelmente maior de estudos inter e multidisciplinares examinando a mente do julgador, esses ainda são incapazes de dar conta de toda a complexidade do problema.

86 Vai das páginas 66 a 73, já que o restante, como vimos, é dedicado a uma síntese histórica do direito romano, e à defesa da importância da motivação.

87 Afirmações com as quais estamos plenamente de acordo, embora acreditemos que isto não se restrinja aos juristas, aplicando-se, na nossa visão, a todo profissional, independentemente da sua área de atuação.

podendo a cognição ser examinada por vários enfoques, todos parciais, incompletos e, não raras vezes, conflitantes.

Para piorar ainda mais a situação, cada enfoque pode ser feito mediante a utilização de uma combinação diferente de áreas do conhecimento, o que faz com que possamos ter um sem-número de pesquisas sobre o tema, sob diferentes perspectivas – todas incompletas, em virtude da impossibilidade de angariar noções de todas as áreas do conhecimento para a confecção de um único estudo (mesmo que se dedique uma vida inteira a tal empreitada).

Reconhecemos tudo isto. O problema é que, como já dissemos anteriormente, em momento algum da obra faz-se menção a qualquer autor de qualquer dessas áreas do saber que Watanabe (e nós também) considera tão importantes para a compreensão e o exercício adequado da cognição.

Sendo assim, por mais que compreendamos que isto possa ter sido uma consequência dos cortes epistemológicos realizados pelo autor, assim como dos objetivos particulares que pretendia alcançar com sua tese, julgamos um tanto problemático que as poucas e breves menções aos diversos fatores que envolvem a cognição judicial tenham sido feitas de modo tão superficial, e apenas com citação a juristas.

### 2.2.3 *O estudo da cognição judicial no período pós-Watanabe (1987–2019)*

A despeito das nossas críticas à obra de Watanabe, o fato é que ela teve imensa repercussão na processualística civil brasileira. Até hoje suas lições são reproduzidas em quase todas as obras que ao menos “arranhem” o tema da cognição judicial. Tanto manuais quanto obras mais aprofundadas passaram a repetir a tese dos planos de cognição, a tipologia que os destrincha, e até mesmo as afirmações de Kazuo em relação ao conceito de cognição<sup>88</sup>.

---

88 Confira-se, a propósito: ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...*, *op. cit.*, v. 1 e 2, especialmente a página 434 do v. 1, na qual os autores reproduzem a teoria dos planos cognitivos de Watanabe; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, tomos I e II, passim; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 114–115 da versão digital (e-book); CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 314–318 e *O novo processo civil...*, *op. cit.*, principalmente p. 170; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 489–507, especialmente o trecho entre as páginas 504 e 507; DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 231–232; MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, passim; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, especialmente p. 113–114, 586, 1.020 e 1.373; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, passim; TALAMINI, Eduardo e WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, vol. 2, p. 55–59; THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1, passim.

Preenchendo uma incompreensível lacuna que existia no direito processual civil pátrio<sup>89</sup>, a tese de Watanabe teve (e continua tendo) imensa importância. Jamais negaremos que a obra foi uma espécie de divisor de águas no estudo da matéria no processo civil brasileiro.

Tanto isto é verdade que fracionamos este item em três subitens, cada um correspondendo a um dos períodos compreendidos no intervalo por nós estudado<sup>90</sup>: pré-Kazuo,<sup>91</sup> “Kazuo” e “pós-Kazuo”.

De fato, é inegável o impacto das suas ideias, tanto pela capacidade da tese de reunir, em um único texto, noções e matérias que, até então, costumavam vir “espalhadas” nos escritos jurídicos; quanto pela sua utilidade prática: mais do que lançar propostas abstratas, o trabalho – ao enxergar a cognição como uma técnica, que poderia ser manuseada para a confecção de procedimentos ajustados ao direito material – tem clara pretensão de aplicabilidade.

Grande parte do êxito da obra se deve, justamente, a essa capacidade de fornecer uma explicação que consegue dar solução a problemas teóricos e práticos, consequência da perspicaz estratégia do autor de tentar “costurar” um certo paralelismo entre procedimentos que já estavam normatizados e sua própria tipologia. Ao enxergar os procedimentos já existentes como exemplos da classificação que estava criando, Watanabe convence o leitor de que sua tese encontraria eco na legislação posta – o que faz com que sua ideia ganhe peso e pareça fazer perfeito sentido.

O que nos preocupa é o fato de que, desde sua publicação, poucos processualistas ousaram retornar ao tema com o mesmo intuito de Watanabe: preencher lacunas no estudo do tema.

Isso nos causa inquietação, porque, por mais que tenha ofertado uma contribuição relevante, o tratamento dado ao tema por Kazuo ainda é muito superficial. Como vimos, a obra não discorre de maneira detalhada sobre aquilo que é mais básico no estudo da matéria: o conceito de cognição. Não há qualquer tentativa de usar de inter, multi ou transdisciplinaridade para tentar explicar como funcionariam esses atos de inteligência concretizados nos pronunciamentos no juiz. Além disto, a tese dos planos de cognição – tantas vezes repetida acriticamente pelos processualistas que com ela tiveram contato – é, como qualquer tese, apenas

---

89 Incompreensível em virtude da centralidade do tema para o estudo do processo civil.

90 Para aqueles que já não se recordam do título deste capítulo, o corte que fizemos nos levou a concentrar nossos esforços no período que vai de 1973 – *publicação* (e não *vigência*: esta, lembremos, começou quase um ano inteiro depois, *em 1974*) do Código de Processo Civil de 1973 – até os dias atuais.

91 Que, como já dissemos no subitem anterior, não corresponde exatamente ao período anterior à tese, já que fomos um pouco além, até 1990 – momento em que, segundo nossa pesquisa revelou, suas ideias ainda não tinham sido recepcionadas nos principais manuais e cursos de processo civil da época.

uma proposta, uma sugestão – que, portanto, exige discussão e escrutínio sérios e permanentes, por parte da doutrina, para que o tema não fique adormecido, “estacionado” no tempo.

Veremos no capítulo 3 que a ciência (no âmbito da qual, obviamente, também se encontra a ciência do Direito) pode ser encarada da seguinte forma: como um processo constante e interminável de discussão, permeado por um relacionamento entre hipóteses e refutações (no âmago do qual uma proposta vai dando lugar a outra, capaz de dar conta não apenas dos problemas solucionados pela anterior, mas, também, de resolver novos).

Só se pode avançar no estudo de qualquer tema se esse ciclo for mantido. E, mais importante ainda, devemos destacar que este é um processo que não se restringe ao âmbito e aos interesses da academia: como teoria e prática estão (ou pelo menos deveriam estar) intimamente ligados, desenvolvimentos na ciência podem levar a explicações mais adequadas da realidade – que, por sua vez, podem mudar drasticamente a forma como conduzimos nossas vidas na prática<sup>92</sup>.

Assim, desenvolver novos estudos sobre cognição judicial não interessa apenas aos processualistas civis enquanto cientistas, doutrinadores, acadêmicos: é algo que transpõe o ambiente dos congressos, do ensino universitário e das publicações jurídicas – e que, portanto, interessa a todos os profissionais do Direito, os quais, diariamente, lidam com a cognição judicial, no desempenho das suas atividades profissionais.<sup>93-94</sup>

Afinal, se a mente do juiz (assim como a mente de qualquer ser humano) é algo tão complexo quanto importante – já que, somente conhecendo mais sobre este fenômeno, seremos capazes de captar suas nuances, estabelecer limites e, portanto, controlar em maior medida as atividades de análise desempenhadas pelos juízes (que, uma vez concluídas, devem, por requisito constitucional, ser exteriorizadas nos autos através de pronunciamentos devidamente

---

92 Basta lembrar de qualquer uma das milhares de invenções humanas nos últimos milênios para constatar a acuidade dessa afirmação: teoria e prática se inter-relacionam continuamente, por mais que, no Direito, essa relação tenha lá suas peculiaridades (como já visto na Introdução, em considerações que, conquanto já expostas, serão retomadas em trechos dos capítulos 3 e 4 desta obra).

93 Aliás, desse grupo mais amplo também participam vários membros do primeiro, sendo nele incluídos aqueles processualistas que acumulam a pesquisa e a docência com a atuação prática. Com isto em mente, pode-se dizer, sem exagero, que estes últimos têm uma “dupla preocupação” (ou um “interesse redobrado”) para com o assunto.

94 A realização de novos estudos tampouco representa qualquer espécie de desrespeito para com a obra de Watanabe. Pelo contrário. Entendemos que o maior sinal de respeito à obra de qualquer autor é o debate e a crítica das ideias por ele defendidas – o que deve ser feito de modo sério, sincero e em profundidade, mas *já* com ataques pessoais e argumentos *ad hominem*. As críticas às ideias até podem ser (ou parecer) duras. Não vemos problema nenhum nisto, desde que elas surjam como consequência de uma leitura atenta e criteriosa dos argumentos do autor. Afinal, quanto mais alguém se dedica a criticar seriamente as ideias de outrem, mais tempo despende analisando o pensamento deste – e merecer o tempo de alguém é o maior privilégio a que um autor pode aspirar.

motivados) –, julgamos razoável concluir que a continuidade no estudo do tema interesse, também, aos operadores do Direito<sup>95</sup>.

A própria repercussão da tese de Kazuo é testemunha disso: como dissemos acima, grande parte do seu sucesso advém da sua aptidão para conjugar teoria e prática – o que, portanto, parece confirmar essa nossa impressão de que uma pesquisa realizada no interior da academia pode, sim, influenciar a própria compreensão que se tem da realidade, *norteando* (mas não necessariamente *determinando*) a visão que se tem da prática.

Pois bem. Para além da repetição das ideias de Watanabe, o que foi feito, então, da cognição judicial, nesses mais de trinta anos? A isto dedicaremos o restante deste subitem – mas já podemos adiantar que o cenário não é lá muito animador...

Como já relatamos no item referente ao que chamamos de “período pré-Watanabe”, até o início da década de 1990 a tese deste ainda não tinha conquistado espaço nas obras de outros processualistas civis. No entanto, assim que a comunidade acadêmica se inteirou das ideias nela contidas, passou a repeti-las copiosamente, de modo que seu trabalho foi gradativamente se espalhando por toda a doutrina processual pátria.

Essa é uma tendência geral, que permanece até hoje. A obra de Watanabe teve para a cognição judicial um impacto semelhante àquele que o tratado de Moacyr Amaral Santos teve no campo do direito probatório. Por mais que se tratem de estudos com dimensões *muito* diferentes, ambos preencheram, cada um ao seu modo, uma lacuna no estudo de temas que sempre serão centrais para o processo civil.

Ainda assim, é de certo modo preocupante tamanha concentração em torno das ideias de um único autor. Por mais que Amaral Santos tenha sido abundantemente citado, por décadas, pelos autores de processo civil (tanto quando falavam de provas, como quando citavam suas menções à cognição judicial), os estudos sobre prova não ficaram paralisados. O mesmo não se pode dizer em relação à cognição judicial: até hoje, poucos são os autores que se dispuseram a ir além de Watanabe, na tentativa de elaborar estudos mais profundos sobre esta temática.

A rigor, grande parte do que até hoje se escreve sobre cognição advém de autores que escrevem sobre provas. Se pegarmos apenas os trabalhos lançados da década de 1990 até o final

---

95 A rigor, entendemos que qualquer cientista não possa fechar-se em um “mundo das ideias” abstrato, descurando da importância prática da sua disciplina (e sim, consideramos que toda e qualquer área da ciência tenha importância prática). No nosso modo de enxergar a ciência, o estudioso tem um papel importante *também no aprimoramento constante da prática*, ainda que, muitas vezes, a preocupação com a manutenção do *status quo* – que pode se dar por justificativas legítimas (como a escassez de elementos de comprovação suficientes para embasar uma nova teoria, algo que, reconhecemos, sempre será de certa forma arbitrário) ou ilegítimas (como a opressão à mudança, motivada pelo desejo de preservar o privilégio daqueles que detêm o poder em uma dada comunidade) – não permita que as mudanças transponham os muros da academia.

de 2019, veremos uma profusão de obras sobre provas (ainda que nenhuma delas seja um tratado como o de Moacyr Amaral Santos, ou que se dediquem, exclusivamente, a um estudo aprofundado de teoria geral da prova) que – assim como costumava ocorrer nas décadas anteriores – tocam, ao menos pontualmente, o tema da cognição judicial.

Assim, o cenário pós-Kazuo Watanabe ainda é marcado por uma decepcionante falta de trabalhos específicos sobre cognição. Até os dias atuais, o tema ainda é refém da boa vontade daqueles que escrevem sobre provas, ou sobre outros temas relacionados à cognição.

Mas essa é a regra. Felizmente, há exceções, e cabe a nós, neste subitem, mencioná-las – assim como dar crédito, também, aqueles que, no âmbito dos seus estudos sobre outros assuntos, contribuíram, de alguma maneira, para o estudo de temas afetos à cognição<sup>96</sup>. Embora o panorama geral ainda seja bem desanimador, vimos, principalmente nos últimos anos, alguns processualistas debruçarem-se com mais afinco no estudo da matéria.

Em 2005, Danilo Knijnik publica a versão comercial de sua tese de doutoramento, questionando se, realmente, seria possível falar em uma distinção estanque entre questões de fato e de direito<sup>97</sup>. Embora focado na perspectiva do reexame de matéria fática pelo Superior Tribunal de Justiça (no âmbito de julgamento dos Recursos Especiais), o trabalho traz uma contribuição importantíssima para o estudo de um dos temas mais relevantes da cognição judicial: a apreciação, por parte dos magistrados, de *questões*, isto é, *de afirmações controvertidas no seio do debate processual*.

Knijnik mostra o quão artificial se revela qualquer tentativa de manter uma separação rigorosa entre o fático e o jurídico, em virtude das implicações recíprocas entre ambos. Dialogando com diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, ele mostra como pode ser difícil apontar, no caso concreto, se o tribunal adentrou, ou não, o exame de matéria fática.<sup>98</sup>

Partindo dessa perspectiva “não-dual”, o autor constrói uma teoria “tricotômica” das questões apreciadas no processo, afirmando que as tradicionais questões de fato e de direito não estariam tão distantes assim umas das outras – e que, além disso, talvez fosse mais correto

---

96 Quantos a esses, consulte-se, especificamente no âmbito do estudo das provas em espécie, os seguintes trabalhos, cada um deles trazendo diferentes perspectivas com relação ao papel do juiz e à valoração do conjunto probatório: AVELINO, Murilo Teixeira. *O controle judicial da prova técnica e científica*. Salvador: Juspodivm, 2017; KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007 e KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; LUNA, Rafael Alves de. *De Íkarus a Prometheus: o uso da prova científica no atual processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2018; RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal...*, *op. cit.*

97 KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão de questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

98 O que seria determinante para aferir a existência de eventual violação ao conteúdo do enunciado 7 da súmula da jurisprudência daquela Corte: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

admitir que algumas situações, localizadas naquela “zona cinzenta” em que se mistura o fático e o jurídico, mereceriam ser consideradas um tipo autônomo de questão. Essas seriam, segundo ele, “questões mistas”.

Não é nosso objetivo discutir a classificação aqui. No momento, basta destacar que o trabalho trouxe uma visão inovadora para um assunto caro ao estudo da cognição – assunto que, há décadas, vinha sendo repetido acriticamente pelos processualistas civis. Mais importantes, para nós, são as afirmações, feitas por Knijnik já nas primeiras páginas da obra<sup>99</sup>, quando argumenta que, somente por meio da adoção de uma ideologia positivista radical, herdeira de uma mentalidade fortemente iluminista – que condicionasse o reconhecimento da existência autônoma do Direito à necessidade de afastar o jurídico do fático, por meio da construção artificial de um “mundo de normas” apartado da realidade fenomênica –, seria possível conceber um “fosso”<sup>100</sup> entre a análise do fático e do jurídico.

Concordamos com o autor nesse ponto, inclusive quanto ao fato de essa ideologia – que inspirou os pesquisadores a distribuir as matérias em campos de estudo supostamente “puros” e “perfeitamente independentes” uns dos outros – ter como consequência a criação de um cenário de incomunicabilidade entre as várias áreas do saber humano, gerando uma espécie de ojeriza a qualquer diálogo ou proposta interdisciplinar – o que certamente contribui (embora vá muito além disto) para essa “alergia” do jurista ao estudo do fato (ou, mais precisamente, das afirmações que se pode fazer sobre fatos)<sup>101</sup>.

Três anos após Knijnik mostrar a imensa dificuldade de traçar uma linha clara e bem-definida entre as questões de fato e de direito, Dhenis Cruz Madeira lança um estudo intitulado “Processo de conhecimento & cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito”<sup>102</sup>.

---

99 KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial*, op. cit., p. 13–46.

100 Expressão nossa, não de Knijnik.

101 De fato, tanto a ciência como a prática só têm a perder com a falta de integração entre profissionais e pesquisadores com diferentes *expertises* – isto é, com diferentes “bagagens de conhecimento”. E isto também é verdadeiro em relação ao Direito. A aplicação desse não se dá de maneira silogística e subsuntiva, por meio da extração mecânica de normas abstratas dos textos, seguida por uma espécie de “revelação milagrosa”, que apontaria a norma incidente diante da situação “x”, “y” ou “z” posta diante do juiz. A rigor, como veremos ao longo deste trabalho, as coisas são muito mais complexas do que esse modelo artificial faz parecer – e parte dessa complexidade advém, justamente, da imensa relevância do elemento fático no Direito. Este não tem apenas um papel acessório no âmbito da ciência e da aplicação do Direito, já que é por meio de um exame integrado, do fato com as previsões normativas, que se decide se restou suficientemente comprovada, nos autos, a ocorrência da hipótese que reclama a incidência da norma. Não é por outra razão, aliás, que o sinônimo de “hipótese de incidência” seja, justamente, “suporte fático”. Sendo assim, qualquer tentativa de separá-los, ou de investir em uma suposta divisão das questões analisadas no processo em tipos puros e idealizados (“questões de fato” x “questões de direito”) não apenas representa uma simplificação da realidade: trata-se de uma negação equivocada da relação simbiótica (por definição, vital) entre o fato e o direito.

102 MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

Desta vez, trata-se de um trabalho voltado à nossa temática, que teve como objetivo não só dialogar diretamente com a obra de Kazuo Watanabe, mas, também, acrescentar uma série de noções importantíssimas ao debate. Ao fazê-lo, portanto, contribuiu, a um só tempo, para a atualização e para a expansão do campo de estudo da cognição judicial.

Dhenis Cruz rechaça uma visão romantizada do ofício de julgar. Para ele, é preciso abandonar a ideia de que o magistrado teria de ser um indivíduo superior, dotado de um determinado conjunto de virtudes desejáveis – as quais, acaso componentes da sua personalidade, conferir-lhe-iam uma superioridade, frente aos outros seres humanos, na tarefa de exercer a jurisdição.

Na esteira desse objetivo de tentar humanizar a figura do juiz e admitir sua falibilidade, Madeira rejeita a ideia de Watanabe de que o juiz só poderia ser um bom julgador se possuísse uma ampla bagagem multidisciplinar. Discordando especificamente do exemplo do “juiz-motorista” referido por Kazuo (já mencionado no subitem anterior), Madeira entende que aquilo que o ordenamento exige dos magistrados é o cumprimento das garantias processuais dos litigantes, e não a posse de um sem-número de virtudes intrínsecas ou de conhecimentos especializados.

Para ele, o atendimento aos ditames do Estado Democrático já seria suficiente para a prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade, devendo ser reservada aos exames periciais a apreciação de questões que não envolvessem o Direito. Esses ditames, segundo entende, envolveriam o zelo do magistrado pelas garantias processuais dos litigantes, assim como pela estruturação de um procedimento imerso no contraditório (aos moldes fazzalarianos)<sup>103</sup> e na participação ativa das partes (raciocínio bem aos moldes do pensamento da escola da PUC-Minas)<sup>104</sup>.

Dhenis Cruz sustenta que, atendendo às garantias positivadas no texto da Constituição, o juiz já estaria tendencialmente mais próximo de uma decisão mais acertada – especialmente se concedesse às partes um espaço adequado para influir no processo de formação do seu convencimento.

Trata-se, em resumo, de um trabalho dotado de um forte viés garantista, que busca substituir a figura do juiz Hércules – criatura iluminada, de inexplicável vocação divina para a judicatura – pela de um ser humano como qualquer outro – alguém que é capaz de errar, mas

---

103 Para uma compreensão mais exata da visão “fazzalariana” de processo como procedimento em contraditório, consulte-se o próprio: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Pádua: CEDAM, 1996.

104 Para compreender essa forma de enxergar o Direito e o exercício da função jurisdicional, consulte-se por todos, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático* – por uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

que, ao mesmo tempo, é incumbido de uma série de deveres constitucionais (e infraconstitucionais) para a condução do seu mister, deveres que o obrigam a saber operar bem *o Direito*, para tentar dar o máximo de concretização possível às garantias dos demais sujeitos processuais.

Nesse contexto, não seria o caso de condicionar a qualidade da cognição exercida pelo juiz a uma formação constante e profunda em outras áreas: a *expertise* que se exige dele, na visão de Madeira, é jurídica (e isso já seria suficientemente rigoroso para com nossos magistrados).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart produziram um estudo consideravelmente extenso sobre provas, lançado originalmente em 2009<sup>105</sup>. A partir da 3ª edição, lançada em 2015, o título foi alterado para “Prova e Convicção”, para pôr em evidência que, no livro, também há espaço para o tratamento da cognição (razão pela qual entendemos que a obra mereceria menção especial no corpo do texto principal, e não apenas como nota de rodapé).

Não se trata, portanto, de uma obra que cubra, apenas, a teoria geral da prova e as provas em espécie: há um capítulo específico para a “cognição”<sup>106</sup>, um capítulo introdutório sobre a relação entre prova e verdade<sup>107</sup>, e, ainda, um terceiro capítulo, que enfrenta questões relacionadas ao “convencimento judicial”<sup>108</sup>. No mais, a cognição não fica restrita aos capítulos iniciais. Ainda que receba um espaço maior nesses capítulos específicos, retorna-se ao assunto ao longo da obra, na abordagem de problemas comuns entre ela (cognição) e o direito probatório.

No mesmo ano da primeira edição do livro de Marinoni e Arenhart (2009), Eduardo José da Fonseca Costa defende dissertação acerca da análise judicial de pedidos situados no

---

105 Hoje, a obra está na sua 5ª edição, lançada em 2019 (dez anos, portanto, depois da 1ª). A versão consultada para a elaboração deste estudo foi ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. É a ela que faremos referência ao longo deste estudo.

106 ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção*, *op. cit.*, p. 75–95.

107 *Ibidem*, p. 29–62. Recomendamos fortemente a leitura deste capítulo, por abordar o tema da “verdade” no processo com uma profundidade que é rara na doutrina brasileira. Além disto, há um bom número de referências, tanto jurídicas como filosóficas, que não foram inseridas pelos autores apenas para “fazer número”: elas *efetivamente* servem como referenciais teóricos relevantes para a construção dos seus argumentos. Ainda que se venha a discordar da linha argumentativa, das conclusões dos autores, ou de ambas, a forma como o raciocínio está estruturado é bem mais rica do que a de grande parte das abordagens usuais da temática – o que faz valer a leitura do capítulo, mesmo que o leitor não se convença do acerto da posição defendida na obra. Voltaremos a este trecho do livro de Marinoni e Arenhart no item seguinte, em que (relembre-se) abordaremos especificamente o tema da “verdade” no processo.

108 *Ibidem*, p. 97–115.

âmbito do que hoje são as tutelas provisórias<sup>109</sup>. “O direito vivo das liminares”<sup>110</sup> não é apenas um trabalho sobre tutelas conservativas e satisfativas: *trata-se, a rigor, de uma investigação sobre as avaliações feitas pelo magistrado com relação à urgência e à evidência do pleito antecipatório (ou cautelar) aduzido pelo demandante*. Por esta razão, entendemos ser um trabalho sobre *cognição*.

O argumento construído por Costa é que “urgência” e “evidência” não funcionariam em uma perspectiva binária. Não seriam excludentes. Segundo sustenta, tratar-se-ia de um processo dinâmico, *vivo*, e muito mais complexo do que a simples escolha entre “há ou não urgência” e “há ou não evidência”.

Defende Costa que, quando o juiz é instado a aferir a presença dos requisitos, antes de decidir acerca da concessão (ou denegação) de medida liminar,<sup>111</sup> sempre encontrará, como fruto da sua investigação, uma combinação, em diferentes intensidades, de urgência e evidência.

Assim, a concessão de uma tutela antecipatória de urgência, por exemplo, também poderia estar amparada em diferentes graus de evidência, consubstanciados nos elementos probatórios carreados pela parte autora naquele momento inicial do processo. Afinal, um mínimo de evidência do direito deve haver, para que se decida inverter o ônus do tempo do processo, fazendo recair sobre o réu uma medida contra a qual só terá oportunidade de se defender *a posteriori*.

Poderia ocorrer, também, a depender dessas mesmas provas, de haver um nível de evidência ainda maior, o que faria com que o juiz concedesse a medida baseada na presença desses dois fatores (urgência e evidência).

Da mesma forma, uma tutela pleiteada com base em evidência sempre estaria acompanhada por algum grau, mínimo que fosse, de urgência (do contrário, a parte não estaria lançando mão dessa medida).

Mencionando vários exemplos concretos, corriqueiros na prática forense, Costa vai mostrando diversas “receitas de liminares”, elaborando uma tipologia própria, com a intenção de demonstrar que a avaliação, feita pelo juiz, no momento de decidir acerca da concessão de

---

109 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

110 Hoje publicado como COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

111 Lembre-se: liminar é qualquer medida proferida sem prévia audiência do réu, podendo fazer referência tanto a decisões de caráter satisfativo (tutelas antecipatórias de urgência e evidência) como de caráter conservativo (cautelar).

uma tutela provisória, nunca estaria puramente focada em um ingrediente único (“só urgência” ou “só evidência”).

Na prática, o julgador estaria sempre extraindo, do conjunto probatório apresentado pelo requerente, uma mistura desses dois elementos autorizadores da concessão da medida. Haveria, portanto, em cada liminar, um *quantum* de urgência e um *quantum* de evidência.

2011 marca a defesa da tese de Beclaute Oliveira Silva sobre cognição judicial no mandado de segurança. Tomando como marco teórico o raciocínio dialógico de Mikhail Bakhtin, Beclaute defende uma superação das teorias dos planos de cognição proposta por Kazuo Watanabe, e uma redefinição do que se entende, em Direito, por “prova”<sup>112</sup>.

Embora o estudo tenha partido do âmbito mais restrito do mandado de segurança (objeto “imediato” da pesquisa), Beclaute chega a afirmações que podem ser generalizadas, segundo entendemos, para todo e qualquer procedimento. Concorde-se ou não com a escolha de seu marco teórico, o fato é que o alagoano pontua, de maneira convincente, que toda e qualquer decisão judicial sempre estaria amparada em cognição exauriente – *exauriente no sentido de que o juiz estaria obrigado a examinar tudo aquilo que estivesse nos autos no momento anterior à tomada da decisão*. Entendida a cognição nesses moldes, perderia sentido falar em cognição sumária.

Poder-se-ia falar em cognição sumária, diz Beclaute, na perspectiva de existirem exames sobre conjuntos probatórios mais volumosos (como tradicionalmente se entende que seria o exame de alegações e provas que antecede a prolação de uma sentença declaratória de mérito), se comparados com aqueles elementos que geralmente embasam o pedido de liminares (aí incluídas as liminares no mandado de segurança), ou mesmo se comparados quantitativamente com os elementos postos diante do juiz em determinados procedimentos (como a própria prova documental pré-constituída, que deveria ser analisada para eventual concessão, *por sentença*, de mandado de segurança).

No entanto, não se poderia negar, na visão do autor, que, em todas essas situações, o juiz teria o dever de examinar todos os elementos presentes nos autos antes de decidir, e esse “todo” exauriria a cognição para aquele momento específico (ainda que a discussão prosseguisse, no mesmo juízo ou em outro (seja em grau recursal ou no seio de outro procedimento, que permita uma nova discussão baseada em uma outra apresentação fático-jurídica).

---

112 SILVA, Beclaute Oliveira. *A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin*. Tese de doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

A tese de Beclaute é um trabalho que merece mais espaço no debate sobre cognição em nosso direito processual. Embora o título dê a impressão de um estudo mais focado, é possível extrair do trabalho observações que nos forcem a repensar alguns *topoi* que costumam “marcar presença” no estudo da matéria (ainda que, ao final desse processo reflexivo, o leitor não fique convencido dos argumentos do alagoano).

Muitos desses “lugares-comuns” são reproduzidos de maneira acrítica por Kazuo Watanabe, o que termina fazendo com que sejam repetidos, de maneira igualmente acrítica e superficial, pela quase totalidade da nossa doutrina (considerando que grande parte dos autores de processo civil se habituaram a apenas repetir o conteúdo da tese deste último). Por esta razão, voltaremos a analisar alguns pontos da tese de Beclaute Oliveira Silva – em especial, sua definição de cognição exauriente – no capítulo 4.

Após enfrentar a problemática da cognição nas tutelas provisórias, Eduardo José da Fonseca Costa voltou suas atenções para as relações entre cognição judicial e neurociência, psicologia e economia, com foco no tema da imparcialidade do julgador. Desse esforço interdisciplinar exurgiu sua tese de doutorado “Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia”, defendida em 2016, e publicada em 2018<sup>113</sup>.

Costa dedica grande parte do estudo a introduzir o leitor na temática dos vieses cognitivos, desvios ocasionados pela automatização de nossas decisões, e que podem afetar de maneira prejudicial todo e qualquer ser humano (aí incluídos, naturalmente, os juízes). De maneira ao mesmo tempo extremamente didática e suficientemente profunda, apresenta os estudos psicológicos que vêm sendo realizados no tema nas últimas décadas, proporcionando um contato do leitor (que para muitos juristas poderá ser um primeiro contato) tanto com a escola da Análise Econômico-Comportamental (*Behavioral and Economics*), quanto com sua variável jurídica, a Análise Econômico-Comportamental do Direito (*Behavioral Law and Economics*)<sup>114</sup>.

Costa seleciona, dentro desses estudos, aqueles que enfrentam vieses cognitivos que acometem os profissionais do Direito, com especial ênfase nos juízes. Amparado em tais pesquisas, formula um “modelo de reengenharia precaucional deseviesante”, proposta *de lege*

---

113 Ao longo deste trabalho faremos referência à versão publicada: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018.

114 Para um estudo voltado especificamente ao tema da análise econômica do Direito, indica-se a leitura de WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil – como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

*ferenda* voltada a combater os efeitos deletérios dos vieses cognitivos no exercício da jurisdição.

A interdisciplinaridade é um ponto forte da obra, e chama atenção: como veremos a partir do capítulo 2, grande parte das nossas deficiências, no estudo da cognição, advêm da resistência da comunidade jurídica em dialogar com outras áreas do conhecimento – que, embora trabalhem com uma linguagem própria, diferente da nossa, têm a muito a contribuir para a melhor compreensão dos processos mentais que atuam na formação do convencimento dos julgadores –, fruto da tendência positivista de tentar separar drasticamente as ciências umas das outras – impedindo a comunicação entre os especialistas de diferentes áreas sob o pretexto de preservar uma suposta “autonomia”, que garantiria uma espécie de “pureza” hipotética a cada campo de estudo.

Só pela ousadia em sair da análise dogmática de normas para familiarizar-se (e, de quebra, a nós leitores) com estudos de psicologia e neurociência, a tese de Eduardo José da Fonseca Costa já mereceria recomendação. No entanto, o autor vai além, elaborando um modelo peculiar – o qual, segundo entende, poderia minimizar a parcialidade gerada pelos vieses cognitivos dos julgadores. Por mais que discordemos dele especificamente neste ponto, isto é, na sua proposta “desenviesante” (e isto ficará claro no capítulo 2, quando tratarmos dos vieses cognitivos e da nossa limitada capacidade de controlá-los), reconhecemos a relevância da tese de Costa no panorama do estudo da cognição.

Diante do cenário de escassez doutrinária em que ainda vivemos,<sup>115</sup> a obra de Eduardo Costa é um esforço duplamente louvável para o enfrentamento dos problemas que envolvem a cognição judicial: ele não só enfrenta aspectos pouco tratados da formação do convencimento dos julgadores, como os enfrenta com base em argumentos jurídicos e *não-jurídicos* (oriundos da medicina, psicologia e economia). Por tudo isto, recomenda-se fortemente a sua leitura para todos aqueles que se interessem por imparcialidade e cognição judicial.

Outra obra que veio para preencher uma preocupante lacuna na doutrina é o estudo de Heitor Sica (2017) sobre a existência de cognição na execução. Já citamos esse trabalho anteriormente – além de já termos explicado que, ao menos nesta oportunidade, o exame da cognição existente em procedimentos de execução não compõe nosso objeto de estudo.

---

115 Afinal, embora estejamos discorrendo, neste subitem, sobre cada um dos trabalhos que se debruçaram de maneira um pouco mais intensa sobre o estudo da cognição nos últimos anos, o leitor pode constatar que os estudos que mencionaremos em detalhes aqui (isto é, tudo aquilo que entendemos que não deveria ficar restrito apenas às notas de rodapé) não preenchem nem os dedos de duas mãos (não polidáctilas, vale dizer).

Ainda assim, a obra está alinhada com a posição adotada no primeiro item deste capítulo, *no qual afirmamos que há cognição em qualquer procedimento, independentemente da carga eficaz da decisão*. Ademais, a tese de Sica constitui um contraponto importante àqueles argumentos doutrinários que costumam relacionar (restringir, na verdade) a cognição ao processo de conhecimento (também já citados acima).

Sica não só demonstra que há, sim, cognição na execução, como evidencia que ela não é “rarefeita”, “eventual”, ou “escassa”<sup>116</sup>, *ainda que o objeto da investigação do magistrado, nessa seara, possa ser diferente do de outros procedimentos*. Não entraremos no mérito acerca do que comporia esse objeto, pois exigiria que detalhássemos a tese do autor a respeito daquilo em que, segundo entende, consistiria, ao fim e ao cabo, o processo de execução. Como (repite-se) não é nossa intenção discutir em profundidade a análise, feita pelo juiz, quando se vê diante de títulos executivos, nos contentaremos em expor esses aspectos mais gerais da obra de Heitor Sica, remetendo o leitor interessado a consultar a versão integral do estudo do professor das Arcadas<sup>117</sup>.

---

116 WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 118.

117 SICA, Heitor Victor Mendonça. *Cognição do juiz na execução...*, *op. cit.*

O último nesse grupo de trabalhos mais extensos, específicos sobre cognição judicial<sup>118</sup>, (que encontramos em nossas buscas), é “cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada” (2017), fruto da tese de doutorado de José Aurélio de Araújo<sup>119</sup>.

Comprometido fortemente com a ideia de que o processo estaria vocacionado à busca da verdade, por ser supostamente um “método de produção de conhecimento”, Araújo retoma os temas componentes do título do seu estudo com maior riqueza de detalhes do que a obra de Kazuo Watanabe. Há, também, aportes filosóficos e epistemológicos importantes, que atualizam a discussão e reforçam os argumentos que estão no alicerce da visão do autor acerca da função da cognição em nosso sistema.

Trata-se de um estudo relativamente abrangente sobre os temas que compõem o campo da cognição judicial: revisita-se criticamente as posições de Kazuo Watanabe, mencionam-se os limites ao exercício cognitivo e as relações entre cognição exauriente e coisa julgada.

No entanto, não conseguimos afastar a impressão de ser um trabalho que, embora revestido de uma roupagem epistemológica mais explícita (e, diga-se de passagem mais

---

118 Esses foram os trabalhos que encontramos. Naturalmente, é possível que tenhamos deixado escapar algum estudo importante sobre cognição judicial que tenha sido realizado nesses últimos trinta e poucos anos desde a publicação da tese de Kazuo Watanabe. Somos, afinal, humanos e, portanto, falíveis. Buscamos, além daquilo que foi publicado, dissertações e teses nos repositórios de alguns programas de pós-graduação em Direito de nosso país (tais como os da UFPE, da USP, da UERJ e da UFBA). Até encontramos outros trabalhos, que tocam em aspectos do direito probatório caros ao estudo da cognição; mas, caso o leitor tenha se esquecido, já fizemos menção a eles, nas notas de rodapé que iniciam este subitem. No mais, o restante do que foi encontrado não pareceu servir para o embasamento dos itens que, após os cortes feitos ao longo da pesquisa, permaneceram neste trabalho. Também é preciso informar o leitor de que há uma explicação para todos os estudos citados no corpo do texto principal serem livros. A uma, porque nenhum artigo seria capaz de abordar o tema com um mínimo de profundidade – a menos que fosse publicado em uma espécie de série ou sequência, que tentasse, passo a passo, ir cobrindo o tratamento do tema (e algo dessa magnitude não existe no direito processual pátrio). Sendo assim, se estamos reclamando da falta de estudos aprofundados sobre cognição, dificilmente os encontraríamos em artigos. A duas, pelo simples fato de não termos identificado, desde a tese de Kazuo, nenhum artigo que realmente tenha contribuído consideravelmente para o avanço do estudo da cognição. Temos, sim, vários artigos tratando de diversos “temas afins” – como fundamentação das decisões, contraditório, cooperação, ideologias do processo, imparcialidade e outros problemas, tanto de teoria geral do direito e do processo, como de aspectos mais dogmáticos, direcionados à solução de alguns problemas pontuais da interpretação e aplicação de normas específicas. Alguns desses serão citados oportunamente, nos itens posteriores. Poder-se-ia dizer que todos esses impactam no nosso objeto de estudo. Mas isto poderia ser dito de praticamente qualquer estudo que fosse feito no âmbito do processo civil: como entendemos que a cognição perpassa o processo como um todo, se quiséssemos, poderíamos fazer analogias e *links* entre ela e todo e qualquer tema desse ramo da árvore jurídica. Esse, contudo, não seria um bom caminho, pois tanto perderíamos o foco, como jamais terminaríamos este estudo. Além disso, o leitor deve concordar que a cognição judicial não constituía o objetivo principal (e nem mesmo secundário) de tais artigos que enfrentam o que estamos chamando de “temas afins”. Pode, também, pensar que mesmo alguns dos trabalhos que inserimos no texto principal (por considerarmos mais direcionados ao exame do assunto tratado neste trabalho) encaixar-se-iam nesta última categoria (“temas afins”). Quanto a estes últimos, cremos já ter ficado suficientemente claro o porquê de eles poderem ser classificados como estudos sobre cognição. A descrição do seu conteúdo basta. Já quanto aos inúmeros artigos não citados aqui, resta apenas lembrar que, conquanto úteis, eles escapam do objetivo deste capítulo, destinado, tão somente, ao levantamento do estado da arte *do conceito de cognição*. Por tudo isso, decidimos por aplicar um filtro no qual só passassem estudos que agregassem noções fundamentais para a nossa proposta de reconstrução desse conceito.

119 ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

sofisticada) que a de Watanabe, termina perpetuando a tradição doutrinária de nosso país – tanto por defender 1) a existência de uma conexão *necessária*, comum em nossa doutrina, entre *coisa julgada* e *cognição exauriente* (nos moldes em que é feita, a formulação a respeito de uma coisa julgada proporcional à cognição é, segundo entendemos, no mínimo problemática, já que, para sustentá-la, o autor chega a afirmar que não existira qualquer decisão acerca do mérito na ação monitória, assim como na tutela antecipada estabilizada),<sup>120</sup> quanto por afirmar que 2) o processo civil, especialmente nas fases de conhecimento, estaria capacitado à obtenção de uma verdade (ainda que o autor reconheça que seria uma verdade *relativa*).

E isto não é uma ilação: não só o título da conclusão do trabalho é “da perspectiva cognitiva do processo”, como essa perspectiva, na visão de Aurélio de Araújo, estaria necessariamente integrada a uma atuação do juiz direcionada à busca da verdade<sup>121</sup>.

Mas por que tanta celeuma em torno da palavra “verdade”? Porque tantos processualistas, dos antigos aos atuais, mencionam *ad nauseam*, com uma variedade pequena de argumentos, que o objetivo da prova, da cognição e do processo seria a busca de uma verdade? Verdade que alguns entendem como *absoluta*, enquanto outros a veem como *relativa*; que alguns interpretam como *formal*, outros como *material*; verdade, ainda, que alguns usam meramente como se fosse um *topoi*, sem nenhuma explicação ou fundamentação do porquê de estarem lançando mão do vocábulo, ou do alcance que lhe pretendem dar. Bem, é disto que passaremos a tratar. Já para o próximo item, leitor!

## 2.3 A inserção, na doutrina processual civil, do ideal de busca da verdade no conceito de cognição judicial

### 2.3.1 *A relação entre cognição e verdade como uma tradição da doutrina processual brasileira: a importação e o posterior processo de “naturalização” de uma determinada visão de “verdade” no estudo da cognição judicial*

Quando mencionamos como a doutrina processual civil lidava com o conceito de cognição, antes da popularização da tese de Kazuo Watanabe, dissemos que uma das coisas que mais nos chamou a atenção foi a alusão, em diversas obras, à ideia de verdade, que sempre aparecia, ora de maneira explícita, ora como algo implícito (embora fundamental) ao conceito de cognição.

---

120 Consulte-se, por exemplo, os trechos constantes das páginas 235–243, e 264–276, ambos em ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição...*, *op. cit.*

121 Caso o leitor queira conferir a sinceridade dos nossos argumentos, pode ler o inteiro teor da obra ou, pelo menos, sua conclusão, a que fizemos alusão explícita no texto principal: esta última está contida entre as páginas 303 e 310 da obra citada.

Desde aquele momento, percebemos que seria extremamente importante dedicar um item específico ao tema. Pois bem, essa sensação se intensificou, à medida em que constatamos que grande parte dos processualistas de hoje também empregam a noção de verdade como finalidade da prova e da cognição judicial. A diferença é que, hoje, há autores que tratam do tema de maneira mais fundamentada, levando a discussão mais a sério.

No período anterior, remetia-se ao termo “verdade” da mesma forma que se fazia alusão a “justiça”, como se tais vocábulos constituíssem *topoi*, lugares-comuns, conceitos superficiais. Mais ainda, lançava-se a palavra nos textos jurídicos como se existisse uma espécie de consenso quanto ao seu significado, e como se seu uso não trouxesse quaisquer problemas de operacionalização. Claro que isto reforçou nossa impressão de que seria imprescindível abrir, neste trabalho, um item, mínimo que fosse, sobre verdade. E aqui estamos.

A doutrina costuma mencionar “verdade” desde antes do que delimitamos como período “pré-Watanabe”. Isto já foi observado quando tratamos desse intervalo mais acima, mas é algo que vale a pena retomar, ao menos em linhas gerais.

Grande parte dos autores recorriam a Moacyr Amaral Santos quando tratavam do tema da verdade no processo civil<sup>122</sup>. Em virtude de o trabalho deste último dedicar-se ao direito probatório, os argumentos dos processualistas que nele se apoiavam terminaram ficando intimamente ligados a uma ideia restritiva da cognição – como se esta se limitasse às provas.

Já vimos, também, que o próprio Amaral Santos retirou grande parte das premissas em torno da verdade, que embasam seu tratado de provas “no cível e comercial”, de Nicola Malatesta – autor italiano que, assim como Mittermaier, elaborou, no século XIX (Mittermaier no início, Malatesta no final), estudos sobre provas *voltados especificamente ao processo penal*, e especialmente preocupados com a proteção da liberdade do indivíduo (proteção que seria garantida pela definição de um *standard* extremamente alto de comprovação da autoria e materialidade, do fato criminoso que, eventualmente, lhe fosse imputado: a noção de *verdade real ou material*)<sup>123</sup>.

Moacyr Amaral Santos não poderia ter deixado mais claras suas premissas: afirma ele, com todas as letras (e, mais uma vez, citando Malatesta), que “provar, porém, é bem ‘o meio

---

122 Relembrando: na nossa pesquisa do período entre 1973 e 1990, verificamos menções *recorrentes* à “verdade” principalmente nos seguintes livros: SANTOS, Gildo dos. *A prova...*, *op. cit.*, p. 4; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 325–329; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 449 e TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 336–337 e 354–355.

123 Não julgamos necessário retomar aqui toda a discussão envolvendo as consequências da adoção da obra de Malatesta como referencial determinante da concepção de Amaral Santos sobre o papel da verdade no processo. Embora tenhamos julgado relevante rememorar “por alto” a questão aqui, remetemos o leitor que não tenha lido nossas considerações (ou que já as tenha esquecido) ao subitem 2.2.1 acima.

pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade'. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade"<sup>124</sup>. Dito isto, segue nessa linha argumentativa, defendendo que “se o que se busca é sempre a verdade, cumpre, desde logo, precisar no que ela consiste, sem o que não pode ser feita a escolha dos meios para encontrá-la”<sup>125</sup>.

Qual, então, a noção de verdade adotada por Amaral Santos? Ora, a de Malatesta.<sup>126</sup> Citando diretamente o italiano, Moacyr Amaral Santos aduz que “a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade’. Conceito da verdade relativa, não da verdade absoluta, sempre procurada, nunca alcançada”<sup>127</sup>.

Apesar disso, o brasileiro insiste em sustentar que essa constituiria “a verdade” (o que nos dá a impressão de que, da maneira como ele enxergava as coisas, essa verdade não era tão “relativa” assim). Consulte-se, a propósito, o seguinte trecho, em que o autor – apesar de aceitar as limitações epistemológicas decorrentes de uma verdade calcada na “relação de conformidade entre o nosso pensamento e a realidade palpável e inteligível” – conclui, nos seguintes termos, as razões pelas quais jamais chegaríamos a uma verdade absoluta: “por isso mesmo, a verdade, que se busca, quase sempre, não se apresenta, ou nunca se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as cores da realidade sensível e inteligível. *Contudo, é a verdade.*”<sup>128</sup>

No mesmo sentido, José Frederico Marques, já no primeiro volume de seu Manual de Direito Processual Civil, abre um item denominado “livre convencimento e verdade material”, no qual consigna que “no processo, há uma reconstrução de fatos pretéritos, a fim de que a tutela do direito objetivo venha a recair, com justiça, sobre os interesses em conflito, tal como estes realmente se configuraram”<sup>129</sup>.

Essa reconstrução, para Frederico Marques, dar-se-ia por meio das provas, em atividade por ele descrita nos seguintes termos: “nessa busca da verdade, a participação do juiz é dupla: primeiro (e essencialmente), ao apreciar os fatos que as provas reviveram; e em segundo lugar, ao dirigir e presidir à produção das provas, nos atos instrutórios do procedimento”<sup>130</sup>.

---

124 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária, op. cit.*, p. 4.

125 Ibidem, p. 4.

126 O que, a essa altura, não causa (ou pelo menos não deveria causar) mais surpresa alguma a nós ou ao leitor.

127 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária, op. cit.*, p. 4.

128 Ibidem, p. 5. Os grifos são de nossa autoria.

129 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, p. 372.

130 Ibidem, p. 372–373. Insta consignar, contudo, que Frederico Marques manifestava expressamente a preocupação de que essa busca da verdade não “passasse por cima” das garantias das partes, embora, ao mesmo tempo, defendesse a importância dos poderes instrutórios de ofício para a consecução desse desiderato (busca da verdade). Prosseguindo no texto (ainda na mesma página 373 da obra citada), aduz que “a descoberta da verdade, no entanto, tem de ser atingida *processualmente*, isto é, sem quebra das garantias e direitos das partes. O juiz não é dono do litígio, para poder dirigir o procedimento arbitrariamente, sob o pretexto de estar em busca da verdade real. No entanto, como o processo não deve transformar-se em instrumento de contrafação dos fatos, a lei confere ao órgão jurisdicional poderes razoáveis de produção *ex officio* de provas, de par com livre apreciação dos atos

O tomo IV dos Comentários ao Código de Processo Civil (Código de 1973) de Pontes de Miranda também é repleto de menções à “verdade”: fala-se, por exemplo, que: “as provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim”; “se divergência ou vacilação surge, o juiz tem de buscar o que seja verdade, respeitadas as regras de direito material e conforme o que lhe impõem as regras de direito processual”; e, especificamente quanto à apreciação das provas, que “o princípio da livre apreciação judicial da prova (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*) é aquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa”.<sup>131</sup>

---

instrutórios, ao ter de proferir decisão” (grifos no original). Percebe-se aí um esforço do autor, no sentido de tentar balancear a busca da verdade – tida por ele como de fundamental importância para o processo – com o respeito às garantias dos litigantes. Não é correto, portanto, afirmar que Frederico Marques pregasse uma busca da verdade a todo custo. E isto, a rigor, vale, também, para os outros processualistas de seu tempo: embora sustentassem uma visão idealizada da atividade jurisdicional, crendo na capacidade de sucesso dessa busca da verdade, eles não iam ao extremo de defender o “atropelo” das garantias processuais na condução dessa atividade investigativa. Desta feita, por mais que enxergassem a cognição como algo intrinsecamente ligado à “verdade” (às vezes tida como “real”, outras como “formal”), não é correto dizer que tais autores não demonstravam preocupação com os eventuais abusos que poderiam ser causados por uma atividade instrutória desenfreada por parte do juiz. Afirmar que eles deliberadamente compactuavam com o solipsismo e o autoritarismo na atividade judicante é, portanto, ao nosso ver, no mínimo exagerado – e, no máximo, uma desonestidade com aquilo que, de fato, deixaram registrado em suas obras. Pode-se até criticá-los de insistir na defesa de um modelo utópico, para a instrução e o julgamento das demandas – modelo baseado em uma crença excessiva na capacidade humana, e que, ao fim e ao cabo, termina, sim, abrindo “brechas” para a arbitrariedade. O que não julgamos correto é afirmar que esses processualistas teriam *conscientemente* adotado uma posição voltada à manutenção dessas “brechas”.

131 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV, p. 246–247 (primeiro e segundo trechos citados), e p. 252 (terceiro trecho citado). Vale notar, no entanto, que, mais à frente no texto, Pontes afirma “que a finalidade *processual* da prova é convencer o juiz” (o grifo é nosso). Aqui é preciso fazer (ou tentar fazer) um esclarecimento, por questão de honestidade intelectual. Do que entendemos da leitura, parece que Pontes quer afirmar que convencer o juiz seria, tão somente, a finalidade *processual* da prova, diante da impossibilidade de uma investigação realizada pelo magistrado perdurar indefinidamente. Tanto que ele continua o texto dizendo, a respeito do julgador, que “Além das qualidades humanas, que tem ele, ou de inteligência, de reflexão, de raciocínio, o Estado, que o fez seu órgão, lhe impõe certas regras de convicção a que tem de obedecer, regras que vão de máximo (sistema da livre convicção do juiz) até mínimo de liberdade (sistema da taxação da prova). Tratando de fatos da vida ou do mundo físico em geral, toda prova é boa, se leva à verificação experiencial. *No direito, entende-se que há de ser limitado o número de provas e se adotem momentos (coisa julgada) em que o provado e admitido se tenha por absoluto quanto à eficácia processual.* Sempre que o legislador enfrenta o problema dos meios de prova, o que desafia é o balanceamento do que deve fixar e do que há de deixar ao elemento lógico e científico. *Seja como for, nunca o juiz é tão livre quanto o cientista; e o cientista que se restrinja a meios e regras de prova limita a livre disponibilidade de espírito, que lhe é essencial*” (grifos nossos). Para além dessa finalidade processual da prova, Pontes parece antever uma outra, mais ligada ao direito material. Esta sim corresponderia à verificação da real ocorrência dos fatos afirmados – isto é, à busca da verdade, a que ele faz menção em trechos anteriores do tomo (como os que citamos no texto principal) –, e teria o objetivo de garantir a concretização de uma das suas principais “bandeiras”, que se repetem ao longo de toda a obra do jurista alagoano: a necessidade de se garantir correspondência entre *aplicação e incidência*, para que a decisão judicial, ao afirmar a existência ou inexistência de uma relação jurídica qualquer, opere, tanto quanto possível, uma aplicação coincidente com a incidência – a qual, em sendo, na visão de Pontes, automática e infalível, já teria ocorrido, simultaneamente ao fato, *independentemente de o juiz vir a descobrir, ou não, o que “realmente aconteceu”*. Esse esclarecimento é importante, para que não transmitir a impressão de que apenas extraímos trechos descontextualizados da obra de Pontes, com a intenção (que poder-se-ia chamar de desonesta) de adequá-los aos nossos propósitos. Contextualizadas as coisas dessa forma – o que não é tarefa das mais simples, já que são notórias as dificuldades que envolvem a leitura de suas obras (não apenas em função do volume, mas da clara falta de sistematicidade), não parece que Pontes tenha sido contraditório (ao menos não nesse ponto). Embora não esteja dito de maneira explícita, ele parece vislumbrar uma finalidade *material* (verdade), e uma finalidade *processual* (convencimento, certeza da existência da verdade, ainda que esta não tenha sido, de fato, “descoberta”)

Mais recentemente (mas ainda na vigência do Código de 1973), Nelson Nery Jr e Rosa de Andrade Nery incluíram, em seu Código de Processo Civil Comentado, um parágrafo específico sobre “verdade real e verdade formal”, aduzindo que “o ideal do Direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível”. Prosseguem afirmando que, no nosso direito processual civil, vigoraria o “princípio do livre convencimento motivado do juiz”, o qual, de qualquer forma, seria sempre inspirado pela busca da “verdade real”.

Não obstante, os autores pontuam que “o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa”<sup>132</sup>. Dito isto, não aprofundam a discussão, limitando-se a erigir a verdade como esse ideal abstrato, que nortearia a atividade jurisdicional – e, de forma mais ampla, constituiria a própria finalidade do Direito.

Ovídio Baptista da Silva foi um dos únicos autores de seu tempo a dedicar obras inteiras a criticar a ideia de que o processo seria capaz de alcançar uma verdade abstrata e idealizada. A rigor, simplesmente não se encontra na doutrina processual brasileira alguém que tenha dedicado número semelhante de páginas a denunciar a predominância de uma ideologia racional-iluminista no processo civil, orientada para a busca de respostas perfeitamente exatas e verdadeiras.

---

da prova. A transcrição integral de um dos trechos que citamos no texto principal pode contribuir para essa compreensão (embora reconheçamos que também possa levar o leitor a uma conclusão totalmente divergente da nossa, algo que, contudo, respeitamos, e aceitamos de bom grado): “No direito material, o que prova é o que tem, por si só, a eficácia de provar. *No direito processual, a prova é para se chegar à certeza, uma vez que a litigiosidade leva a ter-se de afastar dúvida. Se o documento é perfeito, perante o direito material, basta ele para que nenhuma dúvida se tenha. Se se diz, na lide, que a firma não é da pessoa vinculada ao negócio jurídico, ou ao ato jurídico, a dívida leva ao exame e as provas que se produzirem são para os resultados processuais. No plano do direito processual, importa-se o que está provado no direito material. Se divergência ou vacilação surge, o juiz tem de buscar o que seja verdade, respeitadas as regras de direito material e conforme o que lhe impõem as regras de direito processual. O juiz tem de chegar a uma conclusão, ao resultado suficiente e entregar, com exatidão, a prestação judicial de tutela jurídica, que o Estado prometeu. Há a prova pré-constituída, a prova que é do direito material, eficácia dos seus fatos, e o direito processual a recebe e, após recebê-la, se precisa de convencer-se, atende ao que o direito material e o direito processual exigiram ou permitiram*”. O trecho está contido na mesma página 247 da obra citada, a qual já fizemos remissão no início desta nota.

132 Segue o trecho completo, na íntegra: “o ideal do Direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível. No direito processual civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa”. NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 832. Consultando edição mais recente, confirmamos que o trecho permanecia inalterado: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 632.

Principalmente em seus últimos anos, o processualista gaúcho passou a se opor, cada vez mais, ao que chamava de “sacralização do procedimento ordinário do processo de conhecimento” (“aliás, processo de conhecimento” e “procedimento ordinário” são expressões que, por vezes, Ovídio empregava como sinônimas).

Ao tratar de princípios que regeriam o processo civil, chega a mencionar um “princípio de verossimilhança”, afirmando que o Direito apenas seria capaz de fixar “verdades prováveis”. Seu principal objetivo, contudo, era resgatar o papel dos juízos de verossimilhança *especialmente nas tutelas cautelar (conservativa) e antecipatória (satisfativa)*.

Essa foi uma das principais “bandeiras” que ele levantou durante toda a sua vida acadêmica: a necessidade de superar a ideia de que, apenas por meio de um procedimento longo e demorado (o procedimento ordinário do processo de conhecimento, destinado à produção de uma sentença declaratória de mérito), poder-se-ia chegar a uma decisão capaz de fornecer uma tutela adequada do direito material.

Ovídio pretendia ressaltar a necessidade de valorizarmos as decisões que julgam pleitos cautelares e antecipatórios (hoje reunidas pelo Código de Processo Civil atual no âmbito das “tutelas provisórias”), com base em juízos de verossimilhança, argumentando que a sociedade contemporânea – marcada pelo impacto da revolução tecnológica na comunicação e nos transportes, que proporcionou tanto 1) um aumento na quantidade de relações jurídicas celebradas como 2) a conseqüente explosão da conflitualidade de massa – clamava por respostas mais ágeis do que aquela que o Judiciário estava acostumado a oferecer, por meio da sentença declaratória de mérito (resposta que só seria lançada aos autos após a conclusão daquela série de etapas previstas no rito comum).

Em existindo provas razoáveis da verossimilhança do pedido, seria o caso, na visão de Ovídio, de inverter o ônus do tempo do processo, concedendo a decisão cautelar ou antecipatória ao autor – que já teria, desde este momento, a garantia da conservação do bem (no caso de cautelar), ou mesmo o gozo antecipado deste (decisão antecipatória de natureza satisfativa) – obrigando, então, o réu (que, ao menos à primeira vista, parecia ter um direito menos provável) a arcar com a demora.<sup>133</sup>

---

133 GOMES, Fábio Luiz e SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52–54 (o trecho em que Ovídio equipara “processo de conhecimento” a “procedimento ordinário” consta da página 53). Vale consultar, ainda, na obra citada, o trecho entre as páginas 266 e 267, no qual Ovídio menciona, expressamente, tanto a classificação das provas feita por Malatesta, como o uso que lhe deu Moacyr Amaral Santos. Já com relação às críticas feitas por Ovídio Baptista da Silva ao que ele chamava “paradigma racionalista”, cabe salientar que voltaremos a elas no capítulo 3, no qual mencionaremos de forma mais detalhada as obras que ele dedicou ao tema.

Vê-se, portanto, que as concepções em torno do papel da verdade no processo perpetuaram-se, de modo praticamente unânime, na tradição da nossa processualística civil, passando a ser amplamente repetidas pela doutrina, com raros aprofundamentos. Por muitos anos, pouco se acrescentou ao debate, aqui no Brasil. Nem mesmo a tese de Watanabe reavivou o tema – embora isto seja compreensível: simplesmente não era uma obra com o objetivo de enfrentar o problema da verdade no processo –, de modo que o cenário, por nós retratado neste subitem, manteve-se praticamente inalterado por mais algum tempo.

Nos últimos anos, contudo, a defesa da conexão entre cognição, prova e verdade ganhou uma nova roupagem – mais sofisticada, mais atual, e mais consentânea com as exigências de interdisciplinaridade do estudo da matéria. O principal expoente desse *revival* (expressão que não é nossa, mas do próprio autor) da verdade no processo civil foi (e continua sendo) o italiano Michele Taruffo.

Falar de verdade no processo e não tocar pelo menos em “*La semplice verità*” (traduzida para o português como “Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos”) <sup>134</sup> torna qualquer trabalho sobre o estado da arte da cognição incompleto. Não só porque a preocupação de Taruffo com a verdade surge em um contexto muito mais próximo ao atual, <sup>135</sup> guiado por inquietações compreensíveis, relacionadas a problemas que ganharam imensa importância nos últimos anos <sup>136</sup>; mas, também, porque, a partir da sua formulação, as ideias de Taruffo passaram a se espalhar pela doutrina processual civil brasileira com uma velocidade impressionante – exercendo, hoje, um papel análogo ao que as lições de Amaral Santos sobre verdade (que, a rigor, eram de Malatesta) <sup>137</sup> exerceram em décadas anteriores.

Por estas razões, entendemos que, muito mais importante do que prolongar este subitem, fazendo um longo apanhado histórico daquilo que a doutrina processual mais antiga costumava dizer sobre verdade, seria melhor encerrá-lo aqui, e passar, então, a concentrar os nossos esforços para apresentar, ao leitor, ao menos um resumo da visão de Taruffo. Na esteira dessas considerações, pretendemos, ainda, fazer uma breve exposição do impacto das suas ideias na

---

134 É a esta versão que faremos referência ao longo deste trabalho: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

135 O estudo foi originalmente publicado em 2009, como TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, embora o autor já viesse abordando o tema há décadas, expondo seu posicionamento em diversos outros estudos, tais como *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: CEDAM, 1975, e *La prova dei fatti giuridici – nozioni generali*. Milão: Giuffrè, 1992. As traduções que consultamos para a elaboração deste trabalho foram TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014 e idem, *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

136 A questão do niilismo exacerbado dos pós-Modernos, que, como já dissemos na introdução, foi *um dos* fatores que (ainda que inconscientemente) terminou abrindo o caminho para um dos mais preocupantes subprodutos do que se convencionou chamar “era da pós-verdade”: as *fake news*.

137 Como, aliás, o próprio Amaral Santos reconhecia.

doutrina processual brasileira do presente – tanto para mencionar o que costuma ser reproduzido pelos seus muitos seguidores brasileiros, como para apontar aquilo no que é rejeitado pelos poucos que se dedicam a uma crítica mais minuciosa de suas premissas e conclusões.<sup>138</sup> Disto tratará o restante deste capítulo 1.

### 2.3.2 *Michele Taruffo: cognição judicial como busca da verdade, agora sob novas (e mais elegantes) roupagens*

Para Michele Taruffo, o objetivo da cognição judicial seria, para além do respeito às garantias dos litigantes, e da interpretação e aplicação corretas da norma, a *busca da verdade*.<sup>139</sup> Uma verdade que ele admite como limitada – rejeitando aquela excessiva confiança dos iluministas na possibilidade de atingirmos uma verdade absoluta – mas que, ainda assim, *seria*

---

138 Até porque, para além do que já dissemos neste subitem em relação a períodos anteriores, não há nada de muito diferente na nossa doutrina. Não encontramos, em nossa pesquisa, nada que destoasse do que foi apresentado aqui. Isto não quer dizer, contudo, que não haja algum trabalho obscuro sobre o tema perdido nas bibliotecas particulares e nos repositórios das faculdades de Direito – mormente porque, vale lembrar, a internet é um fenômeno extremamente recente, de modo que é bem possível que exista alguma perspectiva diferente sobre prova e verdade que não tenha chegado ao nosso conhecimento, por estar repousando nas estantes que guardam as dissertações e teses físicas dos processualistas de outrora. Além disso, é perfeitamente possível que algum leitor tenha uma leitura totalmente diferente da nossa em relação a algumas das obras publicadas no pré-Kazuo, e nas décadas anteriores a ele. Respeitamos tais conclusões, embora discordemos delas. Do que pesquisamos, fizemos um filtro do que nos pareceu realmente relevante, e resolvemos trazer apenas estas obras para nosso trabalho. Embora respeitemos opiniões divergentes, acreditamos que qualquer tentativa de enxergar um “embrião” de ideias atuais em lições de cinquenta, cem, cento e cinquenta anos atrás, pode ser, na verdade, fruto de uma leitura do passado pelos olhos de hoje (algo que já comentamos em nota anterior mais acima). Embora seja possível detectar, até certo ponto, a influência das ideias de alguns autores sobre outros (como se percebe claramente na utilização de Malatesta por Amaral Santos, e deste pelos demais processualistas de sua época), traçando uma espécie de “rastros” histórico de uma determinada linha de pensamento (e das modificações nela operadas ao longo dos anos), é preciso tomar cuidado com a anacronia. É preciso ler os autores dentro do seu contexto histórico. Assim, fazia perfeito sentido para Mittermaier e Malatesta – que estavam preocupados com os abusos que podem ser (e que muitas vezes terminam, realmente, sendo) cometidos pelo Estado contra a liberdade dos cidadãos – exigir o alcance da verdade real para embasar uma condenação. Além disso, à época em que viveram, ainda persistia, em certa medida, aquele otimismo exacerbado (típico do iluminismo) para com as possibilidades de alcance da verdade pelo conhecimento humano. Tampouco existiam os estudos neurológicos, psicológicos e epistemológicos de hoje (sequer existia a tecnologia, de que hoje nos valemos, para elaborar grande parte de tais pesquisas, e para viabilizar a comunicação dos seus resultados entre especialistas de diferentes áreas do saber, radicados em diferentes partes do mundo). Reconhecemos todo este contexto. No entanto, o nosso objetivo aqui é fazer uma explicação panorâmica da doutrina brasileira, e de como tais ideias foram recepcionadas no Brasil. Assim, apesar do contexto em que escritas (ou em função dele), autores como Malatesta construíram uma determinada visão acerca da verdade, a qual, de forma até certo ponto acrítica, foi importada para o Brasil (muito por influência de Moacyr Amaral Santos, mas também pelos demais autores que o seguiram na adesão às lições do italiano), permanecendo em vigor por décadas entre nossos processualistas. Não vemos nada muito além disso no que se dizia sobre o tema nessa época: o debate geralmente girava em torno disso. A nosso ver, qualquer tentativa de tentar atribuir a paternidade de ideias mais atuais, sobre as relações entre verdade e processo, a algum jurista brasileiro das primeiras décadas do século XX, ou dos longínquos séculos XVIII e XIX, será resultado de um imenso desejo de querer, a todo custo, traçar analogias anacrônicas para enxergar no passado aquilo que pertence ao presente.

139 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, op. cit., p. 142.

*objetiva, possível e desejável*. Para o italiano, qualquer decisão judicial que não buscasse a verdade jamais poderia ser considerada, em suas palavras, “uma decisão justa”.<sup>140</sup>

Para convencer o leitor de que sua noção de verdade não estaria calcada em um “idealismo iluminista”, Taruffo chega a dedicar um capítulo inteiro para reconhecer que o processo seria composto por narrativas (no sentido de algo como que uma cadeia argumentativa direcionada a fazer enunciados sobre os fatos): narrativas das partes, das testemunhas, e do juiz.

Esse último personagem do debate processual construiria a sua narrativa com base naquilo que tivesse sido comprovado nos autos, e teria um papel preponderante, em função do poder-dever do julgador de selecionar a narrativa que irá constar da decisão – ou mesmo construir sua própria narrativa, caso não ache que nenhuma das versões apresentadas seja verdadeira.

Assim, o julgador teria papel de destaque, não apenas por dar a última palavra, como por definir o conteúdo desta. No entanto, apesar dessa posição privilegiada no discurso, Taruffo defende que o ato de escolha da narrativa não poderia ser arbitrário. Para ser conforme ao Direito, não bastaria a cadeia argumentativa do juiz ser “boa” (no sentido de convincente, coerente, bem concatenada em suas afirmações): mesmo sendo uma narrativa, ela deveria ser “verdadeira”, corresponder ao que de fato acontecera, para que se escolhesse a versão correta dos acontecimentos. Sim, porque, para Taruffo, a “justiça” exigiria que a aplicação da norma (que, segundo ele, também deveria ser feita de forma “correta”) fosse feita com base em uma reconstrução adequada (leia-se: verdadeira) dos fatos.

Como Taruffo pretende, então, combater a arbitrariedade nessa atividade de construção de narrativas processuais? Ele prega a necessidade de estabelecermos critérios “racionais” para o controle da atividade cognitiva que precede a tomada de decisão (principalmente no tocante à análise probatória), critérios que nos permitiriam dizer, com segurança, se a narrativa escolhida para compor a decisão seria, para além de coerente, verdadeira. Do contrário, teríamos uma decisão invariavelmente injusta.

A novidade do trabalho de Taruffo sobre cognição (ao menos quando comparado com a esmagadora maioria dos autores brasileiros a que fizemos referência até então) diz respeito à fonte na qual ele foi buscar esses critérios. O grande mérito do seu pensamento reside no resgate de um diálogo interdisciplinar mais profundo: cognição, verdade e prova são tratados, por ele, não apenas com os olhos voltados para o Direito – isto é, apenas para uma aplicação mecânica,

---

140 No entanto, ele não define muito bem o que seria “justo”, o que termina tornando o argumento um tanto circular: seria justa aquela decisão que buscasse a verdade, e, por sua vez, seria essa busca que a tornaria tendencialmente justa.

e supostamente abstrata, de um conseqüente normativo a um antecedente fático juridicamente relevante<sup>141</sup> –, mas com amparo em noções de outras áreas do conhecimento – principalmente da *epistemologia*.

Ao nosso ver, aí reside a grande contribuição do italiano para o estudo da cognição: a percepção de que, para abordá-la, é necessário ir além do estudo dogmático da aplicação das normas, concentrado unicamente em operações que ocorreriam dentro de um (supostamente) hermético “sistema jurídico”.

O interesse de Taruffo pela epistemologia, como ferramenta de compreensão da interação entre sujeito e objeto, propicia um resgate da importância de nós, juristas, estudarmos com mais afinco a análise dos fatos, e as versões que construímos a partir da nossa interpretação deles. Conseqüentemente, isso revaloriza, em Direito, o estudo das provas, e também da cognição – que, ao longo do processo, será exercida sobre elas (*rectius: sobre as afirmações que os sujeitos processuais façam em relação a elas*)<sup>142</sup>.

Por que epistemologia? Dentro da proposta de Taruffo, a escolha faz perfeito sentido. A uma, porque, apesar de defender a criação de um modelo “racional”<sup>143</sup> de cognição judicial, ele acredita que investigações de natureza psicológica não teriam a mesma aptidão da epistemologia, para lidar com os problemas relacionados à cognição exercida em um processo judicial<sup>144</sup>.

A duas, porque, ao longo de séculos, os estudiosos da teoria do conhecimento foram, talvez, aqueles que mais se debruçaram sobre a investigação dos limites da cognoscibilidade humana, analisando as interações que mantemos com objetos, outros seres vivos, e com os mais diversos eventos do mundo fenomênico.

Mesmo quando isto ainda não era chamado “epistemologia” – ou seja, quando era apenas considerada um ramo totalmente dependente dentro da filosofia –, existiam pessoas

141 Claro que este é um retrato simplista. Mesmo do ponto de vista da dogmática jurídica (isto é, de abordagens que aqui chamamos, grosseiramente, de “exclusivamente jurídicas”), existem várias formas de interpretar o Direito. No entanto, a simplificação surge como exigência do limite exíguo deste trabalho. Se quiséssemos explicar a fundo o que se entende por estudo “exclusivamente jurídico” (se é que, de fato, existe um estudo com esse nível de isolamento), faríamos um trabalho especificamente sobre isto. Como não é o caso, quando fizermos menção a estudos não-interdisciplinares, que se amparem, unicamente, na doutrina jurídica e na jurisprudência, pedimos licença ao leitor para chamarmos tais trabalhos de “exclusivamente jurídicos”.

142 Como, aliás, o próprio Taruffo admite: “as narrativas podem incluir apenas ‘enunciados de fato’”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 60.

143 Termo que, aliás, ele não define com precisão.

144 Taruffo reconhece, no máximo, que existiria uma espécie de utilidade acessória, ou secundária, nessas outras perspectivas de análise da cognição. Ele marginalmente pontua, no texto, que investigações psicológicas até poderiam auxiliar na redução de erros na tomada de decisão, mas não se revela muito entusiasta da ideia, dispensando maiores aprofundamentos, por entender que o problema não seria solucionado na esfera do “subjetivo” (psicologia, neurociência, etc.), por demandar uma resposta *objetiva* (epistemologia). Vide, a propósito, TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 225–226.

tentando compreender como e por que formulávamos explicações para os mais variados problemas do cotidiano. Seu objetivo sempre foi questionar como nosso pensamento se estrutura, quais seriam os limites do nosso raciocínio, e se (e, em caso positivo, até que ponto) poderíamos chegar a juízos confiáveis sobre o mundo<sup>145</sup>.

Ora, a epistemologia serve para Taruffo porque esses são, exatamente, os problemas que ele se propõe a resolver: *até que ponto a cognição exercida por um juiz, em um processo civil, poderia se aproximar ao máximo da verdade – tida por ele como a reconstrução, no processo, daquilo que de fato acontecera*. Reconstrução essa que *seria feita com base nos enunciados lançados nos autos pelos sujeitos processuais (incluídos aí o juiz, as partes, as testemunhas, peritos, terceiros, e demais personagens que eventualmente venham a compor o debate processual), já que os fatos, como ele admite, já estariam perdidos no passado*.<sup>146</sup>

Taruffo expressamente enxerga o juiz como um tipo especial de cientista, alguém que estaria incumbido de realizar, nos autos, uma análise fático-jurídica que desnudaria a máxima verdade possível, dentro das possibilidades humanas do julgador.<sup>147</sup>

Embora faça a ressalva de que o Direito estabeleceria limites a essa investigação (distintos daqueles que são impostos aos cientistas em geral), ele insiste que aquilo realizado pelo julgador, no processo, não seria, ao fim e ao cabo, essencialmente diferente daquilo que qualquer “bom pesquisador” realizaria<sup>148</sup>.

O objetivo do juiz seria, diante da situação descrita pelas partes, analisar as provas produzidas (ou eventualmente mandar produzir outras), com o intuito de descobrir a verdade, determinando quais fatos teriam efetivamente ocorrido, e qual a hipótese correta para servir de resposta ao problema. Nisto – isto é, na investigação –, Taruffo crê que o trabalho do magistrado não seria de natureza totalmente diversa da de qualquer cientista.<sup>149</sup>

145 Veremos mais sobre alguns desses estudiosos e suas propostas (principalmente pela perspectiva do *impacto* de suas ideias) no capítulo 3.

146 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, passim.

147 Embora em momento algum se aprofunde nas contingências biológicas e psicológicas que restringem essas possibilidades.

148 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 160 (quanto às outras funções que o processo poderia desempenhar) e 225 (quanto à afirmação de que aquilo que se aplica ao bom pesquisador adaptar-se-ia, “nos mínimos detalhes também ao juiz”).

149 Como ficará mais claro ao longo do trabalho, concordamos parcialmente com Taruffo neste ponto. Reconhecemos que, de fato, no que toca à avaliação das versões apresentadas no processo (alegações e provas que as embasam), o que o juiz faz não deixa de ser, fundamentalmente, uma atividade de análise ou inquérito. Pensamos, aqui, especialmente na palavra em inglês *enquiry*. Na tradução para o português, o vocábulo perde um pouco do seu significado original, por culpa dos nossos hábitos linguísticos – já que “inquérito” é termo que, no Brasil (e principalmente em Direito), costuma ser fortemente relacionado ao trabalho investigativo policial. A rigor, “inquérito”, entendido como “ato de inquirir”, tem um significado muito mais amplo, referindo-se a qualquer investigação que se faça com relação a qualquer fato ou problema. Neste sentido, portanto, concordamos com Taruffo de que o trabalho do juiz seja, ao fim e ao cabo, um tipo especial de inquérito – que, na essência, não se distingue daquilo que é feito por qualquer pesquisador, *embora esteja sujeito a limites próprios, impostos pelas*

Essa posição não seria incompatível com as peculiaridades do exercício da jurisdição, já que, segundo o autor, o trabalho investigativo do julgador teria de ser feito com pleno respeito às garantias processuais e aos limites procedimentais preestabelecidos em lei – que não seriam suficientes, na visão do italiano, para garantir um nível de qualidade adequado às decisões, já que, apenas com o alcance da verdade (verdade que, repisemos, ele defende ser “relativa”), seria possível fazer uma aplicação correta da norma, gerando um processo “justo”.<sup>150</sup>

Considerando a forma como ele enxerga a cognição judicial, é, portanto, totalmente compreensível que Taruffo tenha optado pela epistemologia. Afinal, grande parte dessa área do saber se dedica a estudar como analisamos as coisas, tentando formular teorias mais precisas acerca do conhecimento que podemos obter a partir de atividades investigativas (*enquiry*).

Essa preocupação com o aperfeiçoamento dos processos de pesquisa não abarca, contudo, toda as escolas da epistemologia. Embora a busca por meios mais confiáveis de produção de conhecimento seja aquilo pelo que tal área do saber é mais conhecida, sempre existiram na epistemologia aqueles que duvidavam da possibilidade de confiarmos nas nossas afirmações sobre o mundo (ou mesmo na própria existência deste). E aqui chegamos a uma das principais preocupações de Taruffo.<sup>151</sup>

O resgate epistemológico feito por ele tem claro intuito de se opor ao que chama de “*veriphobics*”, expressão que aparece diversas vezes nos seus textos, e com a qual ele se refere àqueles que, na linha do pensamento de alguns autores “pós-modernos”, mantêm uma postura altamente cética em relação ao conhecimento – negando a possibilidade de se chegar à verdade, ou mesmo a qualquer conhecimento confiável, por meio do intelecto humano.

No contexto em que Taruffo passou a se preocupar em defender o que denomina “*revival*” da verdade<sup>152</sup>, trabalhos que a rejeitavam peremptoriamente ocupavam espaço considerável no debate epistemológico. Estudos como os de Jacques Derrida<sup>153</sup>, Jean

---

*normas positivadas*. Discordamos de Taruffo, no entanto, no tocante à finalidade dessa ação investigativa, por razões que serão esclarecidas no texto principal.

150 Lembremos que esses três fatores (respeito às garantias e ao procedimento; correta aplicação da norma; e descoberta da verdade) são os componentes do que Taruffo denomina de decisão “justa”.

151 Já brevemente mencionada na introdução e no subitem anterior.

152 Décadas antes da publicação de “uma simples verdade”, já que (como vimos em nota anterior), Taruffo já vinha sustentando essa posição de defesa da busca da verdade em diversos trabalhos anteriores. A obra recorrentemente citada neste item terminou sendo meio que uma “síntese” desse pensamento “anti-verofóbico” e “pró-verdade”, do qual ele já participava há muitos anos. Cite-se mais uma vez, como exemplo, TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti...*, *op. cit.*, publicada originalmente em 1992, que já trazia a proposta desenvolvida em “Uma simples verdade”.

153 DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Editora Perspectiva–Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

Baudrillard<sup>154</sup>, Richard Rorty<sup>155</sup> e Jean-François Lyotard<sup>156</sup> tinham posto em xeque a capacidade de o ser humano – e, conseqüentemente, da epistemologia, uma das suas criações – alcançar a verdade (ou criar critérios para tanto) na solução de qualquer problema. Esse grupo heterogêneo de autores, com trabalhos ao mesmo tempo provocativos e complexos<sup>157</sup> – ora extremamente imersos na abstração filosófica, ora alicerçado em argumentos empíricos contundentes –, costuma ser rotulado de “pós-Modernos”<sup>158</sup>.

A própria ideia de que existiria algo como uma “Pós-Modernidade” é controversa. Já fizemos ressalvas, em nota de rodapé, quanto ao perigo de generalizações de qualquer espécie – que joguem em um mesmo “balaio” tanto a comunidade científica (como se compartilhassem de uma ideologia homogênea, e inexistisse dissenso, na academia, quanto ao método e as proposições científicas) como os quatro autores mencionados no parágrafo anterior. Não podemos, contudo, aprofundar a questão aqui. O máximo que podemos fazer, nesta oportunidade, é recomendar ao leitor interessado que leia as obras intituladas de “pós-Modernas”, e tire suas próprias conclusões.

No que interessa agora (já que estamos tentando inserir o leitor no contexto da obra de Taruffo), basta dizer que o discurso de alguns autores tidos como pós-Modernos (especialmente o de Lyotard) está estruturado mais ou menos da seguinte forma: a Modernidade teria acabado, em virtude de ter esgotado todo o seu potencial – chegando, portanto, a um ponto de saturação. Ao mesmo tempo, para além de já ter explorado ao máximo suas possibilidades, ela teria sido

154 BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

155 RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1979.

156 LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2009.

157 Combinação meio indefinida de ironia com argumentos bem articulados, que deixa o leitor em uma situação de dúvida permanente quanto à seriedade de algumas das suas críticas.

158 Por mais que não se possa dizer que constituíam uma escola única, homogênea, de pensamento. Na nossa visão, o que todos esses autores compartilham é uma visão anti-*establishment* e disruptiva do meio científico, que eles consideravam preso a amarras ideológicas equivocadas (tais como a ideia de que o objetivo da ciência seria buscar a verdade), amarras que influenciariam não apenas os pesquisadores, mas a cultura e a sociedade em geral. No entanto, apenas por simplificação poderíamos tentar juntar todas essas propostas em uma coisa só. Da mesma maneira, não se pode dizer que a questão da verdade e dos limites da ciência tenha constituído, em algum momento, um consenso na epistemologia. Como se vê, o que temos são simplificações dos dois lados: tanto é equivocado considerar que Rorty, Derrida, Baudrillard e Lyotard constituam uma escola homogênea de pensamento, como são igualmente incorretas (ou pelo menos extremamente exageradas) algumas das acusações que esses últimos fazem à generalidade dos pesquisadores – pode-se até considerar que as universidades e associações de pesquisadores, das mais diversas áreas, componham um *establishment*, mas daí para afirmar que existiria algo semelhante a um consenso, compartilhado por todos os membros de um certo campo de estudos, que comungariam de um mesmo conjunto ideológico, já nos parece demais. Ideologia sempre há, em qualquer área e momento histórico. Mas consenso absoluto na academia, em torno de uma visão “moderna” e ultrapassada de mundo? Isto cremos que nem nas piores ditaduras distópicas (e a literatura do século XX nos presenteou com muitas) exista. O sistema pode não ser perfeito, podem haver distorções e arbitrariedades. Mas não é possível generalizar: nem englobando todos os autores supramencionados como se “pós-Modernidade” fosse uma escola organizada de pensamento, e tampouco tachando a comunidade científica como um conjunto de alienados refêns de uma ideologia ultrapassada. Faremos o uso do termo por convenção, e para facilitar a vida do leitor (afinal, seria ainda mais confuso fazer menção ao pensamento de cada um dos autores toda vez que fossemos nos referir às críticas que Taruffo lhes dirige.

incapaz de cumprir com suas “promessas” – feitas, no seu alvorecer, tanto aos indivíduos quanto à coletividade.

O conjunto de críticas e ironias dos pós-Modernos surge com maior intensidade nos anos imediatamente posteriores à Segunda Grande Guerra. Àquele momento, o ser humano não apenas não alcançara todas as respostas em relação ao universo – respostas que o otimismo científico crescente dos séculos XVII, XVIII e XIX apontavam como certas e iminentes –, como esbarrara em novas perguntas, várias delas insuscetíveis de respostas definitivas; os conflitos armados tinham chegado a proporções nunca antes vistas – agora com a existência de armas nucleares, o que teria tornado nossa sobrevivência ainda mais frágil –, com a prática de atrocidades e injustiças as mais abomináveis; ademais, o avanço social, prometido na aurora das revoluções burguesas, não chegara – a desigualdade social permanecia imensa (e em alguns casos até se intensificara), com uma quantidade enorme de pessoas distantes de qualquer forma de progresso socioeconômico.

Com a derrocada da Modernidade, teriam caído, também, as grandes narrativas que lhe serviam de sustentação, como as ideias-força de “Verdade”, “Justiça” e “Progresso” (todas escritas assim, com as iniciais em maiúsculas). Elas tinham servido de catalisador para as mudanças políticas e socioeconômicas que puseram fim ao medievo. Agora, revelada a utopia do “projeto moderno”, essas ideias estariam destinadas a perder aquele espaço central que passaram a ocupar na ciência, na política, e nas demais esferas de interação humana.

O problema dessas teses, extremamente polêmicas, – que, por convenção, passamos a chamar de “pós-Modernas” –, foi seu altíssimo nível de desdém, ceticismo e relativismo para com qualquer proposta de conhecimento humano. E é com isto que Taruffo se incomoda – e, ao menos aqui, ele parece ter razão.

Afinal, se absolutamente tudo é passível de ser verdadeiro, se nada existe além do texto,<sup>159</sup> ou se o consenso de um grupo qualquer é o que constitui toda a realidade<sup>160</sup> – isto é, se inexiste qualquer tipo de realidade externa ao indivíduo –, como pautar nossas condutas?

---

159 Interpretação que pode ser extraída da obra de Derrida, mesmo que o francês não tenha pretendido dizê-lo.

160 Mesmo comentário da nota anterior: ainda que Rorty não tenha almejado dizer isso, o fato é que muitos de seus leitores chegaram a essas conclusões. Como veremos ao longo deste trabalho, muito mais importante do que aquilo que os autores estavam pensando quando escreveram, mais importante até do que aquilo que de fato puseram no papel, é o impacto causado por suas ideias. Isto é preocupante, mas, ao mesmo tempo, é algo recorrente na história. Não que exista algo como uma interpretação autêntica, dada a plurivocidade ínsita a qualquer texto. O problema é que, muitas vezes, são feitas leituras superficiais das ideias dos autores, o que faz com que seu pensamento fique marcado na história de uma forma que contradiz frontalmente o que escreveram. Infelizmente, essa é uma realidade que perpassa vários autores, de várias épocas diferentes. De certa forma, tudo precisa ser simplificado: afinal, não é possível falar “tudo sobre tudo” (o resultado será inverso). Nesse corte simplificador (erro em que poderemos incorrer ao longo deste estudo), muito se perde. Reconhecemos, contudo, que, em maior ou menor medida, essa é uma operação necessária para viabilizar a conclusão de qualquer pesquisa.

Como construir critérios confiáveis, para tomarmos as decisões mais corriqueiras (que serão, necessariamente, precedidas dos processos mentais que antecedem a escolha da opção a ser seguida), se todo e qualquer critério pode ser válido, e se tudo pode ser ilusão?

Essa é a crítica que Taruffo faz aos “pós-Modernos”. Ele parece aceitar que o tempo das grandes narrativas tenha passado, e que a Verdade absoluta (com “v” maiúsculo mesmo) seja um ideal inalcançável.<sup>161</sup> No entanto, argumenta (e aqui concordamos com ele) que seria totalmente contraproducente manter uma postura completamente relativista quanto ao mundo.

Afinal, como ele mesmo (jocosamente) salienta, até os Pós-Modernos precisam se preocupar com os horários de seus voos, com a qualidade dos seus relacionamentos interpessoais e afetivos, e, ainda, com um sem-número de escolhas as mais banais (como fazer compras, decidir que roupa vestir, definir o que fazer nos fins de semana, etc.) – *mesmo que sustentem, diuturnamente, duvidar que tudo isso seja real.*

Temos a impressão<sup>162</sup> de que é mais pelo temor aos efeitos deletérios dessa certa “complacência pós-Moderna” que Taruffo insista, tão obstinadamente, na busca da verdade. Podemos até discutir o nível de confiabilidade que ele credita ao conhecimento humano (e, conseqüentemente, à cognição exercida por nossos magistrados), ao erigir *standard* epistêmico tão elevado. Ainda assim, compreendemos sua preocupação com os flancos abertos por posturas relativistas: com uma postura mais permissiva, abre-se a porta para a negação<sup>163</sup> de qualquer interpretação da realidade, e mesmo de todo aquele repertório de conhecimentos adquiridos pelo ser humano, no curso de uma longa história.<sup>164</sup>

Nessa ordem, ainda que não se possa falar em verdades absolutas, reconhecemos que um excesso de tolerância pode gerar um processo inverso, de desconstrução total – que poderia pôr em risco as próprias conquistas de uma luta (de séculos) por mais tolerância e racionalidade no meio científico.<sup>165</sup>

Creemos ser por essas razões que Taruffo paute seu modelo de cognição na verdade. Cabe ressaltar, inclusive, que ele alude especificamente a um suposto “valor social” dessa, esforçando-se para sustentar que toda e qualquer sociedade precisaria de algum conceito de

161 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 98–100 e p. 102.

162 E aqui é algo imperscrutável, por se tratar, naturalmente, do íntimo do próprio autor.

163 Que sequer precisaria ser fundamentada, já que qualquer critério argumentativo poderia, em tese, afirmar-se igualmente válido (seria apenas “diferente”, “fora do padrão”, “contramajoritário”).

164 Muitas vezes com enormes sacrifícios, ou até mesmo em contextos em que a repressão violenta e autoritária foi usada *reiteradamente* para restringir pesquisas as mais diversas.

165 Ao menos em certas partes do mundo, e mesmo que essa tolerância só tenha vindo para certas pessoas. Retomaremos o ponto no capítulo 3, onde argumentaremos que, apesar dos avanços no meio científico, a atividade do pesquisador não é (e provavelmente nunca será) totalmente livre – ficando, muitas vezes, refém de instituições que, ao atuarem como *gatekeepers*, terminam exercendo uma postura de certo modo autoritária sobre o conjunto dos pesquisadores que participam ativamente da academia.

verdade integrado em sua cultura (e, conseqüentemente, na vida dos indivíduos que dela compartilham).

Vistas as coisas desse modo, a verdade apareceria não apenas como algo possível: ela seria objetiva, desejável, e, mais que isso, intrinsecamente “boa” e positiva para a realidade judicial.<sup>166</sup>

Sendo assim, toda essa proposta aplicar-se-ia à práxis do Direito processual: o juiz teria o dever de fazer cumprir esse valor social, buscando encontrar, nos autos, uma verdade. Essa verdade, por ser apontada por Taruffo como apenas “relativa”, seria, então, possível de ser obtida no processo (mesmo que, para tanto, o julgador tivesse de usar energicamente seus poderes instrutórios, solicitando provas que as partes, por qualquer motivo, não quiseram produzir).

Como resultado de toda essa concepção, o processo teria dimensão e valor *epistêmicos*,<sup>167</sup> e toda norma que pudesse restringir essa atividade investigativa (como, por exemplo, as que reputam certos fatos como incontroversos, dispensando a produção de prova em relação a eles) deveria ser vista com ressalvas, por obstaculizar o alcance da verdade.

Para embasar sua posição, Taruffo adota, com certa personalização, o pensamento de epistemólogos extremamente críticos aos pós-Modernos, recorrendo, especialmente, aos americanos Alvin Goldman<sup>168</sup> e Susan Haack.<sup>169</sup> Partindo das premissas de que “faz sentido acreditar que o mundo exterior existe”, que um fato “existe ou não existe”, e de que um enunciado sobre um fato pode ser “verdadeiro ou falso”, ele começa a costurar um modelo de cognição amparado na verificação de qual seria a versão “certa” no debate processual, única que mereceria ser acolhida pelo Direito.

A apresentação pormenorizada desse modelo conclui o livro, e talvez seja a parte mais confusa de “uma simples verdade”. Pensamos assim porque o modelo “racional” de cognição, proposto por Taruffo, é baseado em uma rede de inferências<sup>170</sup> extraíveis do conjunto

166 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 102.

167 *Ibidem*, p. 159–163.

168 GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a social world*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

169 Susan Haack é professora de epistemologia do Direito na Universidade de Miami. Trataremos, em mais detalhes, do pensamento dela, em relação à análise probatória e à verdade, no capítulo 3. Independente disso, recomenda-se, desde já, as leituras de HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 99, julho-setembro de 2017, p. 15–41 (título escolhido pela autora para fazer referência direta ao pensamento de Taruffo), e *Evidence Matters – science, proof and truth in the law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014. Ainda que se venha a discordar do pensamento da autora, ela definitivamente merece ser lida – não só pela sua imensa produção no estudo da matéria, como pelo fato de ser uma das poucas pessoas da área de epistemologia a focar grande parte do seu trabalho nas relações dessa área da ciência com o Direito.

170 Lança-se mão de ideias defendidas em TOULMIN, Stephen Edelston. *The uses of argument*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.

probatório, que funcionaria em direção a uma maior “probabilidade lógica” de se ter atingido a correta reconstrução dos fatos. Alcançado determinado nível de confirmação,<sup>171</sup> poder-se-ia afirmar que a decisão exprimiria a verdade.

O problema é que essa quantificação da verdade é extremamente questionável. Além disto, é o próprio Taruffo que afirma que um “fato existe ou não existe”, e que uma afirmação sobre fatos “não pode ser *mais* ou *menos* verdadeira”. E como compatibilizar todas essas afirmações com a premissa, que ele diz nutrir, de que toda verdade seria relativa?

Em nossa opinião, “verdade relativa” é uma contradição insuperável. Verdade é termo que sempre traz consigo uma pretensão absoluta. Pior ainda é falar em uma verdade “relativa” que seja, ao mesmo tempo, objetiva.

Embora todo pesquisador que tente formular uma proposta dessa magnitude esteja sujeito a riscos, Taruffo parece percorrer uma espécie de círculo completo ao longo de “uma simples verdade”. O trecho entre as páginas 100 e 101 do livro serve de exemplo, por ser capaz de sintetizar essa mudança progressiva de trato da verdade.

Taruffo inicia comentando, bem a seu estilo, que “naturalmente ninguém fala de verdades ou de certezas absolutas, que são ‘o privilégio do fanático’, e que, de fato, entram em conflito somente em algumas metafísicas e em algumas religiões integralistas”.<sup>172</sup> Prossegue fazendo referência à necessidade de construirmos, como alternativa, formas de realismo crítico, que se colocassem em um ponto intermediário entre a incredulidade dos céticos e a credulidade total dos cultores da verdade absoluta.

Logo em seguida, após afirmar que uma certa medida de realismo seria imprescindível – por fazer sentido supor que o mundo exista –, ele endurece o discurso, aduzindo que “desse modo, colocam-se à parte todas as orientações de tipo cético, subjetivista e irracionalista”.<sup>173</sup> Para tanto, seria necessária uma postura capaz de elaborar “uma ideia *alética* da verdade, segundo a qual todo enunciado relativo a acontecimentos do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real”.

O “mundo real” determinaria, ainda, se as narrativas apresentadas no processo seriam verdadeiras ou falsas – não tendo papel decisivo, nessa análise, o contexto (linguístico ou social) em que a narrativa tenha sido construída. Afinal, “cada enunciado fático é verdadeiro ou falso

---

171 Ou “*warrant*”, expressão de uso corrente na epistemologia, que costuma significar o grau de confirmação ou confiabilidade de uma afirmação, calculado com base em uma relação (cujos termos, aliás, não são nada consensuais) entre um conjunto de provas “x” e a hipótese “y”.

172 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 100.

173 *Ibidem*, mesma p. 100.

em si, em função da existência ou inexistência do evento que descreve”.<sup>174</sup> Neste ponto, chega-se, então, à adoção expressa de uma teoria da verdade como correspondência.

Mas o círculo se completa quando Taruffo se questiona acerca da “possibilidade de que dessa verdade ‘objetiva’ se possa ter um conhecimento confiável”,<sup>175</sup> ao que ele mesmo responde que, “não obstante dificuldades teóricas e variedades de orientações, a verdade – concordando com Lynch –é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma”.<sup>176</sup>

Ciente de que isto poderia ser interpretado da forma como estamos interpretando, Taruffo rapidamente abre um novo período, logo após encerrar o último trecho transcrito, para reiterar que ele concorda que “todavia, uma vez terminada há tempos a época das Verdades com ‘v’ maiúsculo, é necessário reconhecer que em alguns aspectos a ideia de verdade não pode ser outra coisa senão algo culturalmente relativo”.<sup>177</sup>

Nessas idas e vindas, a explicação de Taruffo para essa variação cultural da verdade termina piorando ainda mais as coisas. Ao tentar justificar sua opinião, ele faz menção ao julgamento de Galileu pela Igreja Católica, argumentando que, independentemente das justificativas culturais, Galileu estaria certo, e os cardeais que o condenaram, errados.<sup>178</sup>

Ao final da leitura, ficamos com a forte impressão de que Taruffo se esforça bastante para tentar demonstrar que sua proposta não gravitaria em torno de uma “verdade absoluta”. Apesar disto, foi justamente com esta perspectiva que saímos de “uma simples verdade”. Não apenas a ideia de que exista uma verdade ao mesmo tempo “relativa”, “objetiva”, “possível”, “boa” e “confiável” soa totalmente contraditória (por reunir uma multiplicidade de termos que não se compatibilizam), como todo o edifício que Taruffo vai construindo ao longo da obra termina infirmando os poucos parágrafos em que ele nega crer na existência de uma verdade absoluta.

---

174 Ibidem, novamente p. 100.

175 Ibidem, p. 101.

176 Ibidem, p. 102.

177 Ibidem, mesma p. 102.

178 Como veremos mais adiante, a Igreja Católica acumulava, no período da condenação de Galileu, um papel de *gatekeeper* acadêmico que hoje é exercido por diversas instituições laicas – tais como as universidades, as associações de especialistas e os periódicos científicos. Filtrando o que era conhecimento canônico e apócrifo, a Igreja, de fato, misturava, de acordo com os seus interesses, o religioso com o conhecimento científico. Mas, ao mesmo tempo, o que se exigiu, à época, de Galileu, foi que ele não pregasse que sua teoria estava correta, *por não existir, ainda, comprovação de todas as suas teses*. Guardadas as devidas proporções, esse tipo de atuação não é de todo diferente do que hoje é feito no sistema de *peer-review*, quando examinadores rejeitam um artigo por entender que o autor não conseguiu embasar suas críticas à teoria dominante com provas robustas. Como já dissemos, sempre há certa margem de autoritarismo (além da presença de fatores políticos) na filtragem de hipóteses acadêmicas que irão compor o debate em torno de uma certa matéria. Reconhecemos que essa forma de encarar o julgamento de Galileu pode causar estranhamento. Esperamos, contudo, que o que estamos querendo mostrar fique mais claro quando voltarmos ao tema.

Assim como dissemos com relação a Moacyr Amaral Santos e outros processualistas brasileiros, a impressão que temos é de que essa concepção de verdade só é relativa no nome. A rigor, as exigências que Taruffo faz aos magistrados, impondo que encontrem uma verdade supostamente latente, prestes a ser descoberta – e que, para além disso, aliem esse desvelamento a uma correta aplicação das normas jurídicas –<sup>179</sup> terminam gerando uma visão tão idealizada quanto a dos iluministas.

Repita-se: verdade é um termo em cuja etimologia está a pretensão para o definitivo, para o absoluto. Se não se pode chegar a uma verdade absoluta, não se pode, então, chegar a verdade alguma, pois qualquer noção aproximativa, que tente criar critérios quantificadores da aproximação da verdade, não estará trabalhando mais no plano da verdade, mas no da verossimilhança. Este, por sinal, é um termo rejeitado expressamente por Taruffo, que não o entende, contudo, no sentido de aproximação da verdade.

Verossimilhança é termo que possui dois significados bem distintos. Um deles é equivalente à noção de *id quod plerumque accidit*, isto é, à noção de “conformidade com aquilo que normalmente acontece”. Esse é o único significado com que Taruffo emprega o vocábulo. Nessa acepção, “verossimilhança” está na base das teorias que justificam a aplicação das máximas da experiência.<sup>180</sup>

No entanto, existe um outro significado de verossimilhança, mais simples de ser explicado, e que não é enfrentado diretamente por Taruffo: ao menos em português, verossimilhança equivale, também, a aproximação com a verdade, aparência de verdade.

A nosso ver, esse, sim, parece ser um *standard epistêmico* mais adequado à cognição humana – e, via de consequência, à cognição judicial. Em nossa existência, a incerteza é algo incontornável:<sup>181</sup> aqui, podemos, citando um dos mesmos exemplos de que Taruffo faz uso, dizer que, embora seja da maior importância saber o horário de nossos voos, é sempre incerto se estes de fato chegarão no horário; em que condições se dará o trajeto; e quando ou (mais drasticamente) se chegaremos a salvo em nosso destino.

A incerteza, portanto, faz parte das nossas vidas, e não está apenas relacionada ao estado de espírito do indivíduo.<sup>182</sup> Não queremos, tampouco, fazer menção, tão somente, à influência

---

179 Nisto, aliás, Taruffo parece perfeitamente compatível com Pontes de Miranda. A proposta do italiano de reconstruir a verdade dos fatos para propiciar a correta aplicação da norma é, a nosso ver, análoga às exigências de aproximação entre incidência e aplicação, tidas, por Pontes, como imprescindíveis, para um manuseio adequado do Direito.

180 Outro fenômeno relacionado à cognição, mas que não é aprofundado pelo italiano na obra ora discutida.

181 Essa, aliás, é uma advertência importante que – no meio de todas as suas provocações e ironias – os “pós-Modernos” nos legaram.

182 Isto é, não estamos falando, aqui, do estado de certeza ou incerteza, no sentido de “convicção que se tem da verdade”. Aliás, ao que parece, esse estado pode ser alcançado mesmo sem provas. O estado de certeza, o “ter

do aleatório, ou à sinceridade nas afirmações.<sup>183</sup> *Incerteza, aqui, pretende fazer referência à impossibilidade de chegarmos a qualquer conclusão verdadeira, definitiva, sobre qualquer problema.* É que o ciclo da ciência simplesmente nunca se fecha, por mais que se dediquem décadas a verificar se a teoria “x” está, realmente, correta. E se isso se aplica até mesmo aos profissionais exclusivamente dedicados à pesquisa científica (que podem passar uma vida inteira testando um mesmo problema), temos como evidente que se aplicará, com ainda mais força, ao processo judicial – que, por imperativo constitucional, não apenas tem de acabar, como deve terminar dentro de uma duração razoável.<sup>184</sup>

Perceba-se que isto não implica afirmar que a ciência não seja confiável, e que um sem-número de hipóteses construídas, ao longo da nossa história, para lidar com diversos problemas humanos, não seja capaz de fornecer soluções adequadas (ao menos adequadas até este momento). Não se trata de ser “verofóbico” ou “verofílico” – afinal, isto também reduziria o problema a uma questão de mera “afinidade” ou “aversão”, muito próximo às noções de ideologia e crença que o próprio Taruffo diz pretender evitar, em prol de uma visão da temática da verdade no processo que ele considera mais “objetiva” e “madura”.

O fato é que precisamos lidar melhor com nossa falibilidade. Se não podemos alcançar “verdades absolutas”, também não podemos (e cremos já ter sido suficientemente insistentes nas razões que embasam esta nossa posição) encontrar “verdades relativas”. Dentro de certos limites, a ciência é uma ferramenta que pode nos ajudar a ter uma compreensão *mais* adequada das coisas. Essa compreensão, contudo, nunca constituirá “a verdade” (com “v” maiúsculo ou minúsculo), apenas uma possibilidade. No máximo, chegaremos a explicações que pareçam, ao menos em determinado momento, e diante da quantidade de informação que tenhamos, verdadeiras. *E parecer verdadeiro, para nós, é sinônimo de ser verossímil.*

---

convicção” pode, muito bem, resumir-se a uma questão de crença. Não é, portanto, neste sentido que estamos falando em incerteza aqui.

183 Aqui reiteramos nossa concordância, já exposta na introdução, para com a distinção entre dizer a verdade enquanto sinceridade e enquanto correspondência ao que realmente tenha acontecido. Essa é uma distinção importante, e que muitas vezes é ignorada no discurso sobre a verdade. Afinal, alguém pode estar sendo plenamente sincero em sua exposição (por acreditar que ela corresponda à verdade), mas veicular uma narrativa falsa – isto é, sincera, mas não correspondente com algo semelhante à “verdade fenomênica”, ao que “realmente aconteceu” (seja porque as informações que o indivíduo detém são insuficientes, seja porque ele preferiu, consciente ou inconscientemente, ignorar parte do conjunto probatório disponível, por crer na correção da versão insinuada pelos demais elementos de prova). Por mais que não acreditemos que se possa chegar a uma verdade deste último tipo (correspondência com o que “realmente aconteceu”), vale, aqui, a menção, ao menos para explicar a distinção da qual estamos tratando nesta nota. Para uma exposição bem nítida dessas diferenças, recomendamos, mais uma vez, a leitura de RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal, op. cit.*, p. 70–73. Neste ponto, concordamos plenamente com Vitor de Paula Ramos, embora não compartilhemos do seu otimismo quanto à possibilidade de alcançarmos qualquer verdade (no processo ou fora dele).

184 Inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

Por algum tempo, pensamos que nossa discordância com Taruffo seria mais terminológica. Afinal, nós concordamos com ele que a informação contida nos autos serve para confirmar ou infirmar as afirmações feitas pelos sujeitos processuais. A investigação judicial, espécie do gênero inquérito (*enquiry*), passa, portanto, pelo cotejo entre as provas e os enunciados feitos com relação aos fatos.

Concordamos, além disto, que não faz sentido algum distinguir entre verdade formal e material: a verdade (ainda que a tenhamos por inalcançável) é uma só, nos autos ou fora deles. Por causa dessas semelhanças, pensamos, por algum tempo, que a diferença seria meramente terminológica: aquilo que Taruffo chama de verdadeiro, nós chamamos de verossímil.

No entanto, após uma leitura mais cuidadosa da sua obra, não conseguimos mais manter essa impressão. De fato, a forma como ele encara a verdade parece ainda extremamente idealizada, além de estar desconectada de contingências biológicas e psicológicas do indivíduo. Tal circunstância até é compreensível, dado que o corte feito pelo italiano priorizou a epistemologia, que ele entendia mais importante para o enfrentamento do problema. Ainda assim, qualquer abordagem cognitiva que não leve em conta, mesmo que de maneira bem resumida, as limitações do nosso sistema mental, estará fatalmente incompleta.<sup>185</sup>

Talvez o leitor entenda que nossa ideia de verossimilhança possa ser intercambiável com a noção de Taruffo de probabilidade lógica (que ele defende não estar calcada em termos quantitativos, mas no grau de confirmação de uma determinada narrativa exposta nos autos de um processo). Mas cremos que o “sarrafo epistemológico” estabelecido pelo italiano é muito mais alto que o nosso. Embora tenhamos como verossímil aquela versão (narrativa) que mais se adeque às provas e às prescrições do direito positivado, não cremos que seja possível dizer que essa versão seja “provavelmente verdadeira”. Ela pode, no máximo, *parecer verdadeira*, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (e isso já será suficiente para que se profira uma decisão adequada). Mas adjetivar-lhe de “provável” (mesmo que não se esteja falando em probabilidade estatística, mas em probabilidade lógica) parece, a nosso ver, um pouco demais, principalmente para a realidade particular da cognição judicial.

E, se chamar uma versão “verossímil” de “provável” já nos parece demais, tampouco pretendemos que ela seja “verdadeira”, independentemente de como se queira rotular essa

---

185 A propósito, é da psicologia, da biologia e da neurociência, áreas do conhecimento tão dignas quanto a epistemologia, que se pode extrair com mais facilidade a conclusão de que não temos como chegar a qualquer resposta definitiva (isto é, verdadeira) em relação a qualquer problema. Tanto isto é importante que resolvemos dedicar-lhe um capítulo inteiro (o capítulo 2, a ser iniciado assim que concluirmos essas considerações em torno da verdade). Compartilhamos do interesse de Taruffo pela epistemologia. O problema é que ela, sozinha, não basta para dar conta das dificuldades da cognição judicial.

verdade: “absoluta”, “relativa”, “formal”, “material”. Simplesmente não temos como garantir a verdade, e isso precisa ficar claro não só para os juízes e para a comunidade jurídica em geral – *é algo que também deve ficar claro ao jurisdicionado*.

Ao mesmo tempo, a impossibilidade de chegarmos ao ponto final da verdade (e, portanto, de garantirmos isto àquele que venha a juízo pedir uma resposta do Judiciário) não importa falta de compromisso com uma *tentativa de, dentro do possível, aproximar-se do que pareça mais verdadeiro no conjunto probatório do caso concreto*.

Tal falta de compromisso sequer seria possível em nossa realidade normativa, *pois o próprio sistema jurídico já interiorizou standards cognitivos, que obrigam os juízes a (dentro de sua capacidade humana, claro) proferirem decisões que, diante do conjunto probatório dos autos, ao menos pareçam verdadeiras*. Esta nossa visão será aprofundada nos demais capítulos deste trabalho (especialmente no capítulo 4), mas esperamos já ter deixado claras pelo menos algumas das premissas que a embasam.

### 2.3.3 *O impacto das ideias de Taruffo no Brasil: seguidores e críticos no processo civil brasileiro contemporâneo*

Depois de tudo o que já foi dito, resta, para encerrarmos o capítulo, tratar do impacto das ideias de Taruffo na processualística civil brasileira. Para não cansar o leitor ainda mais com comentários e críticas, alertamos, desde já, que nos limitaremos a resumir brevemente o que alguns seguidores e críticos do italiano costumam afirmar. Especificamente quanto aos seguidores, não gastaremos mais o tempo precioso do nosso leitor rebatendo extensivamente suas ideias: no geral, cremos serem suficientes as críticas que já dirigimos ao próprio Taruffo.

Assim, Daniel Mitidiero, por exemplo, entende que a busca da verdade seria um pressuposto ético ínsito ao modelo cooperativo de processo. Seguindo Taruffo, ele afirma que uma postura ativa do juiz na condução do processo (aí incluída a investigação probatória de ofício) seria, no estágio atual, “um dado dificilmente reversível”.<sup>186</sup> Acerca “da obtenção da verdade no processo (ainda que adjetivada como *verdade provável*, tendo em conta que a verdade no processo sempre se resolve num juízo de *probabilidade*)”,<sup>187</sup> Mitidiero consigna que “a sua colocação como um dos objetivos ideais da prova constitui uma condição

---

186 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* – pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.

187 *Ibidem*, p. 93 (grifos no original). Já fizemos, acima, nossas observações quanto aos problemas em torno do uso do conceito de “probabilidade” no processo, de modo que nos abstermos de tecer maiores considerações aqui. Vale o que dissemos com relação a Taruffo, até porque, neste trecho do livro, Mitidiero faz expressa referência a trabalhos do italiano.

insuprimível para que o processo possa viabilizar tendencialmente a obtenção de uma decisão justa”.<sup>188</sup>

Linha argumentativa semelhante é desenvolvida por Vitor de Paula Ramos. Este último também adere à visão de Taruffo, encampando uma noção de verdade como correspondência semelhante (embora não idêntica) a do italiano. Ramos aduz que “o procedimento bem-sucedido será aquele que puder, ao seu final, chegar ao que efetivamente ocorreu”.<sup>189</sup> Existiria, segundo ele, uma exigência de o Direito minimizar ao máximo a possibilidade de erro nas decisões judiciais, já que, em sua opinião, “uma decisão que afirma que algo está provado, quando, em verdade, isso não é verdadeiro, seguirá sendo equivocada do ponto de vista epistêmico”.<sup>190</sup>

Com essa visão, Vitor de Paula Ramos compreende que “a verdade *como correspondência* não só importa para o processo, mas é, inclusive, o próprio fim do procedimento probatório”.<sup>191</sup> Haveria, portanto, uma relação “teleológica” entre prova e verdade, sendo aquela o meio para que o processo chegasse a esta. “A prova, em outras palavras, tem uma função instrumental com relação à apuração da verdade dos fatos, *mas a ‘presença do meio (prova) não garante a obtenção do fim (verdade)’*”.<sup>192</sup>

Neste último trecho, que fizemos questão de grifar, encontra-se a adição de um pensamento novo, que não equivale inteiramente ao de Michele Taruffo. Trata-se da concepção de Jordi Ferrer Beltrán acerca das relações entre prova e verdade.<sup>193</sup> Vitor de Paula Ramos acrescenta tais noções à sua exposição do papel da verdade no processo. Com isto, surge uma pequena (mas, ao menos segundo entendemos, relevante) diferença para com o pensamento de Michele Taruffo.

Como o próprio Ramos expõe em seu trabalho,<sup>194</sup> a adoção de um “modelo objetivo” para lidar com as provas no processo busca focar no material probatório disponível, e não no subjetivismo do juiz. Daí a integração, em sua tese, das ideias de Beltrán, quando argumenta

188 Ibidem, também p. 93. Mais uma vez, Mitidiero se limita a citar Taruffo, sem fazer qualquer aprofundamento sobre o que, de fato, significa “decisão justa”. Simplesmente adere ao pensamento do italiano de que decisão justa seria sinônimo de decisão que busque a verdade. Já vimos que isto não é suficiente, quer para resolver o problema da verdade, quer da justiça (conceitos altamente indeterminados).

189 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal...*, *op. cit.*, p. 26.

190 Ibidem, mesma p. 26.

191 Ibidem, p. 25 (grifos no original).

192 Ibidem, p. 25–26 (grifos nossos).

193 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Vale mencionar que foi o próprio Vitor de Paula Ramos quem traduziu a obra do castelhano para a nossa língua. E, acaso o leitor desconheça este fato, Ramos também foi o responsável por traduzir, do italiano, *La semplice verità* (“uma simples verdade”), a qual serviu de base para o nosso estudo desta obra de Michele Taruffo, e foi a edição que escolhemos para fazer as várias referências que constam do subitem anterior.

194 Do qual, a propósito, Ferrer Beltrán foi coorientador.

que, “para esse modelo, afirmar que ‘está provado que  $p$ ’ é o mesmo que dizer que ‘há elementos de juízo suficientes em favor de  $p$ ’”.<sup>195</sup> Encampando tal posição, Ramos é levado a admitir de maneira mais contundente a falibilidade das decisões judiciais – algo que fica mais claro em Beltrán do que em Taruffo.

Como o próprio processualista brasileiro reconhece, o fato de  $p$  ser considerado, diante do conjunto probatório constante dos autos, como suficientemente provado, não quer dizer que, de fato, tenha-se chegado à verdade, “podendo estar equivocada ou não – dependendo de, em realidade, haver ou não elementos suficientes a favor de  $p$  – independentemente da falsidade ou veracidade da própria hipótese  $p$ ”.<sup>196</sup> Pelo menos neste momento, há a tentativa de adotar um pensamento mais moderado que o de Taruffo. Como o próprio autor observa (mais uma vez citando Beltrán), “com isso, preserva-se a possibilidade de que algo que esteja suficientemente provado seja falso.”<sup>197</sup>

Por mais que Beltrán também defenda a importância da verdade para o estudo do processo, sua preocupação com a falibilidade dos juízes é mais explícita que a de Taruffo. É que, embora ele compreenda a insatisfação do italiano com a existência de decisões jurídicas calcadas em premissas fáticas possivelmente falsas, reconhece, ao mesmo tempo, que cada ordenamento jurídico tem razões práticas para fixar o que entende por “suficientemente provado”. Afinal, o processo precisa acabar. Em virtude desse fato, cada sistema define alguns limites – entre eles, limites temporais – para a investigação probatória no processo – exigindo, concomitantemente, um determinado grau de justificação dos seus magistrados.

Devidamente justificado, no caso concreto, o alcance dos *standards* requeridos por cada ordenamento jurídico, tem-se por suficientemente provados (ou não provados) os fatos alegados, de modo que se autoriza sua utilização como premissa para a decisão.

Como aduz Beltrán, por mais que persista a possibilidade de esses fatos não corresponderem à verdade, cada ordenamento limita, à sua maneira, a discussão em torno “do conteúdo da decisão – em nosso caso, a discussão acerca da veracidade das premissas fáticas.”<sup>198</sup>

Por questões pragmáticas, consente-se, então, em aceitar certos fatos como se verdadeiros fossem, por terem preenchido as exigências previamente impostas, pelas normas positivadas, aos magistrados. O “suficientemente provado”, acompanhado da “devida justificação”, transforma-se em “suficientemente verdadeiro” – e, por mais que o espanhol não

---

195 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal...*, op. cit., p. 25.

196 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal...*, op. cit., p. 25.

197 Ibidem, mesma p. 25.

198 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade...*, op. cit., p. 107–108.

ignore que isto abra “brechas” para a aceitação de decisões calcadas em premissas possivelmente falsas,<sup>199</sup> pontua que a definição desses limites cabe, tão somente, ao direito positivo de cada país, que definirá até onde se entende que deva ir a investigação probatória em processos judiciais.<sup>200</sup>

Dado que Beltrán encampa entendimento um tanto diverso do de Taruffo, ao percebermos, no trabalho de Ramos, a conjugação do seu pensamento com o do italiano, pensamos que ele adotaria um *standard* epistêmico mais razoável, nos termos traçados pelo espanhol.

Não é, contudo, o que acontece. Mais adiante, após reconhecer a possibilidade de erro nas decisões judiciais, Ramos volta a se aproximar do que chamamos de “idealismo de Taruffo”, afirmando que “o sistema não se poderá contentar com *qualquer instrução probatória, ou com qualquer busca da verdade*; deverá ter a melhor busca da verdade possível.”<sup>201</sup>

Essa “melhor busca possível” depende, para Ramos, de “que sejam levadas ao processo todas as provas relevantes disponíveis, visto que ‘a situação ótima é a de que todas as provas possíveis sejam obtidas.’”<sup>202</sup> Este é, portanto, um requisito *quantitativo*. No entanto, para além da abundância de provas, Ramos considera crucial que o processo se preocupe, também, com a “qualidade do material probatório”, afirmando “que será fundamental analisar se uma prova é confiável *objetivamente*, uma vez que uma prova não será somente confiável ou não *para determinado juiz*, mas, objetivamente, para o Direito.”<sup>203</sup>

José Aurélio de Araújo é outro autor que, ao estudar a cognição, alinha-se ao pensamento de Taruffo. Manifestando-se “contra a verophobia” no processo, Araújo traz uma lista do que considera “os mais expressivos argumentos” dos críticos à verdade, e passa, então, a rebatê-los, com o auxílio dos mesmos epistemólogos que acudiram Taruffo em “uma simples verdade”: os já citados Alvin Goldman e Susan Haack.

---

199 Lembremos, mais uma vez, que (como Vitor de Paula Ramos corretamente menciona) Beltrán expressamente admite a circunstância de uma decisão aceita pelo sistema não corresponder, ao fim e ao cabo, à verdade. Ele não ignora esse fato: para ele, essa decisão continuará sendo epistemicamente incorreta. Apesar disto, o espanhol adota (ou pelo menos foi assim que entendemos) uma posição mais pragmática: ele entende que a definição dos limites do “suficientemente provado” e do “suficientemente verdadeiro” não cabe à doutrina, nem a um magistrado individualmente considerado, *mas ao direito positivo*.

200 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade...*, *op. cit.*, p. 103–108. Neste trecho estão concentradas todas as menções que fizemos à essa obra de Beltrán: trata-se do final do livro, no qual ele conclui seu pensamento. Embora o trabalho mereça leitura integral, o leitor mais “apressado” pode encontrar um bom resumo das ideias do espanhol nessas últimas páginas, citadas nesta nota.

201 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal...*, *op. cit.*, p. 27.

202 Ibidem, p. 27.

203 Ibidem, p. 28 (grifos no original).

Afirmando que tampouco acreditaria em uma verdade absoluta, “com ‘V’ maiúsculo”, ele adere à posição do italiano, concordando que exista uma “verdade da qual dispomos, relativa e objetiva, pois se trata de uma verdade por correspondência”. Para Araújo, essa postura – que ele, seguindo Taruffo, denomina “realismo crítico” – seria capaz de dar conta, ao mesmo tempo, da falibilidade humana, e da necessidade de uma máxima aproximação possível com a verdade.<sup>204</sup>

Por fim, vale observar que Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira também simpatizam, em certa medida, com a noção de verdade “relativa e objetiva” de Taruffo. Conquanto os autores não defendam que a finalidade da prova seja encontrar a verdade (para eles, tal finalidade seria a de “produzir o convencimento”, *tanto do juiz como das partes*), admitem concordar com a ideia do italiano de que “a verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional – e com a qual se deve preocupar também o processo – é aquela *relativa* a um determinado contexto.”<sup>205</sup>

Cabe registrar, no entanto, que os autores não parecem, exatamente, “aderir” inteiramente ao pensamento do italiano: eles claramente defendem que o juiz não seria capaz de reconstruir fatos no processo, que a verdade material seria uma utopia, e que o máximo que poderíamos “seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana”, em virtude de existir “verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações.”<sup>206</sup> Ao tecer todas essas considerações, citam, mais de uma vez, Sérgio Cruz Arenhart – *autor que, como veremos a seguir, faz críticas semelhantes às nossas ao pensamento um tanto idealista de Michele Taruffo.*

Lendo as observações dos autores sobre a relação entre prova e verdade, ficamos um pouco confusos. É que, apesar de começarem o item com observações ancoradas no pensamento de pelo menos um autor que critica Taruffo, passam, depois, a concordar com a visão do italiano – dizendo que “vistas as coisas sob essa ótica –de que a verdade com que se deve preocupar a ciência e também o processo é sempre relativa e contextual –, parece-nos que a verdade há, sim, de ser buscada no processo.”<sup>207</sup>

Braga, Didier e Oliveira argumentam, ainda, citando Taruffo, que a finalidade do processo não se restringiria à solução de conflitos – para além disto, existiria o objetivo de

---

204 ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição...*, *op. cit.*, p. 51–62.

205 BRAGA, Paula Sarno, DIDIER JR, Fredie e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 53 (grifos no original).

206 Ibidem, p. 52.

207 Ibidem, p. 54.

buscar a verdade, que constituiria uma “premissa ética que deve nortear a conduta dos sujeitos processuais”. Tal premissa ética relaciona-se, como os próprios autores admitem, à noção de “decisão justa” de Taruffo, claramente presente quando aduzem que “nenhuma decisão pode ser considerada justa se [...] estiver baseada numa reconstrução falsa, não verdadeira, dos fatos discutidos no processo.”<sup>208</sup>

Respeitamos que os autores leiam Taruffo como defensor de uma verdade relativa e objetiva.<sup>209</sup> Afinal, muitos dos seguidores do italiano têm esta mesma compreensão, e o próprio Taruffo tenta apresentar-se como tal. Só ficamos confusos quanto ao uso de Taruffo “combinado” com as noções de que o juiz não poderia reconstruir fatos passados, e de que a “verdade possível”, no processo, emergiria da dialética desenvolvida no curso do procedimento.

Nenhum desses dois argumentos parece compatível com o que o italiano defende: não apenas ele critica veementemente a ideia de uma justiça “procedimental”, ancorada no contraditório – ideia com a qual os próprios autores parecem estar bem familiarizados, já que mencionam, *expressamente*, que o cumprimento das garantias processuais, *sem a busca da verdade*, seria insuficiente para a obtenção de uma decisão justa<sup>210</sup> –, como sustenta ser possível, ao processo, prestar-se a uma espécie de “reconstrução do que realmente aconteceu”.

Sendo assim, embora respeitemos a opinião dos autores, julgamos que seria preferível esclarecer melhor como eles enxergam essa compatibilização do pensamento de Taruffo com algumas das premissas que defendem, no tocante à relação entre prova e verdade.

Simpatia semelhante, para com Taruffo, é dispensada por Hugo de Brito Machado Segundo, para quem, apesar da inescapável falibilidade humana, não se poderia consentir em “aplicar corretamente o Direito a fatos errados, sendo a determinação da verdade quanto a estes indispensável para que adequadamente se realize a justiça, seja qual for a concepção que se faça a respeito dela.”<sup>211</sup>

O autor parece compartilhar daquela ideia – já mencionada em nota de rodapé anterior neste trabalho – que parece ligar Pontes de Miranda a Taruffo, consistente na exigência de que o juiz não apenas compreenda corretamente a hipótese normativa sob um ponto de vista abstrato, mas verifique se os fatos discutidos no processo verdadeiramente ocorreram. Diz

---

208 Ibidem, p. 54.

209 Embora discordemos dessa interpretação, por razões já expostas acima. Para nós, embora afirme crer numa verdade relativa, Taruffo termina construindo um modelo extremamente utópico e idealista, que mais se aproxima da verdade absoluta. Além disto, já dissemos que, para nós, verdade relativa (e, principalmente, relativa e objetiva) é um contrassenso.

210 Ora, esse é, exatamente, como já vimos, o pensamento de Taruffo. Aliás, tanto os autores reconhecem tal fato, que o citam, nesse momento do texto – que, conforme já mencionamos, consta da página 54 da obra de Braga, Didier e Oliveira ora em comento.

211 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 94–95.

Machado Segundo que “é preciso saber se ocorreram, no mundo fenomênico, os fatos nela previstos, a fim de que a eles se atribuam os efeitos legalmente indicados.”<sup>212</sup> Trata-se, a nosso ver, da preocupação de garantir uma identidade (para nós utópica) entre aplicação e incidência.

Questionando como sairíamos da encruzilhada de ter de resolver adequadamente problemas com um aparato cognitivo limitado, incapaz de chegar a certezas definitivas quanto ao alcance da verdade, Machado Segundo diz contentar-se com aquilo que chama de “certezas razoáveis” (a nosso entender, seu equivalente das “verdades relativas” de Taruffo). No entanto, ele traz uma inovação em relação ao italiano, ao incorporar a essa noção de “certeza razoável” o emprego das regras do ônus da prova: “pode-se chegar a uma certeza razoável, assim entendida aquela na qual se faz possível dizer-se ao réu ou a quem mais objetar a veracidade da fundamentação probatória apresentada pelo autor: por que não?”<sup>213</sup>

Por fim, após desenvolver sua visão do papel que as regras do ônus da prova poderiam desempenhar no alcance da verdade, o cearense conclui que “a busca pela verdade no processo e o papel das partes nessa tarefa são muito mais dinâmicas do que parecem quando se afirma, simplesmente, a forma como se distribui o ônus da prova segundo o Código de Processo Civil”. E termina seu item sobre o “conhecimento do fato necessário à incidência da norma” defendendo a “validade” dos dispositivos que autorizam a produção probatória de ofício. Para Machado Segundo, o uso dos poderes instrutórios, pelos juízes, não desembocaria, necessariamente, em autoritarismo ou arbitrariedade, e estaria, ainda, de acordo com as exigências do nosso sistema jurídico, “visto que a correta ‘aplicação do direito ao caso concreto’ depende, como já explicado, da adequada determinação dos fatos sobre os quais as normas discutidas incidiram”.<sup>214</sup>

Com base na pesquisa que realizamos, os seguidores de Taruffo no Brasil representam um reforço da tradição da nossa processualística. Como já vimos, o alcance da verdade sempre foi invocado por doutrinadores brasileiros como uma das principais finalidades do Direito em geral (e não apenas do Direito probatório). A diferença é que esse pensamento, agora, vem sendo veiculado sob novas roupagens, calcado em ideias mais bem desenvolvidas.

Sim, porque, por mais que discordemos, em alguns pontos, de Taruffo, também admitimos que sua maneira de tratar a verdade no processo é mais profunda, mais séria, e até mais sofisticada que as abordagens tradicionais. O “sob novas roupagens”, portanto, não é

---

212 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 95. “Nela”, neste trecho, faz referência à norma, que prevê os suportes fáticos sobre os quais irá incidir.

213 *Ibidem*, p. 96.

214 *Ibidem*, p. 97 (primeiro trecho transcrito neste parágrafo) e 98 (segundo trecho).

apenas uma questão de estética:<sup>215</sup> como já dissemos no subitem anterior, Taruffo trata do problema da verdade com uma forte base filosófica e epistemológica, trazendo para a discussão uma riqueza interdisciplinar que faz muita falta no debate sobre a cognição judicial. Ele merece crédito por isto.

Por outro lado, o fato de suas lições estarem se espalhando (rapidamente) no Brasil não quer dizer que não tenham, também, surgido críticas ao seu pensamento. Fora do Brasil, Taruffo trava, até hoje, um debate duríssimo com Juan Montero Aroca, processualista espanhol de viés garantista, que não vê com bons olhos a figura do juiz investigador delineada pelo italiano.

Aroca entende que o modelo de juiz ativo proposto por Taruffo termina produzindo um efeito inverso ao pretendido pelo italiano: para o espanhol, a produção de provas de ofício, sob o pretexto da busca da verdade, abre a porta para o autoritarismo – permitindo, ao magistrado, passar por cima das “garantias das partes”, usando-se da justificativa de estar buscando “reconstruir a verdade dos fatos.”<sup>216</sup>

Mas voltemos ao Brasil, que é o objeto imediato das nossas preocupações. Entre nós, por mais que, até o momento, Taruffo tenha conquistado mais seguidores do que críticos, podemos citar ao menos alguns nomes entre estes últimos, de modo a equilibrar a exposição que vem sendo feita neste subitem.

Beclaute Oliveira Silva, por exemplo, critica a exigência de que o processo alcance a verdade.<sup>217</sup> Seguindo Wach – que, para Beclaute, foi quem “percebeu ser a prova um argumento sem pretensão de verdade, mas apto a construir uma decisão jurídica” –, o alagoano defende que “a prova deve ser tratada como enunciado que participa da formação do enunciado decisório, máxime a parcela do enunciado que estabelece os antecedentes da norma jurídica primária e da norma jurídica secundária.”<sup>218</sup> Logo, para Beclaute (mais uma vez amparado em Wach), a comprovação da verdade não poderia ser a finalidade do processo civil. No máximo, seria um

---

215 Embora também consideremos que a escrita elegante (e até “sedutora”) do italiano tenha, também, um peso, na repercussão das suas ideias em nosso país.

216 Como este capítulo não se destina a estudar o estado da arte do estudo da cognição fora do Brasil, não iremos prosseguir na exposição do “embate” entre Taruffo e Aroca. Ainda assim, dado que a discordância que eles mantêm no trato da matéria é notória na comunidade acadêmica, julgamos que seria importante ao menos mencioná-la, pensando naquele leitor que não tenha qualquer conhecimento desses fatos. Caso, contudo, o leitor queira aprofundar-se na leitura de Montero Aroca, recomendamos, pelo menos, AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 5ª ed. Madri: Civitas, 2007, e *La paradoja procesal del siglo XXI – los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

217 SILVA, Beclaute Oliveira. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato em CAPELO, Maria José; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SILVA, João Calvão da; e THOMAZ, Osvir Guimarães (orgs.). *Processo civil comparado – análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017, p. 1–27.

218 Ibidem. Ambos os trechos citados nesse período constam da mesma página 23.

resultado contingente, acidental. É nessa linha que ele consigna que, “se o enunciado pode vir a ser correspondente ou não ao dado do real, se é que isso existe, é um problema do ‘real.’”<sup>219</sup>

O alagoano pontua, ainda, que, “por essa razão, os critérios de uma verdade teórica não são o fim do processo, mesmo quando o magistrado é chamado para declarar se um documento é falso ou verdadeiro.”<sup>220</sup> Na ótica de Beclaute, “tal declaração não tem função apofântica, mas deôntica, já que estabelece normativamente uma situação, que deve ser.”<sup>221</sup>

Em outra oportunidade, Beclaute retoma as mesmas observações a respeito das “concepções declaratória e constitutiva da prova”, feitas no texto acima citado – mas, desta vez, com propósito diferente: analisar e rebater diretamente o pensamento de Michele Taruffo, em texto em que este último rejeitou veementemente a possibilidade de as partes convencionarem a respeito da verdade, por meio de negócios processuais em matéria de prova.<sup>222</sup>

Destrinchando as premissas e conclusões do italiano, Beclaute aponta várias inconsistências em seu pensamento. Entre elas, ele também chega à mesma conclusão, a que chegamos acima, quanto ao fato de que Taruffo termina defendendo a busca de uma verdade absoluta; adverte que as concessões do italiano, em relação a existência de uma dimensão contextual, e consensual, da verdade, entrariam em rota de colisão com sua perspectiva “ontologista” de “verdade como correspondência” – já que “a concepção consensual pautada pela justificação”, de que Taruffo valer-se-ia, estaria baseada em uma *construção* da verdade, o que anularia, para Beclaute, a noção de uma verdade objetiva preexistente (que necessitasse, tão somente, ser *descoberta* pelo magistrado); e assevera que a assertiva do italiano, de que seria “possível descobrir a verdade com métodos *adequados e confiáveis*,” estaria sustentada em expressões “vagas e nebulosas” – as quais, além disto, desmentiriam sua premissa de que a verdade seria objetiva e perfeitamente alcançável.<sup>223–224</sup>

---

219 Ibidem, mais uma vez p. 23.

220 Ibidem, p. 22.

221 Ibidem, mesma p. 22.

222 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual em FREIRE, Alexandre, MACÊDO, Lucas Buriel de e PEIXOTO, Ravi. *Provas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 283–306. Quanto ao texto de Taruffo, vale mencionar que ele foi incorporado à edição brasileira de “uma simples verdade”, já citada repetidamente neste capítulo, constando das páginas 146–158.

223 Algo para o que também chamamos a atenção do leitor, quando mostramos preocupação com o uso, por Taruffo, do termo “decisão justa”, sem o aprofundamento adequado do significado que ele atribui ao (altamente indeterminado) vocábulo “justiça”.

224 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto..., *op. cit.*, p. 288–292. Vale mencionar que, nesse trecho do texto de Beclaute, são apontadas outras inconsistências no pensamento de Taruffo, para além das que destacamos neste trabalho. Por questões de limitação de espaço, nos restringimos àquilo que parecia mais relevante aos nossos propósitos. No entanto, caso o leitor se interesse pela leitura integral do trecho citado nesta nota, encontrará nele registros de diversas outras incongruências que o alagoano detectou no pensamento do italiano.

Mais acima, quando falamos do que denominamos período “pós-Kazuo Watanabe”, adiantamos que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart traziam uma proposta um tanto peculiar acerca da “verdade”, no seu “Prova e convicção”. Pois bem. Chegou a hora de apresentar essa proposta, ainda que de forma sintética.

Os autores paranaenses dedicam o capítulo inaugural da sua obra à “verdade”. Iniciam afirmando que ela seria uma finalidade importante para o processo, pois garantiria a correta aplicação das normas. Nesse momento, mencionam que a busca da verdade teria, sim, importância para a entrega de uma prestação jurisdicional adequada.<sup>225</sup>

No entanto, ao prosseguirem no texto, Marinoni e Arenhart parecem voltar atrás, dizendo que a verdade substancial seria mera utopia. Tampouco faria sentido, para eles, falar na obtenção de uma verdade formal: assim como Taruffo (e nós), eles veem a distinção como um contrassenso. A verdade, portanto, seria uma só: a substancial. De qualquer maneira, o juiz não poderia chegar a ela, nem reconstruir fatos pretéritos: no máximo, poder-se-ia cogitar, de uma aproximação, um grau de verossimilhança.<sup>226</sup>

Dentro dessa perspectiva da verossimilhança, os autores propõem que exista, ainda, um nível máximo, algo como que um “intermediário” entre a verdade (que seria utópica e inalcançável) e a “aparência de verdade”: seria a máxima aproximação possível, chamada pelos autores de “verdade factível”.

Essa verdade factível ou “conjectural”, a que aludem, diferiria da de Taruffo em virtude de estar calcada em uma noção dialética, de uma verdade construída através do discurso processual. Lançando mão da teoria do discurso de Jürgen Habermas, Marinoni e Arenhart defendem que a verdade alcançável no processo seria construída procedimentalmente pelos sujeitos processuais.

Nessa linha, a justiça da decisão não estaria calcada na obtenção da verdade real (como propõe Taruffo), mas na garantia de uma participação ativa das partes no debate processual. Essa participação, para os autores, é que conferiria legitimidade para que a decisão tomasse como se verdadeiros fossem os fatos da versão tida por vencedora.<sup>227</sup>

Assim como dissemos em relação a Braga, Didier e Oliveira, ficamos um pouco confusos quanto a explicação de Marinoni e Arenhart. O capítulo inteiro é marcado por um

---

225 ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção*, *op. cit.*, p. 32: “se é certo que o objetivo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um desses escopos apenas se atinja por meio da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda” (grifos nossos).

226 *Ibidem*, p. 38–48.

227 *Ibidem*, p. 48–57.

constante “vaivém” de posições. Vejamos: inicia 1) elegendo a verdade como uma importante meta para o processo. Logo depois, diz-se que ela seria 2) algo utópico e inalcançável. Haveria, no entanto, 3) a possibilidade de chegarmos a um certo grau de verossimilhança. Dentro dessa possibilidade, existiria 4) um grau máximo, a “verdade factível”.

Essa modalidade de aproximação da verdade seria, então, 5) construída procedimentalmente pelo desenvolvimento de um contraditório efetivo aos moldes não apenas do direito positivado, mas da teoria habermasiana do discurso – que, como os autores argumentam, desembocaria em uma teoria da verdade mais ligada a uma noção de “justiça procedimental”, que diferiria da de Taruffo.

Depois de tudo isso, os autores, entretanto, consideram 6) que sua visão poderia ser compatibilizada com a do italiano, por considerarem que aquilo que ele chama de “verdade relativa e objetiva” equivaleria, salvo algumas diferenças, à sua “verdade factível”.<sup>228</sup>

Sinceramente, não entendemos muito bem a posição dos autores. Eles passam quase todo o capítulo tentando se distanciar da doutrina tradicional, que institui a verdade como meta do processo (opinião com a qual, inclusive, parecem concordar nas primeiras páginas desse excerto da obra), para, ao final (depois de apontarem todas as suas diferenças para com o pensamento de Taruffo), relativizarem *as mesmas discordâncias que dizem manter com relação às ideias do italiano*.

É que, como os próprios Marinoni e Arenhart corretamente observam, qualquer noção de “verdade” ou “verossimilhança” calcada em uma espécie de “justiça procedimental” será rejeitada, de plano, por Taruffo<sup>229</sup>. Ademais, já vimos que este último, conquanto afirme negar a existência de uma verdade absoluta, termina esboçando um arquétipo de cognição judicial que desemboca em um nível de idealismo muito próximo daquele sustentado pelo entusiasmo dos iluministas.

Sendo assim, achamos que os autores deveriam ter sido mais claros quanto ao que pensam em relação à verdade no processo: as suas diferenças para com Taruffo não são meramente de forma, nem, tampouco, terminológicas. Não são, portanto (ao menos em nossa opinião) posições compatibilizáveis. Por que, então, fazer todo um esforço para não discordar

---

228 Ibidem, p. 58–60. Especificamente quanto a esse ponto, vale transcrever, pelo menos, o seguinte trecho da obra dos processualistas paranaenses, que inicia a tentativa de harmonização de seu pensamento com o de Taruffo: “apesar de parecer que essas ideias são absolutamente incompatíveis com aquilo que aqui se defende, um exame mais aprofundado da obra de Taruffo demonstra que, por mais estranho que pareça, as diferenças são mais de linguagem do que de concepções”. Ou seja, os próprios autores reconhecem que, depois de tudo o que expuseram até então, o leitor teria fundamentos para ficar surpreso com o anúncio dessa possibilidade de compatibilização.

229 Ibidem, p. 62.

de Taruffo, tentando forçar um “casamento de ideias” que os próprios autores tinham revelado (ao longo de várias páginas, e com argumentos bem embasados) ser impossível?

Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes também se somam às vozes que criticam o modelo de juiz desbravador da verdade de Taruffo<sup>230</sup>. Com argumentos semelhantes aos de Montero Aroca (embora sem mencioná-lo), Delfino e Lopes observam, com muita preocupação, a ideia de resgatar uma “concepção correspondentista da verdade”.

Anotam, na linha do que já consignamos aqui, que “para o mestre italiano, processo justo é aquele orientado sistematicamente para fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes à tomada da decisão”<sup>231</sup>, e que Taruffo procederia a “uma equiparação entre processo e modelo de pesquisa científica”<sup>232</sup>, por entender que a atividade jurisdicional deve estar epistemologicamente compromissada com a descoberta dos fatos da causa”<sup>233</sup>.

Para os autores, tal visão contribuiria para a validação de um intenso (e antidemocrático) ativismo judicial, calcado em uma percepção do processo excessivamente focada na perspectiva dos interesses do Estado. Delfino e Lopes entendem que, levada a cabo essa noção do juiz como “o único cognitivamente qualificado” para alcançar os desideratos da jurisdição, privilegiar-se-ia – especialmente quando, dentre tais desideratos, se concedesse lugar privilegiado à descoberta da verdade – a figura do magistrado enquanto representante de uma das funções estatais, em detrimento de enxergá-lo como alguém a quem a Constituição impõe a tutela dos direitos materiais dos litigantes – em atuação que deveria desenvolver-se com respeito às garantias constitucionais dos cidadãos<sup>234</sup>.

Dentro daquilo que interessa aos propósitos deste subitem, cabe registrar, ainda, que os autores argumentam, em crítica ferrenha aos poderes instrutórios do juiz, que “o processo, como garantia democrática e republicana, é avesso a posturas voluntaristas intencionadas a tornar o juiz operativo em prol da obsessão pelo acesso direto às coisas (verdade objetiva) conduzida pelo culto ao cientista”<sup>235</sup>. Prosseguem, aduzindo que uma tese como a de Taruffo subestimaria a capacidade das partes de prover a defesa dos seus próprios direitos em juízo, depositando nas mãos do julgador todo o interesse – assim como a responsabilidade – pela adequada formação (e apreciação) do conjunto probatório – e, conseqüentemente, concedem ao magistrado o

---

230 DELFINO, Lúcio e FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 255, Maio 2016, p. 141-166.

231 *Ibidem*, p. 142.

232 O que, como vimos, ele efetivamente faz.

233 DELFINO, Lúcio e FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa..., *op. cit.*, p. 142.

234 *Ibidem*, p. 143-144.

235 *Ibidem*, p. 144. Nesse trecho, os autores estão, em verdade, reproduzindo parte de um texto de Lenio Streck, do qual trataremos logo mais.

monopólio da própria construção da decisão judicial (cujas determinações, vale dizer, sujeitarão esses mesmos litigantes).<sup>236</sup>

Por fim, mencionemos Lenio Streck, que também elaborou um artigo direcionado às teses de Taruffo a respeito da formação do convencimento dos julgadores<sup>237</sup>. Embora Streck assumidamente creia na existência de uma “resposta correta” em Direito – ou, como prefere, de uma “resposta adequada à Constituição” –, discorda da visão do italiano, por entender que seu modelo de busca da verdade operaria uma “disjunção epistemológica entre fato e Direito”<sup>238</sup>.

Lenio não se limita, contudo, a criticar Taruffo. Ele consegue enxergar, em “Uma simples verdade”, algumas “afinidades democráticas” para com sua Crítica Hermenêutica do Direito. Streck admite que “Taruffo faz avançar o debate jusfilosófico na área processual, sem perdê-lo nos labirintos pós-Modernos. Em sua reabilitação da verdade no processo, é possível reconhecer a sua preocupação democrática”. Ressalta, ainda, que Taruffo não apenas se preocupa com a apuração da verdade, como também prega o respeito pelas garantias processuais e pela conformidade da decisão ao Direito,<sup>239</sup> e que a defesa do livre convencimento, nos moldes em que desenvolvida pelo italiano, possui um grau de sofisticação superior ao das noções mais usuais de “íntima convicção” e “livre convencimento motivado”.<sup>240</sup>

Apesar disto, vê diferenças profundas entre suas visões. Streck considera, por exemplo, que Taruffo faz uma leitura problemática do giro linguístico, confundindo-o, em sua opinião, “com o nominalismo ou um pragmaticismo linguístico”. Para Lenio, “a interpretação que Taruffo dá ao *linguistic turn* é contrária a tudo que já se escreveu sobre esse giro paradigmático”<sup>241</sup>.

Após desenvolver as razões pelas quais discorda da excessiva cautela de Taruffo, em relação ao papel desempenhado pela linguagem, Streck arremata que o próprio italiano admitiria que “a verdade não se confina às ontologias realistas”,<sup>242</sup> e que, “dessa perspectiva

---

236 Ibidem, mesma p. 144.

237 STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo. *Revista sequência*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, n. 74, dezembro de 2016, p. 115–136.

238 Ibidem, p. 127.

239 Aqui, Lenio faz referência à “triade da decisão justa” do italiano, a que já fizemos menção no subitem anterior.

240 STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial..., *op. cit.*, p. 120–122.

241 Concordamos plenamente com Lenio neste ponto. Embora, neste trabalho, tenhamos optado por deixar de fora a virada wittgensteiniana (diante da necessidade de cortes e da multiplicidade de áreas que já tínhamos selecionado), parece, realmente, que Taruffo tem uma leitura um tanto equivocada do papel da linguagem no processo. Como Streck precisamente assinala, “tem-se a impressão que o *linguistic turn*, para Taruffo, é uma espécie de retorno a Nietzsche, no clássico enunciado ‘fatos não existem; só existem interpretações’”. Este último trecho consta de STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial..., *op. cit.*, p. 123–124.

242 Ibidem, p. 124.

hermenêutica, a defesa da verdade não *necessita*, não *pode*, e não *deve* converter o jurista em um cientista, sobretudo, como se fosse de uma ciência exata ou natural”.<sup>243</sup>

Streck justifica essa crítica com o argumento de que o juiz não estaria em uma condição privilegiada de observação da realidade. Ele, juntamente com as partes, faria parte de um mesmo “horizonte histórico”. Além disso, Lenio critica a distinção que Taruffo faz entre apuração da verdade dos fatos e correta aplicação da norma, como se a interpretação de questões de fato diferisse das questões de direito – isto é, como se o juiz se transmudasse em cientista para analisar os fatos, e, depois, retornasse ao papel de operador do Direito, em um (supostamente posterior) momento de interpretação dos dispositivos positivados. Citando Gadamer, Streck pontua que não há interpretação em abstrato do texto jurídico: o “sentido normativo dá-se na ‘*applicatio*’”.<sup>244</sup>

Ultimadas as críticas à *teoria* do italiano, Streck volta suas preocupações para as *consequências pragmáticas* da aplicação do modelo de juiz perseguidor da verdade de Taruffo. Da mesma forma que Delfino e Lopes<sup>245</sup>, considera que o abuso dos poderes instrutórios intensificaria o ativismo judicial, além de tirar das partes tanto o direito, quanto o ônus, de participar da instrução e do debate processual em torno da apreciação das provas. Para o gaúcho, tal postura traria sérios comprometimentos “para a democracia e para a emancipação do cidadão”. Insistindo na crítica, afirma que Taruffo “com sua tese apenas substitui a sensibilidade social, que se esperava do magistrado justiceiro, pela verdade dos fatos”<sup>246</sup>.

Com base nessas considerações, Lenio entende que seria preferível, em vez de empoderar o juiz para a busca da verdade, revalorizar a participação das partes, permitindo que elas atuassem *com o magistrado* para a construção da decisão – e, ao mesmo tempo, que assumissem sua parcela de responsabilidade, em caso de insucesso na defesa do seu direito (já

---

243 Ibidem, mesma página 124.

244 Ibidem, p. 124–125 (os grifos, no último trecho citado, constam do original).

245 Em verdade, o texto de Delfino e Lopes foi fortemente inspirado nas considerações tecidas no de Streck (o título do artigo daqueles já o revela, e o conteúdo corrobora a impressão), que foi publicado antes – e a respeito do qual agora estamos tratando.

246 STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial..., *op. cit.*, p. 127–129. Segue, a propósito, a íntegra de parte desse trecho, situado entre as páginas 128 e 129: “Parece, assim, que as partes são subestimadas, não podendo assumir as vantagens e desvantagens da condução dos próprios interesses (disponíveis!) em juízo, senão sob tutela de um juiz supostamente imparcial na persecução da verdade. Sua verdade, buscada e constituída a seu critério. Depois as partes poderão se manifestar sobre esta e produzir contraprovas, sabe-se lá com que efeito perante um juiz ‘biased’. Há toda uma discussão sobre se o juiz fica ou não condicionado a confirmar uma predisposição, a favorecer uma das partes etc. Mas, muito antes, há uma questão de princípio: por que devemos depender do juiz nisso? Por que não confiar na defesa técnica e na autonomia moral das partes ao escolherem seus representantes em juízo (afinal, ‘o réu também tem que se ajudar’)? Em casos especiais há a Defensoria Pública e, no limite, o Ministério Público como fiscal da lei. Para que sobrepor-lhes a função com um juiz inquisidor?”

que teriam tido oportunidade para discutir suas razões, em um ambiente democrático e policêntrico.<sup>247</sup>

Para os nossos objetivos, tais observações parecem mais que suficientes para revelar o impacto da noção de “verdade” no tema da cognição judicial. Ultimada essa exibição, encerra-se, também, o nosso “estado da arte” do conceito de cognição. A partir do próximo capítulo, veremos que as coisas são muito mais complexas do que a doutrina faz parecer. Tentaremos, na medida do possível (dadas as dimensões limitadas deste trabalho), mostrar que não é possível construir um conceito de cognição judicial sem lançar mão de uma série de noções de outras áreas do saber humano.

Também esperamos demonstrar que, conquanto a análise probatória realizada por nossos magistrados seja, até certo ponto, uma atividade de inquérito – realizada no interior da mente humana em meio à discussão intersubjetiva realizada no processo (daí a importância do debate interdisciplinar) – ela não está vocacionada para a busca da verdade, devendo atender a outros critérios (estes sim, próprios da ordem jurídica).

Assim, à pretensão de destrinchar esse aparente paradoxo – o fato de a compreensão da cognição judicial demandar influxos de outras áreas do conhecimento, ao mesmo tempo em que se trata de uma atividade que possui limites próprios (limites que vão além daqueles impostos a uma atividade cognitiva “não-judicial”, e que são predispostos exclusivamente pelo direito positivo) – dedicaremos o restante deste trabalho.

---

247 Antes que o leitor se pergunte, precisamos dizer que há, sim, nesta parte do texto de Streck, uma remissão direta ao pensamento de Dierle Nunes, e da escola da PUC-Minas (ambos já referidos neste capítulo). Essas considerações finais, que embasam os argumentos do gaúcho acerca da desnecessidade de pautar o processo na busca da verdade, constam de STRECK, Lenio Luiz. *Processo judicial...*, *op. cit.*, p. 129–133.

### 3. Neurociência e psicologia: os limites da mente humana e o nosso conceito de racionalidade

#### 3.1 Cognição judicial como um tema essencialmente interdisciplinar

Grande parte do desafio de estudar a cognição judicial diz respeito à necessidade de sair do ambiente estritamente jurídico, de nossa “caixinha jurídica”, para “espiar” o que vem sendo feito em outras áreas do conhecimento. É exatamente aí que reside grande parte do déficit doutrinário em torno da temática – e, ao mesmo tempo, é aí que as dificuldades no estudo da cognição (que já são grandes) aumentam exponencialmente.

Sem essa disposição de ampliar horizontes e agregar desenvolvimentos oriundos de outros campos do saber humano, qualquer trabalho sobre o conceito de cognição não será apenas incompleto: ele será estéril *ab initio*, porque estará voltado “para dentro”, focado apenas no estudo das relações intrassistêmicas de regras e princípios.

Quem opera dessa maneira, no trato da cognição, será incapaz de dar contribuições que ultrapassem as discussões dogmáticas mais rasteiras. No máximo, poderá trabalhar com algumas teorias da interpretação com as quais o Direito está mais familiarizado – ampliando, desta forma, o campo de investigação, mas ainda de maneira muito tímida para os nossos parâmetros.

Pensamos assim porque, em nossa visão, mesmo as regras e princípios que pretendem tratar da cognição judicial versam, neste particular, sobre uma matéria cuja compreensão exige muitos elementos extrajurídicos – e que demanda, portanto, pelo menos uma abordagem *interdisciplinar*, para que possamos compreender melhor dentro de que limites podemos aplicar essas normas.<sup>248</sup>

Ora, por mais que a cognição realizada em um processo judicial possa ser (corretamente) resumida como a *análise, feita pelo magistrado, das alegações e provas constantes dos autos*,<sup>249</sup> esta é uma afirmação que não diz absolutamente nada sobre o que envolveria, de fato, esse processo de análise.

---

248 Como já dissemos na introdução, a abordagem *interdisciplinar* é a que permite uma espécie de “casamento” entre elementos jurídicos e não jurídicos, e foi a que pareceu viável a este trabalho. Relembremos, também, que, neste estudo, tal abordagem será feita sempre com o objetivo de dar contribuições para o estudo e a prática *do processo civil* (afinal, não estamos tratando da cognição em geral, mas da cognição *judicial*). O *interdisciplinar*, portanto, está focado no Direito: é para ele que voltaremos no capítulo 4, assim que terminarmos com os aportes extrajurídicos deste e do próximo (capítulo 3).

249 Conceito que, como vimos no capítulo anterior, vem sendo empregado há décadas pela doutrina processual brasileira.

Não basta, então, adotar esse conceito e “pular” para o trato dogmático das normas sobre cognição, ignorando a importantíssima etapa de fixação de premissas básicas sobre as nuances (ou pelo menos sobre algumas delas) do processo de formação do convencimento do julgador.

Além disso, vale lembrar que, mais do que se preocupar em dizer o que determinada instituto *é*, cabe tanto ao estudioso quanto ao operador do Direito tentar expor o que ele *deve ser*, para que possa defender uma aplicação *à luz do ordenamento jurídico*.

Em outras palavras, mais do que constatar que a cognição judicial é “análise de alegações e provas (ou de afirmações sobre provas, se se preferir) no seio de um processo judicial”, entendemos que seja papel do jurista investigar o que exatamente a Constituição (e, de resto, as demais normas que a detalham e a concretizam) exige do juiz que desempenha tal atividade.

Como as provas devem ser apreciadas? Finda a instrução e o debate processual, quais as regras de fundamentação exigidas para explicar o porquê da adoção de uma tese sobre outra? Que critérios devem ser utilizados por um julgador para decidir que o elemento de prova “x” consegue dar sustentação mais forte à tese “a” do que aquela ofertada à tese “b” pelos elementos “y” e “z”?

Essas perguntas são complicadores que não apenas acentuam a dificuldade *in abstracto* do estudo da cognição judicial, mas que confirmam a inferência, feita acima, de que esta é uma matéria que envolve uma quantidade considerável de elementos não-jurídicos – os quais devem ser, em um primeiro momento, apreendidos, e, posteriormente, compatibilizados com a dogmática jurídica processual.<sup>250</sup>

Não negamos a presença de normas no sistema que direcionam e restringem a atividade cognitiva do juiz. Muito pelo contrário: tamanha é a importância dos dispositivos que oferecem diretrizes para a condução da atividade cognitiva dos nossos magistrados, que dedicamos a elas grande parte do capítulo 4 desta obra.

No entanto, *sozinhas*, essas normas não conseguem explicar minimamente esse fenômeno intelectual. Elas nos dão um norte para o que se considera cognição devida em nosso sistema, mas não dizem (e nem poderiam fazê-lo) nada acerca dos limites cognitivos inerentes ao processo de tomada de decisão dos nossos julgadores.

Com efeito, temos normas que exigem fundamentação para as decisões judiciais (inciso IX do artigo 93 da Constituição), e normas que especificam o que se entende por fundamentação devida em nosso sistema (v.g., artigo 371 e §§1º, 2 e 3º do artigo 489, ambos do Código de

---

250 Que é, reitere-se, o que estamos chamando, aqui, de estudo ou análise *interdisciplinar*.

Processo Civil); normas que negam a possibilidade de a decisão judicial ser lastreada em provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI, da Constituição da República), e outras que tentam detalhar esta mesma previsão (artigo 157 do Código de Processo Penal); temos até disposições específicas para certos meios de prova (como, por exemplo, o artigo 479 do Código de Processo Civil, que condiciona como o juiz deve analisar um laudo pericial).

Nenhuma dessas normas, porém, é capaz de explicar como funciona a mente do julgador, diante das mais variadas situações, e dos mais variados elementos de prova – o que é explicado por uma razão muito simples: não se trata de um assunto propriamente jurídico, ainda que constitua preocupação central do Direito.

Normas conseguem estabelecer critérios para conduzir a atividade do juiz *enquanto agente público encarregado de exercer a jurisdição*. O Direito cumpre esse papel normatizando valores, definindo um procedimento, e esboçando um código de conduta formal (exemplificado nos dispositivos citados acima). Essa “cartilha comportamental” – de cumprimento obrigatório pelos juízes brasileiros – pode, até mesmo, influenciar o *conteúdo* da decisão, na medida em que as balizas cognitivas terminam, de certa maneira, definindo o que se entende como “conteúdo mínimo” de um pronunciamento judicial “adequado” em nosso ordenamento.<sup>251</sup>

No entanto, foge à alçada do Direito explicar a relação do julgador com o conjunto probatório *enquanto sujeito cognoscente que se vê diante de objetos cognoscíveis*, embora a compreensão de tal processo seja da maior relevância, tanto para ampliar o controle sobre a atividade judicante, como para estabelecer *standards* de qualidade em matéria de análise probatória.

Essa relação entre sujeito e objeto (que, ademais, é sempre intermediada pela linguagem) tem sido a preocupação mais imediata de outros ramos do conhecimento. Quando se faz menção a “sujeito cognoscente” e a “objeto cognoscível”, logo vêm à mente psicologia e epistemologia. Mas compreender o funcionamento da mente humana e nossa relação com o mundo à nossa volta é algo que também interessa à neurociência, à biologia, à antropologia, à linguística, à economia, à sociologia e a diversos ramos da filosofia (como a retórica, a hermenêutica e a ética).

Como vimos no capítulo 1, a esmagadora maioria dos processualistas que tratam da cognição têm a tendência de permanecer isolados nesse nosso “mundinho de normas”. A doutrina processual civil brasileira parece ter se dado por satisfeita em conceituar a cognição como “análise de fatos e provas” – mesmo quando esse conceito não nos dá uma mínima

---

251 Isso será devidamente detalhado no capítulo 4.

densidade explicativa, que nos auxilie na compreensão e na operacionalização das diversas normas que tratam da temática.

Agindo dessa forma, elimina-se – quer por comodidade, arrogância, ou mesmo pela dificuldade de nos familiarizarmos com conceitos de outras áreas do conhecimento – a possibilidade de buscarmos ajuda no trabalho de estudiosos de outros campos. Ao “pular” a importantíssima etapa de refinamento conceitual – passando a discutir o objeto (questões) e os (supostamente existentes) níveis da cognição –, a doutrina constrói um edifício sustentado por alicerces fracos, da mesma maneira como o indivíduo da passagem bíblica que decidiu construir sua casa sobre a areia.

Ora, todas as áreas do saber mencionadas acima podem trazer contribuições significativas para o estudo da cognição judicial. A aproximação do Direito com cada uma delas poderia render boas (e longas) teses de doutorado. Partindo de abordagens diferentes, e centradas em áreas diversas da ciência, uma multiplicidade de trabalhos dessa natureza poderia auxiliar consideravelmente nossa compreensão das atividades cognitivas realizadas no processo (e não só a dos juízes, mas de todos os sujeitos processuais).

Um instituto-chave como o que constitui o objeto deste trabalho clama por pesquisadores dispostos a buscar esse “intercâmbio” com disciplinas não-jurídicas, que pode culminar em subsídios extremamente úteis para a dogmática processual – desde que, naturalmente, cada um desses estudos consiga, pelo menos, *esboçar* a “ponte” que compatibilizaria o Direito com a(s) ciência(s) escolhida(s) pelo estudioso(a)<sup>252</sup>.

Pretendemos, portanto, dentro das nossas possibilidades, fazer algo nesse sentido. Como já adiantado na introdução, escaparia completamente aos limites modestos deste trabalho tentar absorver exaustivamente qualquer das mencionadas ciências individualmente consideradas. E esta tarefa tornar-se-ia impossível se tentássemos trabalhar, nesta oportunidade, em várias frentes distintas, aportando autores de todas essas disciplinas. O resultado seria uma (indesejável) sequência sem fim de citações a autores de uma dezena de áreas diferentes, formando uma verdadeira colcha de retalhos – que deixaria pouco espaço para o estudo crítico, a adição de considerações próprias, e para o primordial cotejo com o Direito Processual Civil.

Sendo assim, pretendemos evitar a abordagem (a nosso ver equivocada) exclusivamente jurídica – a qual, com base nos resultados da pesquisa relatada no capítulo anterior, podemos

---

252 Claro que seria ainda melhor se o pesquisador detalhasse, em seu estudo, como poderia ser feito o “casamento” da área selecionada com o Direito. No entanto, se ele ao menos trouxer um esboço, uma ideia geral de como essa compatibilização poderia ser empreendida, já permitirá que outros continuassem seu trabalho, buscando seguir o caminho indicado para pôr em prática suas ideias.

dizer que é a que vem sendo empregada pela quase totalidade dos processualistas no trato da cognição –, mas sem a ousadia de tentar nos “vender” como especialistas em psicologia, epistemologia, ou qualquer outra área que venha a ser citada neste trabalho. Este é, repita-se, um trabalho que pretende trazer contribuições *para o Direito Processual Civil*. Por não encontrarmos respostas no Direito é que estamos indo colher ideias em outros campos. Mas é preciso ressaltar desde já, por um dever de honestidade para com o leitor, que temos apenas formação jurídica. Não há intenção, portanto, de exaurir qualquer matéria referente à psicologia, epistemologia, filosofia, ou a qualquer outra disciplina, já que não teríamos capacidade (e nem espaço) para tanto. A lógica é trazer elementos externos ao Direito, no intuito de construir, assim, algumas noções de psicologia *jurídica*, epistemologia *jurídica*, filosofia do Direito (*et coetera*), aptas a colaborar com o desenvolvimento *do processo civil pátrio*.

Estamos cientes de que, com esta estratégia, corremos o risco de ter a qualidade de nosso trabalho contestada tanto por juristas quanto pelos especialistas das outras áreas que serão aqui exploradas. Leitores de ambos os tipos poderão entender que a nossa forma de lidar com a interdisciplinaridade gerou algo incapaz de tratar satisfatoriamente tanto com o Direito como, por exemplo, com a epistemologia.

A esses críticos já respondemos antecipadamente na introdução. Só nos cabe acrescentar que, independentemente do acerto *da nossa* maneira de efetuar a compatibilização entre o processo civil e a área “a”, “b” ou “c”, entendemos que o conceito de cognição judicial nunca poderá ser estudado satisfatoriamente sem recurso a noções de outras áreas do saber.

Para nós, é evidente que há um sem-número de elementos, que envolvem a cognição, que não pode ser compreendido apenas com as ferramentas ofertadas pela ciência do Direito. Enquanto continuarmos a “fugir” desse diálogo, estaremos “presos” a um estudo “pobre” e extremamente limitado da temática.

Assim, ainda que este não seja o trabalho que consiga mudar esta mentalidade isolacionista – compartilhada por grande parte da doutrina processual civil contemporânea –, continuaremos sustentando a imprescindibilidade de examinar a matéria com uma abordagem que agregue, ao processo civil, noções que não poderíamos obter apenas manuseando os instrumentos próprios da nossa disciplina.

Isto porque (pontuaremos mais uma vez), independentemente do nosso sucesso, este trabalho tem como pretensão fazer uma exortação à comunidade acadêmica. Detectamos uma lacuna na doutrina, e procuramos preenchê-la lançando mão da abordagem supramencionada. Até aceitamos a possibilidade de falhar em nossa empreitada, *desde que nosso esforço sirva para demonstrar a necessidade de mais trabalhos interdisciplinares sobre cognição judicial* –

os quais poderão (e não temos problema algum em admiti-lo) ser mais bem estruturados, e, com isto, lograr maior repercussão do que o presente estudo. Se eles conseguirem promover o câmbio de mentalidade que tanto desejamos, estaremos mais do que satisfeitos.

Tudo isto posto, resta, para encerrar este item inaugural, repetir o que já foi dito na introdução em relação à lógica do restante deste capítulo: ele serve para resumir os achados *úteis* da nossa pesquisa em biologia, psicologia e neurociência, focando em temas que interessam a estas três áreas. À epistemologia (a outra “área maior” que elegemos para centrar nossas atenções, por motivos também já expostos na introdução) dedicamos o capítulo seguinte (capítulo 3).

Nesses dois capítulos, fixaremos algumas premissas básicas que nortearão o restante do trabalho, prepararão o terreno para a compatibilização com o Direito Processual Civil, e a consequente formulação da nossa proposta de conceito para a cognição judicial.

Por “achados úteis”, queremos fazer menção àquelas contribuições que entendemos relevantes para o Direito Processual Civil. Para manter a “relevância jurídica” das ideias debatidas nesta obra, fizemos um exercício constante – antes, durante e após a pesquisa – de buscar trazer para o texto *apenas aqueles dados que poderiam (a nosso ver) ter alguma repercussão no processo civil brasileiro*. Sendo assim, o “casamento” com a teoria e prática do processo civil brasileiro já será iniciado neste e no próximo capítulos, *ainda que só venha a ser mais bem desenvolvido no capítulo 4*.

Reforçada a nossa defesa da importância da interdisciplinaridade para o estudo da cognição judicial, iniciaremos, no item seguinte, o processo de “importação” de noções oriundas daquelas áreas que serão tratadas neste capítulo (biologia, neurociência e psicologia). Tentaremos apresentar ao leitor pesquisas e teorias, desenvolvidas no âmbito dessas ciências *nas últimas décadas*,<sup>253</sup> que devem ser levadas em conta, para que possamos compreender de forma mais precisa alguns fatores que circundam a atividade cognitiva dos nossos magistrados – e, conseqüentemente, para que possamos acrescentar, ao conceito “tradicional” de cognição judicial, noções que esclareçam os limites e as falhas inerentes ao pensamento humano.

---

253 A quais, reconhecemos, ainda carecem de aprofundamento, em função dessa sua pouca “idade”. Ainda assim, entendemos que elas já trazem *insights* bem relevantes para a compreensão do funcionamento do nosso cérebro.

3.2 As limitações inerentes ao cérebro humano: raciocínio simplificador, vieses cognitivos e o dilema em relação a como reduzir sua interferência no processo

### 3.2.1 *Racionalidade limitada como imperativo biológico do ser humano*

Como ponto de partida, é preciso reconhecer que a racionalidade humana é limitada. Isto obviamente se aplica ao processo judicial, mas é algo que pertence a um contexto muito mais amplo: *a rigor, toda atividade que vise à produção de conhecimento será invariavelmente parcial e incompleta, tanto em razão da nossa incapacidade de captar (pelos sentidos), processar (internamente ou cognitivamente) e reproduzir (por meio da linguagem) a complexidade fenomenológica em sua inteireza, quanto pelas pressões externas para que encerremos a análise e tomemos uma decisão.*

Admitir nossa falibilidade não é, contudo, algo que menospreze o potencial intelectual da espécie humana. Muito pelo contrário: significa dar-se conta de que, *apesar dessas limitações*, o ser humano conseguiu enfrentar e (diga-se de passagem) resolver um sem-número de problemas extremamente difíceis que a natureza lhe apresentou (e continuará apresentando), *munido de um aparelho cognitivo de capacidade limitada, mas, ainda assim, com um gigantesco potencial para a reflexão, a criatividade e a ponderação na tomada de decisões que precede a superação desses problemas.*<sup>254</sup>

Como destacamos acima, a reflexão não é apenas cerceada pelas limitações do nosso organismo. Ela também sofre influência constante das contingências temporais, sempre presentes. Assim, para além da dificuldade constante de desenvolvermos “mapas mentais” para simplificar problemas complexos (e, com isto, facilitar a tomada de decisão), nosso grande limitador, em regra, é o fator *tempo*.

A quantidade de energia que vale a pena despender, para sopesar as opções disponíveis, e então optar por uma determinada solução “x” qualquer, não está relacionada, portanto, apenas ao ganho “em abstrato” proporcionado por uma decisão mais bem informada, ou “meticulosamente calculada”. Há, sobretudo, nos nossos processos decisórios, uma espécie de curva de “custo-benefício”, traçada entre os eixos “tempo” e “qualidade da decisão”.<sup>255</sup>

---

254 Neste sentido, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, op. cit., p. 15–17. Sobre os custos da “revolução cognitiva” para nossos antepassados *sapiens*, consulte-se HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – A brief history of humankind*. Nova Iorque: HarperCollins, 2015, p. 8–12.

255 Conforme apontado por Hugo de Brito Machado Segundo, há, na natureza, um verdadeiro *trade-off*, constante e necessário, entre “dispêndio de recursos limitados” e “solução de um problema”. A relação entre os indivíduos e o meio demanda escolhas que devem sempre tentar equilibrar esses dois fatores. A depender da situação, um equacionamento equivocado pode levar à morte do indivíduo, ou mesmo de toda uma coletividade (casos mais extremos). Em casos menos radicais, uma opção menos eficiente pode causar prejuízos financeiros (como, por exemplo, na compra “por impulso” de um bem, sem antes fazer nenhum tipo de “pesquisa de preço”, para conferir se o valor cobrado está, pelo menos, dentro da “média” do mercado) ou temporais (como na escolha infeliz de uma rota para ir a um compromisso, que gere o resultado negativo “atraso”) ao agente, ou mesmo resultar na inutilidade

Isso quer dizer que, apesar de uma decisão mais completa, e mais bem fundamentada, parecer, inicialmente, o melhor caminho em todas as situações, as limitações temporais impostas para a solução de um problema irão forçar o ser humano a *cortar o curso cognitivo* em algum momento – diante do risco de a demora inutilizar todo o processo, fazendo com que o gasto mental não tenha valido a pena (isto é, a escolha não proporcionou o que se esperava), ou mesmo não tenha servido para nada (casos mais drásticos, em que a tomada de posição demorou tanto, que a decisão não gerou resultado positivo algum).

Esse momento para o corte cognitivo variará, naturalmente, em função da complexidade aparente do problema, e das consequências adversas que possam ser antecipadas em caso de uma escolha não-ótima. Desse modo, o tempo considerado “aceitável” para escolhermos maçãs em feiras ou supermercados é totalmente diferente, em relação ao que se entende como tempo “aceitável” para projetar e construir um novo modelo de aeronave, ou para calcular o que é preciso para o lançamento de um foguete encarregado de levar um novo satélite à órbita terrestre – ou, ainda, para decidir se, no processo “x”, “a” causou um dano a “b”, que deverá, então, ser reparado por meio de uma indenização de valor “y”.

Esse cálculo de “custo-benefício” está presente em todos os nossos processos de tomada de decisão, ainda que não estejamos conscientes disso. E não há, nem jamais haverá, a garantia de que nossa escolha representará um ponto-ótimo diante da situação “a”, “b” ou “c”, *simplesmente porque esse ponto-ótimo não existe.*

Com isso, queremos dizer que a limitação *cognitiva* do cérebro humano, quando aliada à limitação *temporal* para a tomada de decisão, faz com que todas as nossas escolhas sejam, sempre, *aproximativas*, na tentativa de encontrar algo que *pareça razoável* ou *verossímil* diante do caso concreto. Esse processo está imbricado na própria evolução da espécie: ao longo de nossa história, fomos gradativamente refinando essa capacidade de calcular esse “ponto-ótimo” imaginário ou hipotético, por uma necessidade de sobrevivência.

Nosso código genético está permeado por esse aprimoramento da atividade cognitiva, verdadeiro legado de nossos ancestrais, que souberam responder de forma *eficiente* aos problemas que a vida na Terra lhes impôs. Essas respostas podem não ter sido perfeitas, mas foram boas o suficiente para permitir que eles deixassem descendência – a qual, equipada com

---

de uma teoria por ele elaborada (no caso da pesquisa científica). Com mais detalhes, confira-se, novamente, o próprio MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, mais uma vez p. 15–17, e também p. 41–44.

o material genético de seus antepassados, deu continuidade a essa cadeia de aperfeiçoamento cognitivo.<sup>256</sup>

Hugo de Brito Machado Segundo pontua que é bem possível que, ao longo da história, tenham existido seres humanos mais “reflexivos” – os quais, em determinado momento, entenderam não ter chegado ao ponto-ótimo razoável para a tomada da decisão. O autor prossegue afirmando que, por mais louvável que tenha sido seu esforço, sua incapacidade de agir em momentos críticos fez com que perecessem diante dos predadores – de modo que a seleção natural teria feito com que, gradativamente, apenas sobrevivessem aqueles que conseguiam utilizar de forma eficiente seu aparelho cognitivo.<sup>257</sup>

Aqui temos de discordar, ainda que parcialmente. Embora o argumento de Machado Segundo possa soar convincente, ele também pode ser usado para legitimar a *eugenia*. Assim, mesmo que essa não pareça ter sido a intenção do autor, é preciso que façamos um esclarecimento – para, pelo menos, dar ao leitor a *nossa* visão do problema.

Quando se trata do confronto *individual* do ser humano com outras espécies, ou mesmo contra as intempéries da natureza, é possível (e mesmo aqui, só até certo ponto) afirmar que os *sapiens* que sobreviveram foram aqueles que, diante de cenários de pressão, tomaram decisões eficientes – eficientes não no sentido de decisões “boas” ou “más” *em si*, mas por terem permitido ao indivíduo escapar do perigo, continuar sua vida e, posteriormente, deixar descendência.

No entanto, se encararmos (como o próprio Hugo de Brito Machado Segundo afirma reiteradamente) o aprimoramento cognitivo da nossa espécie como algo intimamente relacionado ao desenvolvimento de laços sociais cada vez mais fortes, o argumento que relaciona *diretamente* a sobrevivência à existência de indivíduos que decidiram de forma mais eficiente não parece inteiramente correto.

Afinal, em grupos humanos (mesmo nos mais primitivos), a sobrevivência, muitas vezes, não está relacionada ao fato de o indivíduo ter um aparato cognitivo mais eficiente – mas ao fato de ser “filho”, “protegido” ou “amigo” de alguém em posição de poder; ao monopólio da força em uma certa coletividade; à capacidade para a dissimulação, intriga e manipulação políticas; ou mesmo à capacidade de, em uma situação de perigo, sacrificar outros membros do grupo, em prol da sua própria sobrevivência (ou daqueles que compõem seu núcleo social mais próximo). Em outros casos, ainda, sobreviver pode ser apenas uma questão de pura sorte de um indivíduo ou grupo, não tendo nada a ver com sua capacidade de decisão.

---

256 Ibidem, p. 13–15.

257 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 50.

A rigor, ao longo da história, as chances de sobrevivência daqueles que estavam incluídos em qualquer uma dessas quatro “posições de poder” supramencionadas eram, em regra, maiores do que a do indivíduo que tivesse, apenas, a melhor capacidade de decisão.<sup>258</sup> Naturalmente, o acúmulo (interseção) da capacidade de decisão com a posição de poder poderia (ao menos aparentemente) juntar “o melhor dos dois mundos”, garantindo chances ainda maiores de sobrevivência – na medida em que o indivíduo “cognitivamente eficiente” teria, pelo menos, tido *acesso* a um número maior de oportunidades (em relação a outros “bons decididores”, que não ocupassem uma posição análoga de poder em uma dada sociedade). Tal indivíduo poderia, ao menos, tentar exercitar melhor seu potencial – entretanto, o que ele faria com esta soma de “poder” e “capacidade de ação” já é um outro problema, do qual não nos cabe tratar neste estudo.

Assim, se o sentido de “eficiência” na decisão for, apenas, sobreviver e deixar descendentes, pode-se, então, afirmar que todas essas ações elencadas acima foram eficientes – já que garantiram, mesmo que às custas do sofrimento alheio, a manutenção da espécie.

No entanto, por mais que todas elas (manipulação, intriga, uso da força, beneficiar-se da hereditariedade) tenham participado do desenvolvimento da nossa espécie, e façam, até hoje, parte da vida humana (são, portanto, comportamentos que vêm sendo repetidos há milhares de anos), entendemos que isso não pode ser utilizado como argumento para sustentar algo como uma “superioridade intrínseca” desse modo de agir.

Como o próprio Hugo de Brito Machado salienta, “não é porque as coisas são de determinada forma que devemos defender, necessariamente, que elas devem ser dessa forma, e não de outra”.<sup>259</sup> Ao que acrescentamos: não é porque as coisas *foram* de determinada forma, que precisam, necessariamente, *continuar a ser* assim.

É preciso, portanto, cuidado com a afirmação de que indivíduos “mais reflexivos” e com menos capacidade de agir não deixaram descendência. Mormente no confronto com outros

---

258 Não estamos, com isto, querendo defender que o homem seja apenas um ser egoísta. Em verdade, diversos estudos parecem indicar tanto a existência de sentimentos morais altruístas – e não só em seres humanos, mas também em outros animais, como em diversas espécies de primatas mais desenvolvidos. Além disso, para além da capacidade da nossa espécie para a auto-agressão e a maximização do prazer individual, pesquisas têm indicado que grande parte do sucesso do *homo sapiens* se deve à nossa capacidade de formar *redes cooperativas funcionais e progressivamente mais complexas* – por meio das quais a “maximização do prazer individual” passa a ser encarada não apenas em uma ótica egocêntrica, mas na perspectiva da maior capacidade de ação de uma rede de entes cooperantes (quando comparada com as capacidades de indivíduos isolados), baseada na confiança mútua entre *sapiens* que mantêm reiteradas interações. Para alguns desses estudos (todos, aliás, citados por Hugo de Brito Machado Segundo em diversas partes do seu “o direito e sua ciência”), confira-se AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Nova Iorque: Basic Books, 2006; LIEBERMAN, Matthew D. *Social – why our brains are wired to connect*. Oxford; Oxford University Press, 2013; e WAAL, Frans de. *Good natured – the origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

259 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 35.

humanos, essa afirmação pode levar a uma interpretação *a contrario sensu*, que tente legitimar argumentos de “sobrevivência dos mais fortes” (a famosa locução em inglês *survival of the fittest*) – argumentos utilizados, como é de conhecimento generalizado, pela propaganda nazista (entre outras ideologias que, ao longo da história humana, defenderam a existência de uma suposta “superioridade” de determinada etnia ou grupo social).

Feita essa observação, entendemos que o que Machado Segundo quer destacar é, na verdade, a impossibilidade de mantermos indefinidamente o curso cognitivo, *diante da necessidade de elaborar teorias para solucionar problemas*. Mormente em função dos diversos autores por ele citados em outras passagens do livro, não parece que o cearense queira legitimar qualquer proposta de supremacia étnica ou ideológica.

Nessa ordem de ideias, pode-se até concordar com a afirmação de que, ainda que nossos antepassados não tenham optado pelo melhor caminho à sua disposição, o fato é que eles elaboraram saídas que deram conta dos desafios que lhes foram apresentados – garantindo, assim, a continuidade da espécie.<sup>260</sup> Ao mesmo tempo, isso não nos autoriza a ignorar que muitas dessas escolhas foram tomadas ao custo da vida e da integridade física de partes consideráveis do grupo a que pertencia aquele que tomou a decisão.

Tudo isso parece demonstrar que decidir de forma eficiente é uma condição de sobrevivência (embora não permita, por si só, conferir qualquer legitimação ao processo decisório humano). Esta seria, portanto, uma razão biológica para tomarmos decisões da forma como tomamos – e não poderíamos fugir desta condição, por ela estar inscrita no nosso próprio DNA há várias gerações. Neste sentido, otimizar o gasto dos recursos cognitivos e temporais não seria apenas desejável, mas necessário.

Podemos até concordar com essa hipótese, desde que não ignoremos as advertências feitas acima: o “decidir de modo eficiente” não tem nenhuma relação necessária com qualquer coisa semelhante ao “bem-estar da coletividade”, de modo que as escolhas que garantiram a sobrevivência (ou o acúmulo de riqueza) dos nossos antepassados não podem ser legitimadas apenas pelo fato de eles terem obtido sucesso, diante de situações de perigo (ou de oportunidades de proveito pessoal).

Já em cenários em que as escolhas não envolvam (pelo menos não de forma tão visivelmente direta) a vida de outros seres humanos, torna-se menos problemático aceitar a tese

---

260 Razão pela qual, milhares de anos depois, estaríamos aqui para contar essa história e dar prosseguimento a esse “ciclo de desenvolvimento” ou de “otimização” do processo decisório humano (se é que isto realmente existe).

que valoriza os que tomaram decisões mais eficientes. Ela parece aplicar-se, sem tantos problemas, a toda a ideia de produção de conhecimento, ou seja, a todo o “fazer ciência”.<sup>261</sup>

É que, por mais que estejamos sempre buscando progredir na compreensão da realidade para superar problemas, sempre existirão momentos em que determinada hipótese, ainda que não pareça suficientemente testada (afinal, nunca haverá um processo de teste que garanta em absoluto a correção de qualquer teoria), deverá ser aceita como razoável, *devido a ter atingido um grau de precisão que consegue atender aos problemas da época*.

Em tal momento, o gasto de tempo e energia para refutar ou aprimorar a teoria passará a não valer a pena, e nos conformaremos com ela em virtude de sua *utilidade*.<sup>262</sup> Somente quando a hipótese se tornar incapaz de lidar com novos problemas, antes inexistentes, é que passaremos a questionar a viabilidade de sua manutenção – até o ponto em que sua utilidade limitada passe a exigir uma nova formulação, que a substituirá (passando, então, a vigorar como o novo modelo aceito).<sup>263</sup>

Isso posto, podemos dizer que a forma como produzimos explicações para os fenômenos problemáticos da vida<sup>264</sup> é condicionada, ao fim e ao cabo, por fatores biológicos. Ademais, as afirmações feitas nos parágrafos anteriores permitem detectar uma intensa conexão entre biologia, psicologia e epistemologia. Em síntese, podemos afirmar que *a produção de conhecimento (estudada pela epistemologia) ocorre nas (e entre) mentes humanas (psicologia), de acordo com limitações biológicas (impostas tanto pela nossa fisiologia quanto por pressões externas)*.

O mesmo se dá com o processo judicial. Evidentemente, nossos magistrados, enquanto seres humanos, estão sujeitos a essas limitações. Sua atividade intelectual busca atingir um ponto-ótimo imaginário, de acordo com o que aparenta ser razoável, ao se colocar na balança o tempo gasto para o debate (e, de modo mais geral, para o atendimento às garantias processuais como um todo) e a necessária efetividade da decisão.

261 Por mais que a atividade científica também apresente riscos, tanto para a saúde daqueles que estão diretamente envolvidos com ela, quanto para a da coletividade.

262 Acentuando a importância que a ciência moderna confere à *utilidade* das descobertas científicas (em detrimento da *verdade*), HARARI, Yuval Noah. *Sapiens...*, *op. cit.*, p. 259. Apesar dessa opinião de Harari, não achamos que a ciência moderna tenha se desvinculado do conceito de “verdade”. A rigor, este parece ter sido resgatado, e até mesmo fortalecido por ela – principalmente a partir da consagração do método cartesiano, e da difusão das ideias de Newton. Veremos isto, com mais detalhes, no capítulo seguinte.

263 Em termos gerais, este ciclo parece, ao menos em parte, coincidir com as noções de *paradigma* e *revolução* desenvolvidas por Thomas Kuhn no âmbito da epistemologia (que serão retomadas mais adiante) – ainda que nosso foco, neste momento, seja apenas a explicação biológica para um ciclo mais ou menos estruturado nestes moldes. A respeito, KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, *passim*.

264 Por problemáticos, queremos dizer: “fenômenos que se apresentam diante de nós como problemas que demandam uma solução”.

Vê-se, então, que não é só a realidade da pesquisa científica que é moldada por essas contingências: elas se aplicam (talvez de forma ainda mais perceptível) ao debate e à investigação probatória realizados no âmbito de um processo judicial, dada a acentuação da pressão temporal que antecede a entrega da prestação jurisdicional. Afinal, o que é “tempo razoável” para a pesquisa científica pode ser “tempo perdido” para a proteção de um direito material.<sup>265</sup>

*Assim, o raciocínio dos magistrados também será sempre parcial, incompleto, e aproximativo – quer pelos limites do organismo humano, quer pelas pressões ambientais que irão compor parte da causa de pedir do processo (informando ao magistrado qual evento motivou o demandante a acionar o Judiciário).*

A depender da natureza dessas pressões (isto é, a depender do grau de urgência da parte em obter uma solução favorável), incidirão, ainda, diferentes normas jurídicas, as quais o julgador deverá respeitar (ou, pelo menos, tentar dar o maior grau de efetivação *possível*, dentro das particularidades do caso concreto), mediante a prolação de uma decisão que proteja (caso o autor realmente *pareça* ter razão) o direito material violado (ou ameaçado).

Essa “camada extra” de contingências para o processo cognitivo dos nossos julgadores, impostas pelas normas positivadas constantes do nosso ordenamento jurídico, constitui a principal diferença para com a atividade cognitiva dos cientistas. No entanto, se abstrairmos essa (relevantíssima) diferença para com outros processos de tomada de decisão, cremos que tudo o que dissemos anteriormente (no tocante às vicissitudes do processo decisório humano) pode ser aplicado, sem maiores problemas, à cognição *judicial*.

Aportar essas contribuições da biologia e da psicologia serve, portanto, para que possamos iniciar nosso estudo da atividade cognitiva dos magistrados brasileiros dentro de parâmetros mais realistas. Entendemos que é totalmente inútil ignorar essas limitações inatas do ser humano, propagando uma crença infundada na infalibilidade dos julgadores, ou em uma suposta “capacidade de autocontrole” diante dessas contingências cognitivas inevitáveis.

Por essas razões, temos que *qualquer estudo sobre o processo de formação do convencimento dos juízes deve partir do reconhecimento das suas possibilidades intelectivas como seres humanos, e enquanto seres humanos pressionados por uma miríade de fatores que*

---

<sup>265</sup>Voltaremos ao assunto em um item específico mais adiante, mas esta será uma premissa repetida ao longo de todo este trabalho: as contingências temporais de uma pesquisa científica são totalmente diversas das de um processo judicial, principalmente pela disparidade de objetivos perseguidos por este e por aquela.

não estão presentes na rotina de outros tomadores de decisão.<sup>266</sup> Por tais razões, adotamos essas considerações como uma premissa inicial, um “ponto de partida” deste trabalho.

### 3.2.2 *Raciocínio simplificador, heurísticas e a inevitável influência dos vieses cognitivos no exercício da cognição*

#### 3.2.2.1 Noções gerais sobre heurísticas e vieses

Reconhecer as limitações cognitivas inerentes aos julgadores não é, contudo, algo que nos autoriza a ignorar as consequências que possam advir do uso de processos mentais simplificadores. Como dito no item anterior, nosso cérebro costuma trabalhar com aproximação de resultados e simplificação de problemas complexos. Em decorrência do nosso processo evolutivo, e da atribuição de graus diversos de importância a atividades distintas, nossa mente se acostumou a utilizar-se de *heurísticas*, para lidar com a maior parte dos afazeres cotidianos.

As heurísticas são atalhos lógicos utilizados na nossa atividade intelectual, uma técnica de redução de questões complexas a problemas mais fáceis de resolver.<sup>267</sup> São automatismos mentais, programados para responder de forma rápida e relativamente precisa a algumas situações rotineiras.<sup>268</sup>

No geral, elas funcionam muito bem, e nos ajudam a não desperdiçar muitos recursos naquelas atividades que não demandam muita reflexão. O tempo e o esforço gastos para tomar um sem-número de decisões não precisam ser tão grandes para que possamos dar uma resolução satisfatória ao problema, de modo que nos contentamos em nos valer da intuição, ou do conhecimento acumulado com experiências pretéritas. Isto é útil em vários cenários: vale para fazer compras em supermercados, escolher uma rota para ir de casa ao trabalho ou à faculdade, selecionar um prato dentre as opções de um cardápio, etc. Diante da inutilidade de desperdiçar tempo e energia preciosos em atividades mundanas, as heurísticas nos auxiliam a alocar estes

---

266 Reitere-se que trataremos dos limitadores *jurídicos* do processo cognitivo dos nossos magistrados no capítulo 4.

267 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2013, p. 98.

268 Ibidem, p. 97–101. No mesmo sentido, FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 223–244; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018; TOMKOWSKI, Fábio Goulart. *Direito Tributário e Heurísticas*. São Paulo: Almedina, 2017; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; e WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*. Ithaca (Nova Iorque): Cornell Law Faculty Publications, vol. 93, número 1, novembro de 2007, p. 1–43; e ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, ano de 2011, número 2, abril de 2011, p. 1–39.

recursos para onde eles parecem ser mais necessários – direcionando, assim, nossos esforços para o enfrentamento de questões mais sofisticadas.

O problema surge quando essa tendência humana de encurtar o curso cognitivo “invade” a tomada de decisões justamente nessas situações complexas, como, por exemplo, na seleção das políticas públicas a serem implementadas com um orçamento finito, ou – em perspectiva mais próxima à nossa realidade – na análise probatória em processos judiciais.

A tendência da mente humana à preguiça, e ao oferecimento de respostas rápidas e de baixo custo cognitivo,<sup>269</sup> termina contaminando até mesmo aquelas atividades que demandariam maior reflexão – em virtude do maior número de variáveis envolvidas no processo decisório, da maior quantidade de informação a ser gerida, e da maior gravidade das consequências de uma escolha sub-ótima para enfrentar o problema.

É aí que as heurísticas fazem surgir os vieses cognitivos (em inglês chamados de *cognitive biases*, ou simplesmente *biases*), erros sistemáticos na tomada de decisão, decorrentes da influência indevida (e muitas vezes inconsciente) de processos mentais automáticos – que buscam encurtar a análise de questões difíceis por meio da sua substituição por perguntas mais fáceis (as quais dispensam a cansativa atividade de aprofundar a reflexão antes de tomar uma posição).

O estudo dos vieses cognitivos deve sua difusão principalmente às pesquisas realizadas em parceria por Amos Tversky e Daniel Kahneman, psicólogos israelenses estudiosos do comportamento humano, que dedicaram décadas de suas vidas a realizar experimentos para melhor compreender o processo decisório da nossa espécie.

O resultado das pesquisas rendeu à Kahneman o prêmio Nobel de Economia em 2002 (que Tversky também teria recebido, se não tivesse falecido prematuramente em 1996). Suas descobertas ajudaram a derrubar a teoria da escolha racional, que até então ainda gozava de prestígio entre os economistas, e que pregava que consumidores, investidores e gestores (públicos e privados) pautariam sua atuação apenas por fatores racionais.<sup>270</sup>

Já seria digno de nota o fato de pesquisas desenvolvidas no âmbito da psicologia terem logrado repercussão na economia, atingindo dogmas desta ciência. No entanto, os achados da dupla Kahneman e Tversky (além de vários dos seus contemporâneos) foram além, ressoando de forma estrondosa em várias atividades que têm de lidar com a tomada de decisões – como a

---

269 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, passim.

270 Narrando o momento em que se deparou com as teorias que classificavam os agentes econômicos como perfeitamente racionais, e a trajetória percorrida a partir daí com Amos Tversky para refutar noções tradicionais de teoria do risco (*risk theory*), KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 269–272.

administração de empresas, a gestão de orçamentos públicos e privados, a seleção de um dentre vários caminhos disponíveis para conduzir uma pesquisa científica, ou a análise fático-jurídica realizada por magistrados. Enfim, onde haja a necessidade de processar informações para escolher um plano de ação, aí será de utilidade a compreensão dos vieses cognitivos.

Kahneman trabalha o assunto dividindo nossa atividade cerebral em dois sistemas, que ele chama de “personagens” das suas pesquisas. Estes personagens seriam o Sistema 1 (o “rápido” do título do livro) e o Sistema 2 (o “devagar”). Ele se utiliza desta figura de linguagem para facilitar a sua explanação da ideia de que a mente humana teria dois padrões de comportamento distintos (mas que comunicar-se-iam constantemente), cada qual com características próprias, que permitiriam que os identificássemos como dotados de “personalidades” diversas. É declaradamente uma figura de linguagem, um artifício retórico e literário para tornar a compreensão da teoria mais palatável.<sup>271</sup>

Dada a sua utilidade prática, iremos mantê-la, ainda que nós (assim como o próprio Kahneman) não enxerguemos o funcionamento da atividade cerebral de maneira tão compartimentada e estanque. A divisão em Sistema 1 e Sistema 2, repita-se, é um recurso *simplificador*, para facilitar a *apreensão* da teoria.

Seguindo a metáfora, o Sistema 1 seria responsável pela percepção, estaria sempre ativo e vigilante, e teria como suas características rapidez, associação de situações atuais com experiências pretéritas (qual o caminho para casa? Qual tese jurídica já utilizamos para casos semelhantes?) e habilidade em lidar com computações simples ( $2+2$ ,  $20 \times 5$ , cálculo de 10% de honorários...).

Seria como uma espécie de “piloto-automático”, que estaria sempre ativado em nossa mente,<sup>272</sup> e que forneceria prontamente respostas simples e diretas para uma gama bem variada de problemas cotidianos – utilizando-se, para tanto, da memória armazenada ao longo das nossas vidas.

Por sua vez, o Sistema 2 seria responsável pela deliberação, trabalhando de maneira mais lenta para conseguir propor soluções para problemas complexos. Teria uma capacidade mais refinada de cálculo e reflexão, e poderia administrar um número maior de variáveis, admitindo a existência de ambiguidades, e reconhecendo os *trade-offs* envolvidos na seleção de uma determinada opção dentre várias disponíveis.<sup>273</sup>

---

271 Ibidem, p. 28–30.

272 Ibidem, p. 25.

273 Ibidem, passim.

No entanto, seria um sistema *tendencialmente* mais difícil de pôr em funcionamento, em razão do maior custo energético das operações por ele realizadas.<sup>274</sup> Lidar com problemas difíceis drena recursos do organismo, algo que nosso corpo “aprendeu” ao longo do processo evolutivo. Para nossa própria preservação, passamos, então, a nutrir uma certa “preguiça” diante de eventuais necessidades de ativação do Sistema 2 (mesmo quando a atuação deste seja de extrema importância, para evitar precipitações e equívocos).

Como já adiantamos acima, esses dois sistemas não trabalham isoladamente, mas estão em permanente comunicação. Na maior parte do tempo, o Sistema 1 é quem entra em ação para propor soluções a problemas imediatos, enquanto o Sistema 2 se limita a endossar suas sugestões.<sup>275</sup> Uma sucessão de decisões “acatadas” desta forma pode se consolidar em uma *crença*, em virtude da consolidação da impressão após experiências repetidas. Nestas ocasiões, aquilo que antes era visto como uma reação a um evento singular passa a ser mais difícil de reverter, *mesmo diante de situações que possam ser diferentes*.

O Sistema 1, portanto, não apenas possui a tendência de “saltar à frente” para oferecer respostas imediatas. Ele também pode interferir na nossa capacidade de distinção entre uma situação atual e outra similar, que já tenha ocorrido – atividade que, preferencialmente, deveria ser desempenhada pelo Sistema 2.

Quando o problema se revela muito complicado, e não conseguimos encontrar uma candidata a resposta na “prateleira” de opções prontas, pode ocorrer de a mente recorrer a essas crenças e pré-conceitos, herdados da experiência e do funcionamento do Sistema 1. Aí temos uma atuação imediata dos *vieses*, que simplesmente “cortam” o curso cognitivo, em benefício das soluções oriundas da experiência.

---

274 Sobre o alto consumo de oxigênio pelo cérebro quando submetido a problemas complexos – e de como isto pode interferir na escolha da melhor decisão possível, *ibidem*, p. 41–44. Vale ressaltar que, *mesmo em situações de repouso*, nosso cérebro, *sozinho*, é responsável por cerca de 20% (vinte por cento) do nosso gasto energético total. Considerando que, em média, ele equivale a apenas 2% (*dois* por cento) da nossa massa corporal, há de se reconhecer que se trata de um gasto energético altíssimo – independentemente do esforço cognitivo a que estejamos submetidos. Para uma consulta direta a estudos do metabolismo cerebral que fornecem esses dados, confira-se GRUETTER, Rolf; MCKENNA, Mary C.; SCHOUSBOE, Arne; SONNEWALD, Ursula; e WAAGEPETERSEN, Helle S. em ALBERS, R. Wayne; BRADY, Scott T.; PRICE, Donald L.; e SIEGEL, George J. (eds.). *Basic Neurochemistry* – molecular, cellular and medical aspects. 7ª ed. San Diego: Academic Press, 2006, p. 532. Confira-se, a propósito, a íntegra deste trecho: “The human brain is an ‘expensive’ organ in terms of energy usage since it accounts for only  $\approx 2\%$  of the body weight, yet the energy required to maintain brain function amounts to  $\approx 20\%$  of an individual’s resting metabolic rate [1 and references therein]. In tissues such as heart and skeletal muscle, energy use increases greatly during mechanical work. *Metabolic activity in brain varies much less than in tissues that do mechanical work. This is explained by the fact that the resting state typically requires considerable energy for maintaining membrane potentials.* As a comparison, the ATP consumption per gram per minute used for signaling in the brain is equal to the energy used by a human leg muscle running a marathon or the osmotic work in the kidney [1 and references therein, 2]” (grifos nossos).

275 “When all goes smoothly, which is most of the time, System 2 adopts the suggestions of System 1 with little or no modification”. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 24.

Mas pode ser que reconheçamos a necessidade de deliberar com mais vagar sobre o problema, e consigamos vencer impressões iniciais, “ativando” o Sistema 2. Quando isto ocorre, a reflexão pode levar tanto à superação da crença previamente consolidada (substituindo os pré-conceitos do Sistema 1 após análise de mais informações), como terminar por confirmá-la (quando mesmo a descoberta de fatos novos e a admissão de perspectivas alternativas não consegue convencer a mente de que é preciso mudar de posição).<sup>276</sup>

É possível, portanto, que, apesar da interferência constante do Sistema 1, consigamos substituir crenças e modificar hábitos, colocando em funcionamento o vagaroso Sistema 2, mais “equipado” para o equacionamento de problemas complexos. Com efeito, a adição de novos conhecimentos pode não apenas entrar em choque com nossa concepção inicial, gerando uma reação adversa: conhecer novas nuances da questão pode, em alguns casos, mudar nosso ponto de vista, substituindo a opinião fundada em pouca informação por outra, calcada em um processo deliberativo mais rico.

Ainda assim, fato é que, independentemente do resultado, cada um desses processos terá sido inevitavelmente influenciado pela vivência do indivíduo. Isto é, mesmo quando tentamos trabalhar de forma mais deliberativa e (ao menos aparentemente) aberta, jamais nos libertamos totalmente daquelas “respostas prontas” do Sistema 1. É um “piloto-automático” que nunca “desliga”.

É preciso reconhecer que todos estamos sujeitos aos vieses cognitivos. Eles gerarão uma reação (de confirmação ou negação) à atividade reflexiva, podendo nos seduzir pela oferta da opção mais confortável de manter a opinião já estabelecida. Isto pode ocorrer logo no início do processo, como mencionado acima (corte cognitivo prematuro, com negação de outras possibilidades em favor da crença pré-estabelecida), ou mesmo após uma saturação da análise – momento em que, após deliberar por um longo período de tempo,<sup>277</sup> desistimos de continuar pensando a respeito, e nos resignamos a tomar o caminho mais fácil de abraçar o que os vieses já vinham nos sugerindo desde o primeiro momento.

Em resumo: temos em nossa mente uma máquina projetada para “saltar direto a conclusões”, que fica insistentemente opinando sobre tudo que chega aos sentidos. O Sistema 1 tem imensa utilidade, mas compartilha da infeliz tendência de alguns tagarelas

---

276 Note-se que, neste caso, houve deliberação, ponderação de razões e análise de possibilidades alternativas. Aqui, a confirmação da crença é menos influenciada pelos pré-conceitos do que pelos novos argumentos, *construídos através da atividade reflexiva*. A questão foi repensada, posta em perspectiva, mas isto não foi suficiente para nos fazer mudar de posição (ou nos convenceu de maneira ainda mais forte do acerto aparente da nossa forma de enxergar o problema).

277 Sobre a maior propensão a aceitar propostas do Sistema 1 quando estamos mentalmente cansados, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 41–43, e p. 81.

inconvenientes, que ficam falando e emitindo juízos de valor compulsivamente, *mesmo quando ainda não se sabe muito a respeito*.<sup>278</sup>

O Sistema 2, por sua vez, é uma espécie de controlador meio relapso,<sup>279</sup> que até é capaz de ignorar as respostas apressadas do seu subordinado – valendo-se de seu conhecimento para tomar decisões mais bem-informadas e tendencialmente mais seguras –, mas que, em virtude de sua grande dificuldade em “quebrar” a inércia, prefere manter-se em *standby* na maioria das vezes, acreditando que nada vai dar errado.

A preguiça do Sistema 2 pode ser prejudicial em situações complexas porque o Sistema 1 costuma enxergar o mundo de maneira muito mais coerente do que ele realmente é, exagerando na construção de padrões e de “pontes” (conexões) entre eventos dificilmente relacionados. Além disto, o Sistema 1 é incapaz de pensar estatisticamente, e costuma reputar eventos como verdadeiros ou falsos comparando-os a eventos semelhantes armazenados na memória. Logo, deixá-lo à cargo de situações nas quais não opera bem é abrir a porta para a simplificação (heurísticas) e o enviesamento (risco inerente do uso indiscriminado de heurísticas).

Mas como isso ocorre *na prática*? Já sabemos, em linhas gerais, como e porque os vieses cognitivos atuam – e que, às vezes, podemos até mesmo resistir à sua influência, e tomar decisões mais seguras (baseadas em reflexões detidas, que utilizem quantidades maiores de informação). Mas, e quanto a exemplos concretos da sua manifestação? Pois bem. Chegou a hora de apresentarmos o leitor a alguns dos componentes dessa longa família de “desvios” no curso da reflexão – e apontar, *especialmente*, as implicações da sua interferência para o bom desenvolvimento da atividade cognitiva de magistrados em processos judiciais.

### 3.2.2.2 Vieses em espécie

A tendência a manter opiniões consolidadas, ignorando formas alternativas de encarar a questão, ou simplesmente negando veementemente a possibilidade de estarmos errados, pode ser explicada pelo *viés de confirmação* (*confirmation bias*). Afinal, duvidar é atributo do Sistema 2, sendo uma operação estranha ao *modus operandi* do Sistema 1 – projetado, como vimos anteriormente, para acreditar e enxergar padrões.<sup>280</sup>

---

278 Razão pela qual talvez fosse mais apropriado silenciar e pensar mais, antes de se apressar para dizer qualquer coisa sobre a questão.

279 “*The lazy controller*” é, justamente, o título do terceiro capítulo do multicitado livro de Kahneman.

280 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 114.

Logo, quando consolidamos pré-conceitos em nossas mentes, nos acostumamos a lidar com certos problemas de maneira dogmática, tomando como verdade absoluta determinado ponto de vista.

Construída, então, essa nossa “verdade particular”, passamos a analisar as coisas por sua ótica, enxergando as informações numa perspectiva de “amigo” ou “inimigo”, “a favor” ou “contrário ao dogma”.<sup>281</sup> Nossas crenças começam, então, a funcionar como um “filtro” totalmente parcial na análise de dados – valorando positivamente aqueles que endossam nossa posição, e desconsiderando (omitindo, negando a existência, ou rotulando de *fake news*) visões antagônicas. A mentalidade amigo/inimigo gera uma aversão ao outro, produzindo uma miopia que bloqueia nossa capacidade de repensar opiniões.

Essa fixação ocorre de muitas maneiras, podendo resultar de uma ou de várias experiências pessoais, ou de relatos e narrativas repassados por pessoas e instituições com as quais mantemos contato. Além disso, a tendência automática à confirmação pode estar sustentada em diferentes graus (quantitativos e qualitativos) de informação: o viés não atua, portanto, apenas naqueles casos de ignorância completa, ou de pouco domínio da matéria sobre a qual incide.

Estudos de psicologia vêm mostrando que a “primeira impressão” realmente é a que “fica”.<sup>282</sup> De uma única interação, podemos construir toda uma gama de pressuposições sobre uma pessoa, um grupo, uma ideia ou um objeto. O viés de confirmação passa, então, a trabalhar para manter essas crenças iniciais, buscando, nas interações futuras, apenas aqueles “sinais” que confirmem a impressão.

Este é um viés que interfere de forma extremamente intensa nas mais variadas situações, bloqueando nosso juízo crítico (Sistema 2) e impedindo que modifiquemos as nossas concepções – mesmo diante de argumentos suficientemente embasados, e que mereceriam, ao menos, algum tempo para leitura e reflexão (ainda que os descartássemos depois).

No cenário político dos últimos anos, o viés de confirmação pode ser visto em quase todas as discussões que vêm sendo travadas: das conversas de bar aos grupos de WhatsApp, renunciamos ao nosso senso crítico para nos tornar máquinas de reprodução de discursos favoráveis às nossas convicções, nos limitando a ler apenas aquilo que nos agrada e (o que é

---

281 Isso pode ser útil em situações de vida ou morte, definindo quem sobrevive a eventos que demandam uma identificação rápida da existência de um perigo atual ou iminente (o sucesso deste expediente mental ao longo do tempo é provavelmente a razão pela qual este viés se consolidou ao longo da evolução humana), mas não funciona tão bem diante da complexidade da vida em sociedade no século XXI. A respeito, mais uma vez KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 90–92.

282 Ibidem, *passim*.

ainda mais preocupante) a interagir apenas com aqueles que concordam conosco. Aquilo que contraria nossas impressões e crenças é logo desvalorizado: é “intriga da oposição”, “argumento fabricado”, “notícia falsa”.

Já deveria acender uma luz de alerta o fato de nossos votos estarem se baseando muito mais em confirmação de pré-conceitos do que em projetos de governo. Pior ainda é saber que os políticos sabem disso, e já estão usando desse conhecimento para nos influenciar.<sup>283</sup> Mas esse é um fenômeno muito mais abrangente, que se estende das (aparentemente) inocentes conversas de bar entre amigos nos fins de semana aos gabinetes e salas de audiência dos juízes brasileiros, *em todas as instâncias do nosso Judiciário*.

Humanos que são, eles estão sob o constante risco da atuação do viés de confirmação – o que é perigoso, uma vez que autor e réu ocupam posições antagônicas no processo, e devem poder esperar do julgador que, *antes de proferir sua decisão*, tenha a capacidade de levar em conta os argumentos componentes de *ambas* as teses.

O viés de confirmação aparece no dia a dia das cortes, por exemplo, quando o juiz, que concede liminar em favor do autor no início do processo, limita-se a confirmá-la na sentença, valendo-se dos mesmos argumentos anteriormente utilizados para embasar a interlocutória – evitando, assim, um diálogo mais aprofundado com alegações e provas supervenientes àquela primeira decisão.<sup>284</sup>

Tendo firmado uma primeira impressão de que o demandante parece ter razão (seja pela experiência com casos semelhantes ou por “intuição”), o juiz atinge prematuramente um estado de convicção que considera inabalável, insuscetível de alteração por quaisquer provas e argumentos que, eventualmente, venham a ser carreados aos autos. O magistrado simplesmente encerra o curso cognitivo no momento da análise dos requisitos para a concessão da tutela provisória e, a partir daí, passa a ignorar a possibilidade de surgirem elementos aptos a comprovar o desacerto da sua posição inicial.

---

283 Como descoberto no escândalo envolvendo a empresa de análise de dados Cambridge Analytica: em 2018, a mídia noticiou a coleta de dados de 50 milhões de perfis de usuários do Facebook, utilizados pela Cambridge Analytica para direcionar notícias e propagandas políticas personalizadas a cada um deles, com o objetivo de favorecer os interesses eleitorais de seus contratantes (entre eles, os apoiadores do Brexit e a campanha presidencial de Donald Trump). A respeito, <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html> e <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Último acesso em 30.7.2019. Pressionado, o próprio Facebook veio a público posteriormente, e admitiu que dados pessoais de até 87 milhões de perfis podem ter sido indevidamente expostos à Cambridge Analytica (mais de 70 milhões destes de cidadãos americanos), como consta de comunicado oficial em <https://newsroom.fb.com/news/2018/04/restricting-data-access/>. Último acesso também em 30.7.2019.

284 Citando vários cenários propícios ao surgimento do viés de confirmação, COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério...*, *op. cit.*, p. 156–161. No mesmo sentido, LUD, Natanael; NUNES, Dierle e PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais* – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 83–91.

Agindo dessa forma, o juiz termina furtando-se ao diálogo com os demais elementos do conjunto probatório (e, no mais, com todo e qualquer ato posterior das partes no processo), violando, assim, o devido processo legal – mais especificamente, seus corolários contraditório substancial (que, na nossa visão, hoje abarca a noção de ampla defesa) e fundamentação detalhada das decisões (§1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, explicitação do inciso IX do artigo 93 da Constituição).<sup>285</sup>

Para além da consolidação da convicção logo após a análise de pedido de tutela provisória, o viés de confirmação pode se manifestar em qualquer momento processual, sempre com as mesmas características: no conflito das teses jurídicas de autor e réu, surge um determinado argumento ou elemento probatório (o relato de uma testemunha, a construção de uma sequência argumentativa extremamente convincente, a juntada de um documento ou laudo pericial aparentemente decisivo), que causa um impacto fortíssimo na convicção do julgador, cegando-o para a existência de outros elementos capazes de refutá-lo. Assumido esse grau de certeza, o juiz passa o restante do processo confirmando suas impressões, e negando, peremptoriamente, a capacidade de qualquer argumento abalar sua crença – mesmo quando o restante do conjunto probatório pareça apontar para conclusão diversa.

Note-se que, quando o juiz se limita a aceitar a resposta automática, sugerida pelo seu Sistema 1, e entende já estar perfeitamente clara uma situação que ainda não foi exaustivamente discutida no processo, pode ocorrer de ele não só ignorar argumentos contrários (em atitude omissiva), como efetivamente *cercear o direito das partes a produzir mais provas*, por entender que não há mais necessidade de discussão (em postura ativa).

Aqui, a atitude enviesada não apenas causa uma “cegueira” à presença de outras formas de enxergar o problema: em virtude da peculiar posição do juiz enquanto condutor do processo (isto é, de seu poder de decidir acerca do que é relevante trazer para o debate), é possível que ele, simplesmente, “barre” a presença de argumentos contrários (bem como das provas destinadas a dar-lhes sustentação) nos autos – o que, evidentemente, é extremamente danoso para a produção de uma decisão final bem informada (e não apenas para os direitos individuais das partes, mas para o próprio controle da qualidade da prestação jurisdicional em geral).

Ou seja, a confiança excessiva do julgador na impressão que surge da apreciação dos dados iniciais pode violar o devido processo legal não apenas por tolher a atividade das partes,

---

285 Em perspectiva oposta (embora produzindo o mesmo resultado), pode ocorrer de o magistrado entender que a argumentação do autor não comprova o direito à tutela provisória (cautelar ou antecipatória), firmando, desde já, uma visão em relação ao mérito que será mantida ao longo do processo – independentemente da juntada posterior de provas que, ao menos em tese, deveriam levá-lo a rever sua posição.

mas também porque, provavelmente, resultará em prestação jurisdicional de baixa qualidade, que potencializará o conflito, ao invés de solucioná-lo.

Reduzir a quantidade de informações constantes do processo prejudica, então, *as duas partes*, pois a ausência de um debate qualificado poderá levar o vencido a buscar uma maneira de judicializar novamente parte da demanda, caso perceba que não houve discussão (e nem decisão) sobre determinadas questões – situação em que o vencedor do primeiro poderá converter-se em derrotado no segundo.<sup>286</sup> Perde-se, portanto, a possibilidade de exaurir de uma só vez a discussão, e de atingir uma solução mais satisfatória ao litígio na primeira oportunidade, o que tornaria desnecessário ajuizar novas demandas.<sup>287</sup>

Além disso, um debate processual “capenga” não apenas é danoso na perspectiva “micro” do conflito individual entre “Tício” e “Mévio”. Em perspectiva “macro”, a negação contumaz a um diálogo mais efetivo (entre os julgadores e os demais sujeitos processuais) termina levando à multiplicação de decisões calcadas em contraditório deficiente – “derrubando”, com isto, todo o sistema, ou seja, diminuindo a qualidade da prestação jurisdicional brasileira em escala nacional.

A atuação do viés de confirmação foi observada em profissionais encarregados de conduzir investigações criminais, no caso simulado da “psiquiatra assassinada” – um experimento conduzido com oficiais de polícia suecos, com idade e níveis de experiência variados (todos, entretanto, já tinham lidado com investigação de crimes violentos, como roubo e homicídio), para tentar aferir a sua suscetibilidade ao viés de confirmação.<sup>288</sup>

Mencionava-se, em um primeiro momento, que a principal suspeita era a esposa de um dos pacientes, que teria matado a psiquiatra supostamente por ciúmes. Munidos desta informação, os *experts* recebiam, então, um conjunto probatório com cerca de vinte elementos, para que decidissem acerca da culpabilidade da esposa suspeita de homicídio. Metade dos encarregados da tarefa recebeu uma informação adicional: a de que, no curso das investigações, surgira um novo suspeito, um paciente do sexo masculino, *que já havia assediado a psiquiatra anos atrás, e que também poderia ser o agente*.

O resultado do teste é surpreendente, e reforça nosso argumento de que vieses não atingem apenas leigos, mas também profissionais experientes – *no caso, indivíduos*

---

286 Além de que a propositura de um novo processo em virtude da solução incompleta do conflito no primeiro irá pôr novamente em funcionamento a máquina judiciária, onerando ainda mais os cofres públicos.

287 E ainda vale a pena atentar para o fato de que a impressão pode transcender os limites do caso no qual surgiu, retornando em processos futuros quando o magistrado recorrer à memória para perscrutar se já se deparou com casos semelhantes, e como os decidiu à época.

288 O exemplo é citado em COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério...*, op. cit., p. 158–159.

*acostumados a lidar com inquéritos criminais, que subsidiarão eventuais denúncias*: afinal, os participantes (aqueles que receberam essa informação do suspeito adicional e aqueles que não a receberam) valoraram os diversos elementos probatórios de maneira similar, e *todos* concluíram que a esposa ciumenta era a culpada.

Ninguém que tomou conhecimento da existência de outro possível assassino considerou o cenário alternativo – introduzido *após* a informação inicial – como suficiente para inocentar a suspeita. De fato, parece que, se as coisas dependerem apenas do Sistema 1, a primeira impressão realmente tende a ficar.<sup>289</sup>

Outro viés cognitivo que pode influenciar o processo decisório dos juízes é o de *representatividade* (*representativeness bias*), que surge diante da necessidade de verificar a probabilidade de um evento singular “x” pertencer a um dentre vários grupos de situações (“w”, “y”, “z”...) disponíveis. Estudos vêm revelando que, ao invés de nos guiarmos por estatísticas, costumamos tomar por base quão representativo aquele evento parece ser, em comparação a cada uma das opções possíveis (ou seja, em qual das categorias ele parece se enquadrar melhor).<sup>290</sup>

O Sistema 1 trabalha com construção e uso de estereótipos. Diante de sua incapacidade em captar as ambiguidades possivelmente contidas em uma pessoa, objeto ou acontecimento qualquer, simplifica o problema, apelando para caricaturas consolidadas na memória. Para fornecer a resposta ao problema mencionado no parágrafo anterior, recorre a pré-conceitos. O viés de representatividade ignora a complexidade, apoiando-se no “senso comum” – ou, em outras palavras, naquilo que (como vimos no capítulo 1) Michele Taruffo chama de “verossimilhança”, no sentido de “*id quod plerumque accidit*”.

---

289 O estudo também é mencionado em EERLAND Anita; KUIJPERS Ilse; e RASSIN, Eric. Let’s find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. Vol. 7, número 3, outubro de 2010, p. 231–246. Os autores ainda realizaram experimentos análogos, com graduandos em Direito, observando a mesma tendência de manter a primeira impressão. Mas o experimento da psiquiatra assassinada foi desenvolvido por ASK, Karl; e GRANHAG, Pär Anders. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. Vol. 2, número 1, janeiro de 2005, p. 43–63. A pesquisa identificou a propensão dos policiais ao viés de confirmação, levando os autores a mencionar a possibilidade de ocorrência de um *guilt bias* (um viés de culpa, uma tendência a considerar suspeitos como culpados) em oficiais de polícia. No entanto, os resultados foram inconclusivos em relação a outros comportamentos que os autores esperavam observar.

290 Neste sentido, um dos estudos pioneiros a mencionar o impacto do viés de representatividade foi, justamente, o de KAHNEMAN, Daniel; e TVERSKY, Amos. Judgement under uncertainty: heuristics and biases em KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 419–432. O estudo foi originalmente publicado no volume 185 da revista Science, em 1974.

Em determinadas situações, apoiar-se na observação do que ordinariamente acontece pode ser positivo. Estereótipos possuem, portanto, uma utilidade, na medida em que muitas vezes sintetizam os cenários de maneira fidedigna.

O problema é que eles também podem ter consequência negativa, servindo para reproduzir juízos discriminatórios historicamente consolidados na sociedade. Nestes casos, o pensamento estatístico é substituído por correlações simplistas, que tomam por base elementos como etnia, religiosidade, nacionalidade, sexualidade, gênero, condição financeira, descrições de personalidade, hábitos e *hobbies*.

Agindo dessa maneira, a construção de estereótipos – e seu compartilhamento na memória de um determinado grupo de pessoas – pode criar generalizações capazes de produzir erros graves na consideração de probabilidades.

Para demonstrar isso na prática, Kahneman desenvolveu e aplicou os problemas fictícios de Tom W e Linda. Em ambos os casos, eram fornecidos breves perfis psicológicos (de duvidosa confiabilidade), seguidos pelo questionamento quanto à probabilidade de um dentre alguns cenários predispostos refletirem a realidade de Linda ou Tom.

Tom W era descrito como alguém muito inteligente, e com um forte anseio por ordem e organização. Interessado em desenvolver sistemas meticulosamente consistentes e bem conectados, ele aparentava, no entanto, ter pouca criatividade. De redação mecânica e pouco interessante, costumava usar de clichês e piadas relacionados ao universo da ficção científica nos seus textos. Notava-se, ainda, uma forte preocupação em Tom com competência e sucesso profissional. Ele demonstrava, contudo, pouco interesse em interações sociais.

Perguntava-se, então, quais dentre os seguintes nove grupos de graduações seriam mais *prováveis* de ele cursar na faculdade: engenharia, ciências sociais, humanidades em geral, administração, ciência da computação, direito, medicina, biblioteconomia e ciências da natureza.

Se ainda não fez o teste, seria interessante que o leitor tentasse, antes de prosseguir. O resultado obtido por Kahneman foi que a probabilidade costumava ser definida com base em nossa capacidade de ligar traços do retrato da personalidade de Tom aos estereótipos que possuímos de cada área do conhecimento – e não acessando estatísticas para checar qual o número médio de alunos que tenta uma vaga em cada um dos cursos todos os anos.

As pessoas submetidas ao teste geralmente classificam como altamente provável que Tom W curse ciência da computação ou engenharia, e extremamente improvável que ele vá se matricular em ciências sociais. A descrição foi construída especificamente com o propósito de tentar ativar essas impressões do senso comum: Tom realmente parece representar o arquétipo

perfeito do *nerd* introvertido, inteligente, capaz de desenvolver projetos e sistemas bem elaborados, mas que tem dificuldade em interações sociais.

No entanto, essa caricatura nos faz ignorar que muito mais pessoas se matriculam em cursos de humanas e ciências sociais do que em engenharia ou ciência da computação, e que as personalidades das pessoas são mais complexas do que as caricaturas simplistas que formamos delas fazem parecer.<sup>291</sup>

O mais preocupante, no entanto, é que a pergunta não era acerca de qual dos cursos parecia se alinhar melhor à *personalidade* descrita de Tom. Os examinados foram questionados acerca da *probabilidade* de ele se matricular em cada um dos grupos de cursos de graduação apresentados. Mas a descrição ativou com sucesso o Sistema 1, que substituiu a pergunta por outra mais fácil, nos impedindo de analisar as coisas estatisticamente (Sistema 2).

O problema de Linda é semelhante. Afirmava-se que ela era uma mulher de 31 anos, solteira e inteligente, que tinha se dedicado a causas sociais e a movimentos de igualdade de gênero no passado. Eram, então, apresentados diversos cenários para a realidade atual de Linda, e perguntava-se qual a ordem de probabilidade destes.

Dois cenários apresentaram um resultado persistente: as pessoas sempre julgavam como mais provável que Linda fosse, hoje, uma funcionária de banco *e* ativista em causas feministas do que, apenas, funcionária do banco.

Mais uma vez o viés de representatividade entrou em ação, e as pessoas ignoraram a pergunta, que clamava por um juízo de *probabilidade*. Ora, estatisticamente, é muito mais provável que Linda seja apenas funcionária do banco do que funcionária *e* ativista, pois resultados conjuntivos são menos prováveis do que resultados disjuntivos. Isto é algo que podemos perceber ao refletir de forma mais demorada sobre a questão (Sistema 2). No entanto, a tendência a criar histórias coerentes sobre o mundo faz com que, ao lermos o perfil de Linda, entendamos que, pelo seu *background*, faz mais sentido que ela seja as duas coisas ao mesmo tempo.

A referência ao engajamento pretérito na causa pela igualdade de gênero causa um atropelo do Sistema 2 pelo 1, que faz com que desconsideremos as probabilidades em benefício de um quadro aparentemente mais *representativo* da descrição. No entanto, é muito mais provável que, hoje, Linda apenas trabalhe em um banco. Perceba-se que todas as feministas que trabalham em bancos estão inseridas no universo maior dos funcionários de instituições

---

291 Sobre a elaboração e os resultados do teste, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, op. cit., p. 146–154.

financeiras, de modo que sua posição restrita dentro do círculo mais amplo já denota que este é um resultado menos provável.<sup>292</sup>

No Direito, a representatividade traz o perigo de conduzir o magistrado a interpretações frontalmente conflitantes com o conjunto probatório do caso concreto. Ela pode fazer-se presente, por exemplo, no contato direto dos magistrados com as partes e testemunhas.

Ilustrativa é a generalização de hábitos de autores ou réus, que não pareciam ter razão, como *standards* para casos futuros, assumindo que qualquer parte que pratique as mesmas condutas também não merecerá ter sua tese acolhida. O mesmo vale para inquirir testemunhas. Sinais corporais e cacoetes argumentativos de alguém que realmente parecia estar mentindo ou ocultando a verdade (verdade aqui no sentido de *sinceridade*) não significam que toda e qualquer testemunha que apresente comportamento semelhante esteja deliberadamente distorcendo fatos.

Nos Juizados Especiais Federais isso é especialmente problemático. Diante da falta de elementos documentais robustos para aferir a qualidade de segurado especial de autores que pleiteiam aposentadoria por idade rural, a Turma Nacional de Uniformização<sup>293</sup> vem progressivamente alargando o rol de elementos documentais que podem servir não como prova, mas como mero *início* de prova material.<sup>294</sup>

A situação peculiar de baixa escolaridade – uma máxima da experiência em relação à situação dos trabalhadores rurais que exercem a agricultura em regime de economia familiar – fez com que a necessidade de provas documentais fosse sendo relativizada, em benefício dos resultados de uma mistura de inspeção judicial com depoimento da parte e provas testemunhais.<sup>295</sup>

Assim, diante da escassez de registros escritos que comprovem a condição de segurado especial, os Juizados Especiais Federais vêm se contentando com a corroboração do início de

---

292 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 156–160.

293 Responsável por pacificar e (como o próprio nome já indica) uniformizar a jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

294 Confira-se, com um relato didático (mas ao mesmo tempo suficientemente completo) dos processos de aposentadoria por idade de segurados especiais, CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 441–445, e p. 598–601. Os autores trazem um rol extensivo dos diversos tipos de documentos que a Turma Nacional de Uniformização já aceitou como suficientes para constituir início de prova material da atividade rural (como certidões do Instituto Nacional de Reforma Agrária, fichas de sindicatos rurais, e certidões da justiça eleitoral mencionando o exercício de labor rural), acompanhado de remissão aos processos específicos em que cada um desses documentos foi tido como apto a embasar um julgamento de procedência. Colacionam, ainda, enunciados do Superior Tribunal de Justiça, e da própria Turma Nacional de Uniformização, que tratam das aposentadorias por idade rurais.

295 *Ibidem*, p. 600.

prova material pelos achados da prova oral (ou de laudo social que faça as vezes desta, substituindo a figura do juiz pela do assistente social).<sup>296</sup>

Tal prática, peculiar a esse conjunto de casos, termina fazendo com que a análise dependa excessivamente do “enquadramento” da parte em um conjunto de características tidas como “representativas” de trabalhadores rurais: calos nas mãos, cor e aspecto da pele, linguajar peculiar, rotina laboral (isto é, comparação da rotina informada pelo autor com a rotina usual dos agricultores da localidade).

A maioria dessas informações são extraídas após contato direto (do juiz ou do assistente social) com a parte, e seu valor probatório pode ser superestimado – em casos extremos, a convicção a respeito do “encaixe” no estereótipo pode fazer com que o magistrado desconsidere totalmente o restante do conjunto probatório (que pode apontar em direção diversa em relação aos resultados da inspeção judicial).

Ou seja, a prova oral é colhida com o objetivo de verificar se o autor se encaixa no estereótipo de trabalhador rural cultivado no imaginário popular da circunscrição submetida à jurisdição do órgão jurisdicional. Após reiteradas audiências com postulantes a aposentadoria

---

296 Colacionamos – tanto para efeitos ilustrativos, como para comprovar a correção e a veracidade das nossas afirmações acerca da análise probatória realizada nesse tipo de processo – os seguintes julgados, que tratam da aferição da condição de segurado especial: Processo 0501695-11.2016.4.05.8401 (salário-maternidade rural); Processo 0502037-47.2015.4.05.8404 (alegação de incapacidade para o labor rural); Processo 0501619-50.2017.4.05.8401 (aposentadoria por idade rural); Processo 0502831-65.2015.4.05.8502 (aposentadoria por idade rural); Processo 0502351-25.2017.4.05.8403 (aposentadoria por idade rural); Processo 0510043-93.2017.4.05.8300 (pensão por morte de segurado especial). Todos são recursos inominados, interpostos perante Turmas Recursais da Justiça Federal da 5ª Região, e fornecem ao leitor uma boa visão “panorâmica” da atividade cognitiva dos julgadores em casos desse tipo. Além deles, vale a pena consultar a íntegra dos seguintes trechos de acórdão, proferido por ocasião de incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado nos autos do processo 05060099720114058102. Transcrevendo a sentença, a Turma Nacional de Uniformização consignou que “restou provado pelos depoimentos prestados em audiência e pela certidão de casamento colacionada (anexo 2, págs. 5/6) que a autora é divorciada desde 1996, sendo que tal fato não tem o condão de afastar o conjunto probatório constante dos autos, de modo a infirmar a qualidade de segurada especial da autora. (...) Cumpre observar, de igual modo, que o próprio servidor do INSS reconheceu, na conclusão da entrevista (anexo 3, pág. 23), que a parte autora tem características de trabalhador(a) rural, o que faz incidir o entendimento jurisprudencial que segue (...) Alie-se a isso o convincente depoimento pessoal da postulante, no qual demonstrou segurança e coerência em suas respostas bem como o completo domínio das rotinas agrícolas, o que confirma sua qualidade de rurícola. *Inevitável reconhecer, de igual modo, que a parte autora produziu, em audiência, a mais importante das provas, com sua simples presença física e linguagem peculiar, mãos calejadas, pele sofrida do implacável sol do semi-árido, unhas machucadas, conhecimento abundante, com vocabulário próprio, da vida do agricultor nordestino. Nenhuma outra prova material poderia ser mais relevante.* No deslinde do caso sub judice, é oportuna a lembrança do enunciado n.º 14 da Turma Nacional de Uniformização (...) Ademais, o testemunho é harmônico com o depoimento pessoal do(a) autor(a) e com a narração constante da inicial, sobretudo no que toca ao motivo da viagem e ao período em que a postulante permaneceu em São Paulo, fornecendo elementos suficientes para concluir-se que a parte autora realmente dedicou sua vida ao trabalho na roça, juntamente com sua família, na agricultura de subsistência. (...)”. Quanto ao acórdão, a Turma Nacional de Uniformização decidiu reformá-lo, “reestabelecendo” a sentença: Já o acórdão hostilizado mostra-se genérico e contrário à Jurisprudência desta Casa que admite como início de prova material os documentos relacionados na sentença acima transcrita. 8. Pedido de Uniformização de Jurisprudência conhecido e provido para (i) reafirmar as teses consagradas nas Súmulas n.º 6 e n.º 14 da TNU; (ii) restabelecer a sentença” (Pedido de Uniformização suscitado nos autos do processo 05060099720114058102, relatora juíza Kyu Soon Lee, julgado em 08.10.2014 e publicado no Diário Oficial da União de 24.10.2014).

por idade na condição de segurado especial, os juízes terminam compartilhando desse “senso comum”.

O grande “perigo”, aqui, é de que o resultado do processo termine sendo *sempre* definido pelas impressões do julgador diante dos relatos e traços físicos da parte autora – com total desconsideração de outros elementos eventualmente constantes dos autos (mesmo quando estes pareçam robustos, e apontem em sentido contrário às impressões do magistrado).

O risco, portanto, é de que se tome a parte pelo todo, o estereótipo como regra, sendo extraídas conclusões gerais de circunstâncias específicas – um nítido exemplo de raciocínio guiado exclusivamente pela indução.

Ao mesmo tempo, não queremos dizer, com isso, que estereótipos sejam totalmente inúteis. O próprio Kahneman reconhece que alguns aspectos e intuições que usamos para, por exemplo, identificar um estranho como “potencialmente perigoso”, apesar de imperfeitos, podem muitas vezes nos salvar de um sem-número de “enrascadas” – aumentando, assim, nossas chances de sobrevivência.<sup>297</sup>

Na maioria dos casos, como em todo uso de heurísticas, é possível ter benefícios usando simplificações.<sup>298</sup> O problema é a generalização extrema deste uso. O que estamos tentando ressaltar é que a confiança excessiva na capacidade de “caricaturas” desse tipo retratarem a realidade pode nos impedir de discernir situações que fujam à regra.

Sendo assim, não é que as impressões recolhidas na prova oral sejam *necessariamente* enviesantes. Muitas vezes, elas conseguem fornecer substrato importante para a decisão – *mas apenas quando inexistirem outros elementos capazes de infirmar suas conclusões*.

Assim, se o conjunto probatório apresentar um quadro mais complexo<sup>299</sup> – que contemple cenários alternativos, nos quais os resultados da prova oral possam ser confrontados com outros elementos – pode ser útil tentar “ativar” o Sistema 2, evitando uma atitude de aceitação acrítica dos relatos narrados em audiência.

O *viés de disponibilidade (availability bias)* também pode perturbar a reflexão dos magistrados. Diferente do de representatividade, podemos entendê-lo como a propensão de julgar a probabilidade da ocorrência de eventos pela facilidade com que nos recordamos da existência de outros eventos semelhantes ou idênticos.

---

297 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 90

298 A respeito, consulte-se GIGERENZER, Gerd; e TODD, Peter M. Fast and frugal heuristics – the adaptive toolbox em GIGERENZER, Gerd; e TODD, Peter M. (orgs.). *Simple heuristics that make us smart*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 3–34. Vale conferir, também, os diversos artigos contidos em GIGERENZER, Gerd; HERTWIG, Ralph; e PACHUR, Thorsten (eds.). *Heuristics – the foundations of adaptive behavior*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

299 O que pode ser raro em casos de aposentadoria por idade rural, mas não é algo impossível de acontecer.

As pessoas (nós, inclusive) costumam exagerar as probabilidades de morrer em um acidente de avião, enquanto julgam menos provável que isto ocorra em um acidente de automóvel, motocicleta ou bicicleta. Entretanto, muito mais pessoas morrem em acidentes com veículos terrestres do que em desastres aéreos.

É que o medo de voar não se relaciona a tais números, mas à forma intensa como eventos trágicos com aeronaves costumam ser retratados na mídia – o que faz com que estes fiquem “guardados” na memória com mais frequência do que as dezenas de acidentes fatais em terra que temos todos os dias – principalmente no Brasil, onde décadas de baixos investimentos em infraestrutura, aliados à extrema dependência de rodovias (para o transporte de pessoas e mercadorias), ocasionam o aumento exponencial da quantidade de veículos circulando nas vias, o que, conseqüentemente, intensifica o desgaste das pistas (ingredientes perfeitos para uma sucessão de tragédias).<sup>300</sup>

Mesmo com a divulgação maciça de acidentes com automóveis, motocicletas e veículos pesados nos telejornais, as imagens de um acidente aéreo com vítimas terminam nos impactando de forma mais intensa, fazendo com que tenhamos uma percepção equivocada da segurança de cada um desses meios de transporte.<sup>301</sup>

As coisas podem ser analisadas de outro modo. É que, por outro lado, o medo *parece* ter explicação estatística quando analisamos a questão pela ótica das chances de sobrevivência diante de cada um dos dois tipos de acidentes: realmente, as probabilidades parecem insinuar

---

300 TOMKOWSKI, Fábio Goulart. *Direito Tributário e Heurísticas*, op. cit., p. 75.

301 Exatamente com o objetivo de mostrar como essa percepção é equivocada, Gerd Gigerenzer analisou como os atentados de 11.09.2001 afetaram as escolhas de meio de transporte dos americanos nos meses seguintes. Em virtude dos eventos extremamente traumáticos de 11.09, observou-se, nos meses imediatamente seguintes, uma queda considerável – quedas da ordem de 20%, 17% e 12% no “*revenue passenger miles*” (trata-se de uma medida de tráfego aéreo, calculada pela multiplicação do número de passageiros pagantes pela distância percorrida) estadunidense nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2001 – no fluxo aéreo, em relação ao mesmo período do ano anterior (outubro, novembro e dezembro de 2000). Ao mesmo tempo, dados oficiais de monitoramento das estradas estadunidenses revelam um aumento considerável no número de milhas percorridas por veículos terrestres, nos doze meses subsequentes aos atentados. Após esse período, os índices de aumento no tráfego terrestre foram significativamente reduzidos. O estudo de Gigerenzer foi além, para analisar o número de acidentes fatais em terra nos meses seguintes ao 11.09, em comparação com o número médio de acidentes com vítimas fatais em rodovias nos últimos cinco anos (1996 a 2000). Os números mostraram que, nos mesmos doze meses em que o tráfego terrestre aumentou, houve um aumento de mortes nas rodovias muito acima da média dos cinco anos anteriores. Logo após esse período de doze meses (ou seja, na mesma época em que o fluxo nas estradas também diminuiu), o número de acidentes com mortes foi voltando à média dos anos anteriores. Gigerenzer conclui afirmando que o medo de voar, provocado pelos atentados, representou um aumento no tráfego terrestre, que contribuiu para a ocorrência de mais acidentes fatais nas rodovias, no ano seguinte ao 11.09 – ao mesmo tempo, não ocorreram novos atentados com aeronaves no espaço aéreo americano nesse período, e o próprio número total de mortes em aviões foi consideravelmente menor do que em automóveis e outros veículos terrestres. O estudo foi publicado como GIGERENZER, Gerd. Out of the frying pan into the fire: behavioral reactions to terrorist attacks. *Risk Analysis*. Vol. 26, número 2, abril de 2006, p. 347–351. Para uma exposição mais lúdica, publicada em um *blog* na internet, BOEHNKE, Kevin. Heuristics take flight! *Thought and Awe*. Publicado originalmente em 05.03.2014, e disponível em <http://www.thoughtandawe.net/general-science/heuristics-take-flight/>. Último acesso em 30.1.2020.

que é muito mais difícil sobreviver a um acidente de avião (acidente, aqui, no sentido de queda seguida por colisão, em velocidade, da aeronave com o solo) do que a uma colisão automobilística.

Por essa perspectiva, portanto, nossa mente é levada a crer que o medo teria fundamento. Mas isso ainda não elimina o fato de que, *em termos absolutos*, há infinitamente mais desastres em terra do que com transportes aéreos – e que, apesar da alta taxa de mortalidade nos acidentes que mais facilmente nos vêm a memória, há, por outro lado, possibilidades reais de sobrevivência em inúmeros acidentes de avião.<sup>302</sup>

No Judiciário, teses que costumam ser repetidas constantemente ficam mais fortemente marcadas na memória (afinal, é mais difícil esquecer de uma linha argumentativa quando nos deparamos com ela todos os dias). Imagine-se, então, que estas mesmas teses costumem direcionar a um acolhimento do pedido. Seria compreensível que o surgimento de uma linha argumentativa totalmente diversa gerasse, pelo menos, estranheza. Afinal, se a parte acredita ter razão, por que o advogado insistiria em algo novo, ao invés de utilizar o caminho mais seguro da tese “batida” que sempre “cola”?

Tratar linhas de defesa como menos prováveis apenas em função de serem pouco utilizadas pode ser encarado como uma manifestação do viés de disponibilidade (embora em perspectiva inversa à mencionada no exemplo do medo de avião).<sup>303</sup> Quando nos acostumamos a lidar com uma questão que sempre se apresenta da mesma maneira, esquecemos que há outras possibilidades alternativas de abordá-la – não menos prováveis, mas simplesmente menos exploradas (razão pela qual não temos a mesma facilidade para recordá-las).

Teses incomuns não devem ser vistas *a priori* como excêntricas ou de duvidosa confiabilidade. É preciso tentar controlar o sentimento de descrença gerado pelo aparecimento de algo inusitado, que nos força a sair da rotina e pôr em perspectiva a possibilidade de haver

---

302 A própria aferição da “chance de sobrevivência” depende muito do que se entende como “acidente”. Se compararmos, por exemplo, um avião com trezentos passageiros que caiu em velocidade, chocando-se com o solo, com um edifício ou com outra aeronave, naturalmente a tendência é de termos uma contagem de vítimas muito maior do que em acidentes entre dois automóveis, um automóvel e um ônibus, ou mesmo entre um automóvel e uma motocicleta – *pelo simples fato de existirem menos pessoas “a bordo” nestes últimos eventos*. Além disso, da mesma forma que nem todo acidente automobilístico resulta em tragédia, não é todo e qualquer acidente com aeronaves que gera vítimas fatais. Ainda assim, nossa mente não parece convencer-se. O Sistema 1 simplesmente insiste que corremos mais perigo dentro de um avião do que dentro de um automóvel ou ônibus – em função, justamente, do *viés de disponibilidade*.

303 Enquanto no caso dos acidentes aéreos o cálculo de probabilidade está baseado numa frequência “*intuída*” (e incorreta) da proporção de acidentes com aeronaves (em razão do impacto emocional causado pela sua maciça cobertura na mídia), aqui há uma frequência *real*, consistente na repetição à exaustão de um mesmo argumento por um determinado período de tempo. Em virtude desta diferença, costuma-se utilizar um nome mais específico para este fenômeno: *availability cascade* (em tradução livre, disponibilidade em cascata). A respeito do fenômeno, embora sem mencionar as implicações para o Direito, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 142.

outro caminho válido (tese nova ou pouco usada) de a parte chegar ao resultado pretendido (procedência). Do contrário, corremos o risco de tratar todos os casos concretos como casos repetitivos.<sup>304</sup>

Ainda que não tenhamos (pelo menos ainda não) dados empíricos consideráveis a respeito da atuação do viés de disponibilidade (e, de modo geral, acerca da ocorrência efetiva de qualquer viés cognitivo), a constatação da sua manifestação em seres humanos, em uma imensa variedade de problemas, nos leva a entender que é, pelo menos, verossímil que ele também se manifeste nos processos judiciais. Reconhecemos que há uma carência de pesquisas empíricas comprovando a ocorrência dos vieses em processos judiciais brasileiros.<sup>305</sup> Ainda assim, por mais que exista um longo caminho a percorrer, não parece absurdo considerar que os juízes seriam uma categoria de seres humanos “privilegiada”, especialmente “imunes” da influência dos processos mentais simplificadores.

Na verdade, ainda que poucos, os estudos que vêm sendo feitos nas últimas décadas parecem comprovar justamente o contrário: juízes, da mesma forma que todo e qualquer ser humano, estão sempre sujeitos ao enviesamento cognitivo.

Isto não quer dizer, contudo, que eles se utilizem dos vieses deliberadamente: da mesma forma que em outros indivíduos, essa “influência indevida” é um perigo constante, que pode contaminar nossos processos decisórios inconscientemente.

Voltando aos “vieses em espécie”, a *ancoragem* (*anchoring effect*), por sua vez, é a manipulação de estimativas pela inclusão prévia de “âncoras” no processo decisório. As “âncoras” funcionam como “guias” para os nossos palpites, podendo nos forçar a estipular quantidades a partir de um teto (“âncora alta”) ou de um piso (“âncora baixa”).

Kahneman cita diversos exemplos para comprovar como as âncoras podem interferir no nosso raciocínio *independentemente da nossa vontade*. Um deles menciona a diferença de

---

304 Também percebendo esse risco que o viés de disponibilidade representa para teses singulares e para as peculiaridades dos casos concretos, ROSA, Alexandre Morais da; e WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Entenda o que é a atuação contraintuitiva no processo dual. *Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>. Último acesso em 1.8.2019.

305 O que, de certa forma, se deve à própria dificuldade de acesso a muitos desses dados. Afinal, mesmo o “Justiça em Números” ainda é uma ferramenta muito “rudimentar” para possibilitar estudos mais aprofundados do comportamento dos nossos magistrados – o que permitiria que formulássemos afirmações mais bem embasadas da manifestação de vieses (e de quais deles manifestar-se-iam com mais frequência), permitindo formular sugestões que reduzissem sua incidência, aprimorando o “nível médio” da prestação jurisdicional em nosso país. Muito provavelmente, os magistrados que, eventualmente, venham a ler este nosso trabalho (e, especialmente, os que venham a ler esta nota de rodapé específica) irão discordar da nossa afirmação, mas o fato é que a “caixa-preta” do Judiciário brasileiro ainda está longe de *realmente* ser aberta – o que, naturalmente, é um empecilho ao acesso de dados mais completos acerca das atividades de nossos magistrados (acesso que é extremamente importante para a realização de pesquisas empíricas mais robustas sobre a influência dos vieses cognitivos).

resultados obtidos quando se questiona a alguém uma única pergunta (como “quantos anos Gandhi tinha quando morreu?”), em relação a quando é acrescida uma pergunta anterior, acompanhada de uma âncora (“Gandhi tinha mais ou menos que 144 anos quando morreu?” “Quantos anos Gandhi tinha quando morreu?”).

A introdução da âncora (144) efetivamente consegue “puxar” nosso resultado “para cima” – por mais que seja absurdo imaginar que Gandhi, assassinado em 1948, tenha vivido 144 anos. A mera menção ao número estapafúrdio, combinada à imagem de Gandhi geralmente presente no imaginário popular (a de uma pessoa aparentemente idosa, e fisicamente frágil) faz com que o Sistema 1 acredite que Gandhi deve ter tido uma vida longa (ainda que não tão longa), o que termina direcionando nossos palpites para um número maior – em comparação com a pergunta espontânea, que não incluía a âncora.<sup>306</sup>

Kahneman realizou diversos testes para comprovar a disparidade anormal de resultados que a inclusão de âncoras pode gerar. Em um experimento realizado com Amos Tversky, ele pediu a um grupo de estudantes da universidade de Oregon que, primeiro, girassem uma roleta – cujo espectro de resultados variava entre 0 e 100 (mas que na verdade estava viciada para parar apenas nos números 10 e 65, fato que os alunos desconheciam) –, anotassem o número no qual a roda parasse, e, somente depois, respondessem às seguintes perguntas: 1) A proporção de países africanos na ONU (Organização das Nações Unidas) é maior ou menor que o número obtido?; 2) qual a proporção de países africanos na ONU?

Os “chutes” confirmaram as suspeitas: a porcentagem média daqueles que tiraram “10” (âncora baixa) foi de 25% de países africanos, e a dos que obtiveram “65” (âncora alta), 45%. Impressionante foi o fato de as âncoras terem influenciado os palpites *mesmo quando elas não possuíam relação alguma com o conteúdo da pergunta*. Afinal, haviam sido definidas pela álea do giro de uma roleta, e não deveriam ter sido consideradas como informação relevante para a resolução da tarefa.

Para provar que o efeito das âncoras (e do ajustamento por elas provocado) também atinge profissionais experientes na nossa área de atuação, vale mencionar um teste, realizado com juízes alemães (os quais, em média, tinham mais de quinze anos de experiência).

Em um primeiro momento, era fornecida aos juízes a descrição de uma mulher que tinha sido presa por furtar objetos em uma loja. Apresentado o caso, era solicitado que o juiz se colocasse na situação de responsável por fixar a dosimetria da pena, *mas que, antes, lançasse*

---

306 Gandhi na verdade viveu 78 anos (02.10.1869–30.01.1948).

*um dado*. Da mesma maneira que no teste anteriormente mencionado, *os juízes não sabiam que o dado apenas poderia produzir os resultados 3 (âncora baixa) e 9 (âncora alta)*.

Obtido o número, eram formuladas perguntas análogas às do caso da roleta: 1) se a pena em meses que atribuiriam seria maior ou menor do que o número obtido, e 2) qual seria, em meses, a pena exata. Em média, aqueles que obtiveram “3” afirmaram que aplicariam uma pena de 05 meses. Os que rolaram o resultado “9”, fixaram (também em média) a pena em 08 meses.<sup>307</sup> Daí se vê que, mesmo juízes profissionais, sérios e experientes<sup>308</sup> podem ser acometidos pelo viés de ancoragem.

Também não podemos deixar de mencionar o viés de grupo (*group bias*), que nada mais é do que a atribuição de características positivas ou negativas a uma determinada coletividade, que interferem diretamente no momento de tomar decisões que envolvam componentes destes mesmos grupos.

Isto é particularmente problemático no Direito. Tanto a identificação com determinados coletivos quanto a rejeição a outros pode ser prejudicial à cognição judicial, produzindo decisões discriminatórias, sustentadas em justificativas que nada têm a ver com o específico conjunto probatório da causa submetida à apreciação do juiz.

Eduardo José da Fonseca Costa traz interessante exemplo da aplicação do viés de grupo em situações reais da vida forense. Ele faz referência a um estudo realizado por Moses Shayo e Asaf Zussman, pesquisadores da *Hebrew University of Jerusalem*, que analisaram 1.748 decisões em *small claims courts* israelenses,<sup>309</sup> entre 2000 e 2004.<sup>310</sup>

Durante o período, esses juízos eram competentes para os litígios cíveis em que o valor da causa não ultrapassasse quatro mil dólares (valor aproximado após conversão). Como também costuma ocorrer nos nossos Juizados Especiais, as causas geralmente envolviam matérias repetitivas e de baixa complexidade.

O procedimento era simplificado ainda mais, em virtude de as partes comparecerem à audiência sem advogados, possuindo plena capacidade postulatória para defender sua tese perante o julgador – o qual, normalmente, tinha acesso ao conjunto probatório apenas uma semana antes do julgamento, e deveria prolatar uma sentença em até sete dias, com base na convicção formada após sua única oportunidade de contato com os litigantes.<sup>311</sup>

---

307 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 125–126.

308 Que não se valem dos dados da mesma maneira que o juiz Bridoye de Rabelais.

309 Unidades jurisdicionais semelhantes aos nossos Juizados Especiais.

310 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério...*, *op. cit.*, p. 162–163. A íntegra da pesquisa consta de SHAYO, Moses e ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, número 3, Agosto de 2011, p. 1.447–1.484.

311 SHAYO, Moses e ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in..., *op. cit.*, p. 1.452–1.454.

O objetivo do estudo era investigar se um aspecto bem particular do Judiciário israelense afetava, de alguma maneira, o resultado dos julgamentos: o fato de que as varas eram compostas por juízes árabes e judeus, com 31% das decisões avaliadas tendo sido proferidas por juízes árabes, e 69% por juízes judeus.<sup>312</sup>

Os pesquisadores concluíram que, embora a distribuição dos processos fosse aleatória, os autores tinham uma chance de êxito entre 17% (dezessete por cento) e 20% (vinte por cento) maior se a ação fosse encaminhada para um juiz de sua etnia. Verificaram, também, que a possibilidade de sucesso aumentava em virtude do aumento no número de ataques terroristas nas proximidades da “comarca”: os juízes tendiam a julgar mais favoravelmente os pedidos de pessoas do seu grupo quando as tensões aumentavam. Para Shayo e Zussman, a escalada no conflito entre Israel e Palestina, no período em análise, refletiu em um crescimento progressivo nas chances de um juiz acolher os argumentos de um autor de sua etnia.<sup>313</sup>

Eduardo Costa também nos lembra de outro viés de grupo bastante comum no Judiciário brasileiro: a valorização extrema dos laudos de peritos oficiais frente aos pareceres dos assistentes técnicos das partes – não exatamente pelo seu conteúdo, mas por sua autoria.<sup>314</sup> De fato, corriqueiramente é utilizada, de forma acrítica, a máxima de que as conclusões do laudo pericial seriam válidas por serem fruto do trabalho de alguém “imparcial, equidistante das partes, e de confiança do juízo”.<sup>315</sup>

---

312 À época das decisões pesquisadas, mais de um milhão e duzentos mil árabes viviam no país, o que correspondia, mais ou menos, a um quinto, ou 20%, da população de Israel.

313 Ibidem, p. 1.472–1.479. É válido mencionar que os próprios autores tiveram a preocupação de incluir um item para verificar a possibilidade de existirem outras explicações para o fenômeno, capazes de infirmar suas conclusões. No entanto, os cenários alternativos não conseguiram explicar as alterações provocadas pelo aumento no número de atentados. Este item específico consta do trecho compreendido entre as páginas 1.479 e 1.482 do artigo citado.

314 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério...*, op. cit., p.164–167.

315 Confirmam, a propósito, os seguintes julgados – que revelam, com diferentes formulações (mas todas com o mesmo significado e finalidade), uma valorização diferenciada do perito oficial, pelo fato de ele ser “o perito do juízo”, “imparcial”, “equidistante” (e, por estas circunstâncias, merecedor de um “grau diferenciado” de confiança): Recurso Especial 1793878 /PB (“Em ações como a presente, via de regra, acata-se o laudo pericial, por ser o perito imparcial e equidistante dos interesses das partes”); Recurso Especial 1805871/SP (“o laudo oficial foi elaborado por perito de confiança do juízo”); Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 500108/PE (“A despeito de o julgador não estar adstrito à perícia judicial, é inquestionável que, tratando-se de controvérsia cuja solução dependa de prova técnica, por força do art. 145 do CPC, o juiz só poderá recusar a conclusão do laudo se houver motivo relevante, uma vez que o perito judicial se encontra em posição equidistante das partes, mostrando-se imparcial e com mais credibilidade”); Agravo Interno no Recurso Especial 1254838/MS (“Não se pode confundir a nomeação de perito com a nomeação de assistente técnico. Enquanto o perito é nomeado pelo magistrado, para agir de forma imparcial no processo, o assistente técnico é profissional de confiança das partes, contratado para atuar em prol dos interesses do contratante. 4. Ademais, mesmo com a ausência da participação de assistente técnico, não se comprovou, na hipótese, o efetivo prejuízo, máxime ante a participação imparcial de perito técnico judicial, que atestou a ausência de culpabilidade dos réus, observando, no laudo, inclusive, os quesitos apresentados pelos recorrentes”); Pedido de uniformização (Turma Nacional de Uniformização) suscitado nos autos do Processo 201151670037055 (“Constou na fundamentação do julgado da Turma Recursal expressamente que: Segundo o laudo do perito judicial, a parte recorrida não está incapacitada para o desempenho de sua atividade habitual. Ressalte-se que o laudo foi elaborado por perito judicial, de confiança do Juízo a quo,

Não se pode valorar um elemento probatório apenas pelo fato de ele ter sido confeccionado por um perito oficial. Generalizações desse tipo abrem margem para um viés de grupo preocupante, impedindo que o juiz analise de forma crítica os diferentes laudos acostados ao processo, e atribua-lhes valor consentâneo com a sua clareza, com o método empregado e com a consistência dos resultados obtidos.

Mais do que estabelecer uma tarifação (apta a inviabilizar qualquer argumentação contrária da parte prejudicada) quanto ao valor da perícia, é imprescindível comparar os argumentos do *expert* com o restante do conjunto probatório (estejam ou não contidos nele pareceres de assistentes técnicos). Embora esteja vedado ao juiz fornecer opinião sobre matérias especializadas diversas do Direito (artigo 375 do Código de Processo Civil), ele deve, ainda assim, avaliar cuidadosamente o teor do laudo, e cotejá-lo com as demais provas apresentadas pelos litigantes. Ao fazê-lo, pode até ser que concorde com a argumentação do perito oficial,

---

imparcial, razão pela qual deve prevalecer”); Pedido de uniformização suscitado nos autos do Processo 50022543820134047118 (“o expert é profissional da confiança do Juízo, encontrando-se equidistante dos interesses de ambas as partes”); Pedido de uniformização suscitado nos autos do Processo 0501848-62.2016.4.05.8104 (“se a perícia administrativa tivesse chegado ao mesmo resultado aqui encontrado, o benefício, no que toca a este requisito, teria início na DER. *Se, por outro lado, tal prova técnica levada a cabo naquela seara chegasse a resultado distinto, haveria de ser dado prestígio, como, em regra, é entendimento deste Colegiado, à perícia realizada por perito imparcial e equidistante das partes, ou seja, o perito do juízo, sobretudo, ante a clareza e convicção das respostas do laudo elaborado pelo experto*”); Apelação Cível (TRF5) 600462 (“*Ressalte-se que o Perito, na condição de auxiliar do Juízo, exerce seu mister de modo imparcial, como terceiro desinteressado na lide. Não há óbice, portanto, em adotar suas conclusões como razão de decidir, permeadas que são por critérios técnico-científicos, os quais não restaram elididos pelos elementos trazidos aos autos. Nessa senda, entendo que o laudo da perícia judicial deve se sobrepor aos atestados médicos unilaterais, porquanto se trata de prova produzida por profissional imparcial, equidistante dos interesses das partes e de confiança do Juízo*”); Embargos de Declaração na Apelação Cível (TRF5) 445107/01 (“A posição perfilhada consagra o pacífico entendimento desta eg. Corte no sentido de que *deve ser mantida a fixação do valor da indenização feita a partir de ‘laudo pericial, elaborado de forma criteriosa, por perito oficial, terceiro imparcial e equidistante do interesse das partes’*”); Apelação Cível (TRF5) 600091 (“*Não há motivos para rebater o laudo pericial, tendo em vista este ter sido fundamentado. Ademais, o expert em questão é profissional competente, imparcial, como terceiro desinteressado na lide. Portanto, não há óbice em adotar suas conclusões como razão de decidir, permeadas que são por critérios técnicos-científicos, os quais não restaram elididos pelos elementos trazidos aos autos. 6. Apesar de a conclusão do laudo pericial não ter o condão de vincular o julgador é prova da qual se pode extrair elementos de convicção, em face da imparcialidade do perito judicial, que, por dever de ofício, há de se manter equidistante dos interesses das partes litigantes*”); Apelação Cível (TRF5) 590553 (“Deve ser prestigiada a avaliação do bem penhorado realizada pelo perito oficial, eis que se trata de terceiro imparcial e equidistante dos interesses das partes”); Apelação Cível (TRF5) 576525 (“*As conclusões do perito oficial, quando apresentadas em laudo bem elaborado e fundamentado, por ser ele terceiro imparcial e equidistante dos interesses dos litigantes, devem ser acatadas, prevalecendo sobre as conclusões de laudo técnico feito por consultor ambiental contratado pela parte*”). Percebe-se que alguns dos julgados chegam a mencionar a inexistência de provas que infirmassem a conclusão do laudo – ou seja, houve, por parte de alguns julgadores, a preocupação em fazer uma ponderação entre as afirmações do perito e o restante do conjunto probatório (em linha, portanto, com o que defendemos neste trabalho). De qualquer forma, as menções às supostas “virtudes inatas” do perito oficial são feitas em *todos os casos* – mesmo quando o órgão jurisdicional afirmou ter sopesado o conteúdo do laudo com as demais provas constantes dos autos.

mas é crucial que esta adesão seja motivada pela qualidade das teses deste, e não pelo simples fato de ele ser um especialista.<sup>316</sup>

As pesquisas têm demonstrado, ainda, que o ser humano costuma exagerar riscos improváveis, da mesma forma que subestima as chances de eventos ruins prováveis acontecerem. Na linha de análise de riscos, também compõem nosso padrão automático de comportamento o medo de perder aquilo que já temos (mesmo quando abrir mão de algo possa trazer um benefício ainda maior), e a resistência ferrenha a mudanças, por nutrirmos uma intuição de que ela nos será prejudicial.<sup>317</sup>

Trata-se dos vieses de aversão à perda (*loss aversion*) e de *status quo*, que tanto Juarez Freitas quanto Dierle Nunes, Flávio Quinaud e Natanael Lud relacionam ao comportamento de magistrados brasileiros (mormente em órgãos colegiados).<sup>318</sup>

De fato, as resistências de órgãos fracionários e plenos a mudar de entendimento muitas vezes podem estar amparadas em um medo do desconhecido, um temor de que o novo cenário inaugurado com a mudança jurisprudencial possa gerar uma situação geral pior do que a existente quando da vigência da tese superada. Sem disposição de analisar os riscos com mais vagar (Sistema 2), prefere-se a alternativa mais simples (e menos cansativa) de negar quaisquer

---

316 Susan Haack menciona o bizarro caso de um psiquiatra que atuava em cortes judiciais do Texas, sendo chamado para avaliar a periculosidade futura de réus. A opinião do especialista podia ser usada como prova, pelo júri, para decidir por uma condenação à morte – e tinha um peso considerável, por se tratar da palavra de um *expert*. A posição pró-acusação desse perito era tão notória (entre 1973 e 1994, ele testemunhou em mais de 140 casos, e em mais de 90% destes o júri condenou o acusado à pena capital) que ele recebeu o apelido de “Dr. Morte”. Convocado para dar seu parecer no caso de Thomas Barefoot, condenado por homicídio, esse especialista (que nunca tinha sequer visto o réu) declarou que existia uma *chance de 100% (cem por cento)* de o réu voltar a cometer crimes violentos no futuro. Ao ser questionado pelo advogado de Barefoot acerca de diversos estudos que indicavam que predições de periculosidade futura não eram nem um pouco confiáveis, o psiquiatra disse não estar familiarizado com nenhum deles – mas que, de qualquer maneira, eram estudos aceitos apenas por uma minoria dentro da comunidade psiquiátrica. Com base no testemunho do “Dr. Morte”, Barefoot foi condenado à pena capital. Ele chegou a recorrer à Suprema Corte, oportunidade na qual a Associação Americana de Psiquiatria, atuando como *amicus curiae*, manifestou-se, afirmando que *dois em cada três laudos de periculosidade futura estavam equivocados*. No entanto, isto não foi o suficiente para impedir a morte de Barefoot, já que a Corte entendeu que a Associação não declarara que *todos* os laudos estariam equivocados – mas “apenas” a maior parte deles. A prova, então, foi tida como admissível. Após esse episódio, “Dr. Morte” continuou dando testemunhos nas Cortes do Texas. Em 1995, após repetidas reprimendas por laudos tidos como irresponsáveis, ele foi expulso da Associação Americana de Psiquiatria (o que, no entanto, não impediu as Cortes do Texas de continuar a convocá-lo para prestar testemunhos como perito psiquiatra). O caso é relatado em HAACK, Susan. Epistemology legalized – or truth, justice, and the american way em *Evidence Matters...*, *op. cit.*, p. 27–45.

317 Neste sentido, consultar KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Choices, values and frames em *Thinking, fast and slow*, *op. cit.*, p. 433–448 (o artigo foi originalmente publicado em 1983).

318 Para outros estudos específicos sobre vieses cognitivos relacionados à análise de riscos, vide SLOVIC, Paul. *The perception of risk*. Nova Iorque: Earthscan, 2000; e FINUCANE, Melissa L.; MACGREGOR, Donald G.; PETERS, Ellen; e SLOVIC, Paul. Risk as analysis and risk as feelings: some thoughts about affect, reason, risk, and rationality. *Risk Analysis*. Vol. 24, número 2, abril de 2004, p. 311–322.

argumentos que tentem expor as incongruências do entendimento fixado pelo órgão jurisdicional.<sup>319</sup>

O desinteresse na mudança pode, ainda, estar motivado por questões egoístas, como a vaidade de membros da Corte responsáveis, à época, pela construção do entendimento hoje dominante. A recusa em admitir que a posição tomada na época não reflete a melhor interpretação (ou pelo menos não reflete a melhor interpretação *nas circunstâncias atuais*) pode impedir o julgador de enxergar os méritos de qualquer argumentação contrária: o receio de um dano à reputação pelo reconhecimento do erro bloqueia totalmente o processo de ponderação dos potenciais benefícios da superação do precedente.

Da mesma maneira, a decisão do julgador de não abrir a divergência pode estar relacionada a uma aversão à possibilidade de derrota, motivada pela impressão de que não haverá votos suficientes para compor maioria (o que também é notado por Juarez Freitas).<sup>320</sup>

O receio de ser exposto à censura dos pares, ou o simples medo de perder a “queda-de-braço”, pode fazer calar eventuais discordâncias. Perde-se, com isso, importantíssima oportunidade para o dissenso, que enriqueceria a discussão – na medida em que propiciaria o surgimento de críticas à visão dominante, permitindo que fossem apresentadas novas possibilidades interpretativas aptas a solucionar a controvérsia.<sup>321</sup>

No entanto, podemos questionar se a eventual ocorrência de todos esses vieses cognitivos são, apenas, fruto de processos mentais cerebrinos, que ocorrem em todo e qualquer ser humano, ou se, em certa medida, eles são estimulados pelo próprio sistema jurídico.

Isto é, *será que a própria seleção de valores (e sua posterior positivação) realizada pelo legislador não termina, ao mesmo tempo, implicando uma seleção de vieses?* Se isto for correto, então o próprio sistema já estaria inclinado a favorecer determinados desvios cognitivos, e o magistrado teria ainda menos chance de se ver livre deles – já que a própria condução do procedimento estaria pré-definida por um sem-número de normas “potencialmente enviesantes”, normas as quais o julgador deveria obediência.

Com base em todas essas considerações, será que realmente existe possibilidade de nos vermos livres da influência dos vieses? E, em caso positivo, até que ponto? Por último, se, de fato, formos capazes de minorar os efeitos dos vieses (efeitos que entendemos ser deletérios à

---

319 LUD, Natanael; NUNES, Dierle e PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade...*, *op. cit.*, p. 115–120.

320 FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro... em *op. cit.*, p. 234–235; LUD, Natanael; NUNES, Dierle e PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade...*, *op. cit.*, p. 121–125.

321 LUD, Natanael; NUNES, Dierle e PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade...*, *op. cit.*, p. 251–254.

qualidade da prestação jurisdicional), será que a promoção, pela doutrina ou pelo Judiciário, de ações “desenviesantes”, não representaria uma afronta ao que o legislador<sup>322</sup> positivou como normas componentes do que julgou ser um “processo devido”?

Não pretendemos trazer respostas definitivas para qualquer problema neste trabalho. Ainda assim, tentaremos, na medida do possível, dar uma resposta (ainda que superficial) às perguntas do parágrafo anterior. Isto será feito no subitem seguinte.

### 3.2.2.3 Juízo crítico, autocontrole e *insulating*: as estratégias para conter as interferências dos vieses (e sua limitada capacidade de fazê-lo)

Tomar conhecimento dos vieses é de fundamental importância para que tenhamos um maior controle sobre suas consequências negativas para as decisões judiciais. Os profissionais do Direito precisam acrescentar essas noções à sua bagagem teórica, pois, munidos delas, podem, efetivamente, *tentar* reduzir sua incidência na praxe forense.

No entanto, devemos ter um “otimismo responsável” quanto à nossa capacidade de minorar a influência dessas “armadilhas mentais”.<sup>323</sup> Precisamos tomar cuidado para não nos deixar levar apenas por respostas rápidas, mantendo-nos vigilantes, e procurando fazer um exercício de autorreflexão para avaliar se não estamos sendo precipitados e preconceituosos.<sup>324</sup> Mas jamais conseguiremos nos livrar por completo dos vieses cognitivos.

Como visto, as heurísticas *fazem parte do funcionamento do nosso cérebro*, e o Sistema 1, responsável por controlá-las, não pode ser simplesmente desativado. Conseqüentemente, é inevitável que, em algum momento, as heurísticas desemboquem em vieses. Controle total desse processo é uma utopia.

---

322 O qual, ao menos em tese, é, *por disposição constitucional*, o legítimo representante dos interesses dos cidadãos brasileiros. Afinal, se pretendemos fazer uma pesquisa minimamente séria, não podemos trabalhar a partir da legitimação das “disfunções”, “anomalias”, ou do manifestamente “imoral” ou “ilícito” (sim, porque nem tudo que é imoral é, também, ilícito). Isto é, se pretendemos fazer uma pesquisa viável, e verdadeiramente comprometida com a nossa Constituição, não podemos partir do pressuposto de que todo o Legislativo é corrupto, utilizando este pseudodado (*o qual também é fruto da influência dos vieses de disponibilidade e representatividade em nossa sociedade*) como premissa. Este tipo de pensamento, que tenta generalizar comportamentos ilícitos para, depois, tentar, de alguma maneira, incluí-los na análise, inviabiliza a formulação de qualquer estudo sério. Entendemos, portanto, que não podemos fazer pesquisa com base no “sentimento popular”. Ainda que isso não ocorra sempre, se nosso intuito é elaborar um estudo alinhado aos preceitos do nosso ordenamento jurídico, precisamos partir do pressuposto de que ele é, sim, respeitado – mesmo que tomemos conhecimento de casos em que isto não tenha ocorrido. Do contrário, incorporaremos a prática com a qual discordamos como parte integrante da nossa análise – o que, em nossa opinião, fará com que o estudo termine resultando em propostas *igualmente violadoras* do ordenamento jurídico pátrio.

323 Neste mesmo sentido, GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; e WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the bench...* em *op. cit.*, p. 33.

324 Proposta sugerida por Juarez Freitas, que conclama os juristas a se manterem atentos para as ciladas que nossa mente pode nos preparar, pondo em prática um plano de autocrítica e autorreflexão sempre que verificarmos que a decisão possa estar sujeita à interferência dos vieses cognitivos. FREITAS, Juarez. *A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro...* em *op. cit.*, passim.

Assim, entendemos que aqui também é preciso que tenhamos uma proposta realista, equilibrada (“realista” e “equilibrada” no sentido de algo que esteja “de acordo com nossas reais possibilidades de combater os vieses cognitivos”).

Claro que a ciência da existência do fenômeno (bem como das circunstâncias propícias à sua ocorrência) é um primeiro passo para que estejamos mais equipados para lidar com os automatismos mentais. Aprender sobre os vieses é de suma importância para que possamos implantar uma mentalidade de cautela constante (ou seja, tentar colocar o Sistema 2 para funcionar com mais frequência), que aumentará nossas chances de tomar decisões mais criteriosas.

Ao mesmo tempo, qualquer proposta de eliminação por completo dos vieses estará fadada ao fracasso – já que, mesmo quando tentamos eliminar um deles, outro pode tomar seu lugar. O que fazer então? Será que seria o caso de se fazer uma “seleção de vieses”, ponderando qual deles seria menos nocivo às garantias processuais das partes? E, se este for o caso, é realmente a doutrina (ou aos membros do Judiciário brasileiro) quem deve fazer essa seleção?

Parte dos processualistas costuma defender que a utilização de estratégias de *insulating* poderia trazer ganhos consideráveis na nossa relação com os vieses cognitivos. Como sugere a etimologia da palavra, *insulating* (derivada do verbo em inglês *insulate*, que pode ser traduzido para a nossa língua como “isolar”) significa “separar” (ou “isolar”) as funções desempenhadas por um tomador de decisão, evitando que ele acumule tarefas propícias ao surgimento de vieses. Para evitar o comportamento indesejado, *isola-se* o julgador após a prática do ato potencialmente comprometedor da sua imparcialidade, passando os autos a um outro juiz – que, então, conduzirá o processo.

Somos céticos quanto ao “potencial milagroso” do isolamento de funções, por entendermos que a influência dos vieses persistirá mesmo após a sua adoção. Expedientes de *insulating* não suprimem fases processuais, nem mudam o fato de que precisaremos de uma decisão em algum momento do procedimento. A estrutura do processo permanece a mesma: ele apenas será “fatiado” entre pessoas diferentes, o que ocasionará tão somente uma “troca de vieses”.

É por esta razão que discordamos da proposta defendida na tese de Eduardo José da Fonseca Costa, que pretende desenviesar os julgadores através de um rigoroso sistema de separação de funções, e da implantação de cursos de formação de magistrados em vieses cognitivos.

Já expusemos nossa opinião acerca da importância de aprender sobre os vieses. Estamos de acordo, portanto, no que diz respeito à organização de cursos que ao menos *apresentem* a

temática dos vieses aos nossos magistrados. A prova de que o conhecimento do fenômeno pode beneficiar a solução de vários problemas humanos parece estar na quantidade de campos do saber que estão aplicando as lições de autores como Kahneman – e que, ao fazê-lo, estão cada vez mais aprendendo sobre erros sistemáticos que presidem a tomada de decisões em seu âmbito. O estudo do fenômeno pode, portanto, em nossa opinião, ser benéfico à ciência e à prática jurídicas.<sup>325</sup>

Por outro lado, discordamos tanto da eficiência quanto da efetividade<sup>326</sup> de propostas de *insulating*. Inclusive, acreditamos que o modelo vai de encontro às premissas desenvolvidas por Fonseca Costa ao longo de toda a tese.

Explicamos. Critica-se, por exemplo, o fato de juízes que concedem tutelas provisórias conduzirem o restante do processo, e de juízes que presidem a instrução sentenciarem, pois isto produziria um viés de confirmação. Propõe-se, portanto, *de lege ferenda*, que as três funções sejam separadas. Teríamos, então, um juiz para as liminares, outro para a instrução, e outro para prolatar a sentença.<sup>327</sup>

À primeira vista, a ideia parece fazer sentido, e temos a impressão de que conseguiríamos eliminar a influência dos vieses por meio da adoção dessa estratégia de *insulating*. No entanto, Eduardo Costa esquece de argumentos defendidos *por ele mesmo* em momentos anteriores de seu estudo: a tentativa de eliminação do viés de confirmação faria surgir um novo cenário, no qual passariam a atuar os vieses de ancoragem e de grupo, também criticados na tese.

---

325 A importância que conferimos ao estudo dos vieses é evidenciada pelo simples fato de termos escolhido conceder-lhes tanto espaço nesse trabalho, em detrimento de outros achados da psicologia. Se não julgássemos importante divulgar essas noções para os processualistas civis, teríamos escolhido outro assunto de psicologia (e, consequentemente, outros autores que não Kahneman, Tversky, e os demais, que estamos mencionando reiteradamente nestas páginas) para tratar.

326 A eficiência pode ser entendida tanto em uma dimensão quantitativa como qualitativa. Na dimensão quantitativa, representa aquela visão difundida da palavra, no sentido de se ter o maior ganho possível com o menor dispêndio de recursos. Já a eficiência qualitativa também diz respeito à adequação entre meios e fins, mas numa perspectiva que prioriza o aspecto da *qualidade* da solução apontada para resolver o problema, mesmo que ela seja mais custosa ou demorada do que outras. É que, neste caso, o “mais por menos” da eficiência quantitativa não é capaz de dar solução satisfatória ao conflito, o que exige que a abordagem do problema seja feita de modo diferente, tentando adequar a tutela estatal às particularidades do problema – *ainda que a via apontada como mais adequada seja mais custosa ou de implementação mais lenta*. Por outro lado, “efetividade” diz respeito à capacidade do caminho tomado ser capaz de dar uma resposta que permita a concretização daquilo que as normas positivadas exigem, isto é, de a decisão tomada (seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário) ter aptidão para dar uma solução alinhada aos ditames das normas jurídicas aplicáveis – o que, ao menos em uma análise superficial, não traz, em si, a relação de *trade-off* entre custos e benefícios, própria à noção de eficiência (embora o ideal, ainda que utópico, seria que as decisões fossem, tanto quanto possível, eficientes e efetivas). Para mais detalhes acerca da distinção entre eficiência e efetividade, consulte-se CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 233, julho de 2014, p. 65–84; e CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

327 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério...*, op. cit., p. 200–201.

Isso porque separar as figuras do “juiz instrutor” e do “juiz sentenciante” poderia até resolver, por um lado, a questão da *tendência de se manter a opinião firmada na audiência*, mas criaria uma nova dificuldade: o fato de o juiz sentenciante *depende das âncoras definidas pela atuação do juiz da instrução*. Da mesma maneira, o juiz da instrução teria sua atuação *enviesada pelo trabalho do juiz da liminar, que colocaria as primeiras “âncoras”* no processo.

Se, como vimos no subitem anterior, até mesmo o resultado de dados viciados foi capaz de produzir um efeito de ancoragem em juízes experientes, imagine-se o impacto, para o magistrado, do trabalho de julgadores que atuaram no processo em momento anterior (seja na análise dos requisitos para a concessão da tutela provisória, seja no saneamento, seja na instrução). O juiz que “passar antes” pelo processo colocará, inevitavelmente, um “piso” e um “teto” no conjunto probatório, de acordo com aquilo que julgou relevante, e entregará, ao que lhe suceder, os autos já “mastigados” – ou seja, com a discussão já *direcionada* pela atividade cognitiva daquele.

Além disso, o viés de grupo também poderá atuar aqui. Como ocorre com qualquer pessoa, é natural que a convivência com os colegas faça com que cada juiz nutra impressões personalizadas (boas e ruins) acerca dos outros julgadores (“fulano é competente”, “beltrano é preguiçoso”, “Tício é especialista na matéria”, “Mévio não entende nada sobre o assunto”, “Caio é arrogante”, este colega aqui é experiente, aquele é um juiz novato, aquele outro ali é alguém muito apressado, mas também há um que é extremamente perfeccionista...), o que invariavelmente moldará a percepção que tem do trabalho dos seus pares.

Em nosso entender, este é um fator que sempre pesará (em maior ou menor medida) quando a atuação do julgador depender da análise de atos praticados previamente por outros juízes. Ficamos surpresos que Costa visualize um viés de grupo na relação de juízes com membros do Ministério Público (mencionando uma tendência de confiança excessiva nas manifestações do *parquet*),<sup>328</sup> e ignore o vínculo, mais facilmente perceptível, entre membros de uma mesma categoria.

Afinal, a relação entre juízes pode ir da confiança excessiva ao total descrédito, de acordo com aquilo que se pensa do outro. Se o magistrado considerar seu colega um “bom juiz”, *tenderá* a confiar na sua análise para a concessão da liminar, no saneamento por ele realizado, e na forma como ele conduz a audiência. Enxergará suas perguntas como apropriadas, e terá mais dificuldade em desconfiar da existência de falhas no seu trabalho.

---

328 Costa, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério...*, op. cit., p. 167–168.

Por outro lado, um colega tido como relapso em audiências pode disparar uma “luz vermelha” (perigo!) na mente do juiz sentenciante, que já partirá para a análise dos autos “com um pé atrás” – o que pode fazer com que apresente uma tendência a ver os questionamentos formulados como impertinentes – ou até mesmo que não compreenda o porquê de terem sido selecionadas aquelas perguntas.<sup>329</sup>

Por essas razões, temos que tentativas de isolamento não são a solução “mágica” para as fraquezas do “pensamento acelerado”. Ao nosso ver, propostas deste tipo irão falhar, porque a interferência dos vieses, em maior ou menor proporção, é inerente ao funcionamento da mente humana. Ainda que separássemos rigorosamente as etapas do processo, distribuindo cada uma para um julgador diferente, estaríamos, na melhor das hipóteses, “trocando” uma maior propensão sistêmica aos vieses de confirmação e representatividade, por uma vulnerabilidade maior aos de ancoragem e grupo.

Todos nós desenvolvemos impressões acerca das coisas e das pessoas com as quais lidamos ao longo da vida – algumas por vivenciarmos nós mesmos situações que moldam nossa percepção, e outras pela tradição que nos é legada pelos nossos núcleos sociais (família, amigos, instituição religiosa, escola, etc...) –, de modo que é inevitável que passemos a desenvolver visões particulares do mundo. O dito popular “cada cabeça é um mundo” não poderia ser mais acertado. Ainda que a cultura crie imagens compartilhadas intersubjetivamente dentro de uma comunidade humana, existem milhares de pequenos detalhes e interações que individualizam a percepção de cada pessoa.

Sendo assim, nunca conseguiremos nos colocar por completo no lugar daqueles que passaram por coisas estranhas à nossa experiência. Aceitar isto com humildade é importante para que não firmemos promessas que não podemos cumprir. Se é prudente tentar lutar contra pré-conceitos que causam erros graves no nosso processo decisório, é igualmente necessário ter em mente a falibilidade a que nós, seres humanos, estamos sujeitos.

---

329 Naturalmente, ainda não existem estudos empíricos detalhando o relacionamento de cada juiz brasileiro com seus colegas. No entanto, com base em todos os casos de manifestação de vieses que já mencionamos, não parece nada absurdo afirmar que, assim como qualquer ser humano, nossos julgadores nutrem impressões do trabalho (e da pessoa) de seus colegas. É algo que eles simplesmente não conseguem evitar, por fazer parte do funcionamento automático do cérebro (Sistema 1). Vale destacar, no entanto, que pesquisas recentes têm feito sugestões interessantíssimas para que possamos ter mais dados acerca do comportamento dos nossos juízes – dados que, uma vez disponibilizados, poderiam ser utilizados, por exemplo, para subsidiar uma pesquisa acerca dos vieses cognitivos decorrentes da relação entre juízes. Se tivéssemos acesso a um banco de dados mais informativo do que o “Justiça em Números” – acompanhando índices como “grau de cumprimento de precedentes por juiz” e “quantidade de decisões anuladas e reformadas” –, poderíamos elaborar ilações mais bem fundamentadas acerca da manifestação dos vieses de ancoragem e grupo, para cujo risco estamos fazendo alusão neste trabalho. As propostas que mencionamos são feitas em FÁRIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 403–409; e WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil...*, op. cit., p. 505–508.

Dito tudo isto, o leitor pode se questionar? Qual, afinal, é a sua proposta quanto aos vieses cognitivos?

Bem, não entendemos que o Sistema 1 deva ser proscrito da atividade cognitiva dos nossos magistrados – até porque, como vimos, isso seria impossível: não se pode simplesmente desativá-lo.

No entanto, o que parece desejável é uma atuação integrada entre Sistema 1 e Sistema 2, entre associação do caso atual com situações pretéritas semelhantes e comparação dessa associação com os elementos efetivamente existentes nos autos.

Assim, o Sistema 1 pode iniciar o trabalho ativando a memória, identificando, nas alegações das partes, argumentos que costumam ser utilizados para discutir determinados tipos de casos. Isso pode ser útil, por exemplo, para agilizar a compreensão do ramo (ou dos ramos) do Direito envolvido(s) na discussão, adaptando a mente do magistrado às normas que costumam influenciar a solução de processos no âmbito do Direito Administrativo, Ambiental, Civil, etc.

O Sistema 2 entraria em ação para “diminuir o ritmo”, devendo ser ativado pelo magistrado para aferir se as associações realmente guardam relação com a discussão específica dos autos. Ele atuaria para evitar generalizações, cotejando “o que ordinariamente acontece” (domínio por excelência do Sistema 1) com os argumentos e elementos probatórios contidos nos autos de cada processo.

Dessa forma, não se tolhe a capacidade de rápida associação de dados do Sistema 1 (que dá o “pontapé inicial” na análise, e traz da memória os casos paradigmáticos, que poderão servir de “modelo” para a análise presente), mas também não se permite que ele atue sozinho no processo cognitivo. Mantido em “rédea curta” por uma relação constante com o Sistema 2, o Sistema 1 pode nos trazer benefícios – mesmo que tenhamos, a todo o momento, de nos certificar se não estamos nos afastando do conjunto probatório.<sup>330</sup>

A terceira pergunta, lançada no final do subitem anterior, é a mais problemática – e, pelo menos de acordo com os estudos que encontramos em nossas pesquisas, a menos enfrentada. Afinal, os vieses seriam apenas subprodutos do funcionamento “normal” da mente dos juízes, ou seriam eles induzidos pela configuração específica de cada ordenamento jurídico?

---

330 Isto é, se não estamos “nos deixando levar” por uma influência excessiva do funcionamento automático do Sistema 1 – que, ao tentar simplificar questões mais complexas, nos impede de pôr em dúvida impressões iniciais e correlações potencialmente equivocadas entre o caso presente e situações pretéritas aparentemente análogas. A vigilância constante do Sistema 2 – que, duvidando das sugestões do Sistema 1, investigaria se o caso concreto não possui elementos que permitiriam enquadrá-lo como uma exceção à regra – permitiria, portanto, minorar a influência dos vieses, sem que, com isto, perdêssemos as vantagens proporcionadas pelas atividades mais “rápidas” do nosso cérebro.

Entendemos que seja um pouco dos dois. Como já frisamos reiteradamente neste capítulo, os vieses cognitivos já fazem parte do *modus operandi* da nossa mente, independentemente da nossa vontade. Eles são o resultado da confiança excessiva na nossa capacidade de associação rápida de informações (Sistema 1), e até podem ser controlados (mas só até certo ponto). Isto independe das previsões normativas de um dado ordenamento jurídico.

No entanto, parece que diferentes sistemas normativos, ao privilegiar certos valores, terminam influenciando as “modalidades de vieses” que aparecerão mais frequentemente. Assim, uma ordem jurídica, ao escolher proteger um determinado número de valores, pode, como uma espécie de “subproduto” das suas prescrições, criar um ambiente propício à manifestação de certos vieses cognitivos.

Por exemplo, a opção legislativa por um Código de Processo Civil que fortalece o sistema de precedentes – com o objetivo de garantir segurança jurídica mediante a colocação de “obstáculos normativos” à mudança imotivada e constante de posições jurisprudenciais – parece gerar um ambiente propício à ocorrência dos vieses de *status quo* e aversão à perda.

Temos, então, uma situação em que a própria vontade dos representantes do povo parece ter inserido, no sistema, normas que tornam o procedimento mais vulnerável à influência de certos vieses cognitivos. Mas, se a intenção declarada era, justamente, dificultar a mudança de posicionamento, o que devemos fazer? Aceitar os vieses como subproduto inescapável do sistema positivado, ou tentar buscar parâmetros para evitar ficarmos totalmente reféns dos desvios cognitivos do Sistema 1?

Entendemos que o próprio sistema já traz as ferramentas de que podemos nos valer para não nos resignarmos aos vieses. A adoção de um sistema de precedentes mais robusto, ainda que permita uma maior frequência de episódios de atuação dos vieses de aversão à perda e *status quo*, também tem como parte integrante a distinção (*distinguishing*) de casos.

Assim, tudo o que afirmamos em resposta às outras perguntas aplica-se, também, ao problema da propensão do sistema a facilitar a manifestação de alguns desvios cognitivos. Distinguir um caso do outro nada mais é do que ativar o lento Sistema 2 do nosso cérebro, para tentar procurar elementos no conjunto probatório que revelem se, naquela hipótese, não se está diante de uma situação diferente – que mereça, portanto, solução diversa daquela proposta pela tese firmada no precedente.

Dessa forma, se, por um lado, parece correto afirmar que a configuração exata de cada ordenamento jurídico torna os magistrados a ele submetidos mais propensos a pensar de uma certa maneira (e que tal maneira facilita a atuação de um ou outro viés cognitivo), já não parece correto, em nossa opinião, afirmar que, em toda e qualquer situação isto deva ocorrer.

Sim, a opção por um sistema de precedentes mais rígido dificulta a mudança de posição. Da mesma forma, se propostas de isolamento de funções processuais como a sugerida por Eduardo José da Fonseca Costa forem, um dia, aprovadas (com a criação, por exemplo, de um juiz para as liminares, outro para a instrução, outro para o saneamento e outro para a decisão), poderemos migrar para um cenário mais propício à ocorrência do viés de ancoragem – em comparação com o nosso contexto atual, no qual a concentração de funções em um único magistrado pode, realmente, favorecer o viés de confirmação.

Mas isso não quer dizer que, em qualquer desses casos, o magistrado irá necessariamente “seguir” o caminho do enviesamento. Por mais que cada sistema jurídico termine fazendo uma seleção de vieses (como resultado da escolha de valores que o legislador decide positivar), suas prescrições não impedem que, diante de qualquer caso submetido à sua apreciação, o magistrado ponha em funcionamento seu Sistema 2 – para checar se as operações associativas rápidas do seu Sistema 1 (sejam elas apenas fruto dos atropelos de sua própria mente, ou facilitadas por um “empurrãozinho” da ordem normatizada) realmente deveriam ser utilizadas no contexto específico dos autos.

Tudo isso, no entanto, embora extremamente útil, não passa de simplificação. A rigor, o funcionamento da nossa mente é muito mais complexo do que a divisão entre Sistema 1 e Sistema 2. Até aqui, eles nos serviram bem, e sua utilização permitiu, segundo entendemos, uma abordagem razoável da problemática dos vieses (ao menos para os propósitos deste estudo). É preciso, contudo, ir um pouco além, porque esse “dualismo didático” ainda deixa de fora informações importantíssimas acerca das nossas atividades cognitivas.

Para ilustrar essa afirmação, iremos complicar as coisas um pouco mais no item seguinte, tentando mostrar ao leitor que, para além do funcionamento integrado entre os dois personagens dos estudos de Kahneman, nosso cérebro trabalha com uma combinação constante de influxos emotivos com atividades tradicionalmente tidas como “símbolo maior” da racionalidade – como cálculo, ponderação e interpretação (nos seus mais variados tipos) de dados.

3.3 O funcionamento da mente humana entre razão e emoção: o equívoco da separação entre corpo e mente e o impacto desta concepção na psicologia e na epistemologia. Da necessidade de elaborarmos um conceito mais preciso de “racionalidade”

Antes de migrarmos de noções de psicologia para o estudo da epistemologia, julgamos adequado incluir uma espécie de item “intermediário”, para criticar a separação radical entre o objeto de estudo destas duas ciências. É preocupante que, conquanto ambas se dediquem às

limitações da mente humana, uma (a psicologia) se volte muito mais a analisar a atividade psíquica do indivíduo, e as relações interpessoais deste (bem como os distúrbios relacionados a elas), enquanto a outra, tradicionalmente, trabalhe apenas com as possibilidades cognitivas nas relações do sujeito com os objetos (epistemologia).

Na nossa opinião, a falta de uma comunicação maior entre essas duas áreas do saber é prejudicial a uma visão mais completa daquilo que chamamos de “racionalidade”. Segundo entendemos, só será possível compreender, de forma mais precisa, o comportamento humano, se trabalharmos levando em conta uma pluralidade de conhecimentos, em perspectiva integrada.

Em parte, essa “compartimentalização” do saber advém da difusão da crença em uma separação radical entre corpo e mente – que se deve, ao nosso ver, ao sucesso do método e da mentalidade cartesianos enquanto “guias” para qualquer empreitada que se pretenda científica. Veremos mais sobre as implicações dessa ideologia para a epistemologia em item específico mais adiante. Por enquanto, basta dizer que Descartes definiu os contornos principais da noção de “método científico” na Modernidade, os quais foram elevados à última potência durante o Iluminismo – quando se acreditava que seria possível alcançar juízos de certeza sobre o mundo. Tal método parte da separação, por nós criticada, entre emoção e razão, corpo e mente (ou espírito, nas palavras de Descartes), percepção sensorial e reflexão.<sup>331</sup>

Segundo essa perspectiva “estreita”, todas as áreas deveriam organizar métodos e sistemas próprios, pressuposto não só para sua autonomia, mas para a sua própria existência enquanto atividade científica. Ao mesmo tempo, apesar das particularidades, todos os ramos do saber deveriam seguir critérios comuns, que determinariam o que seria ciência e o que seria “misticismo” ou “especulação infundada”.

A adequação a esse padrão ocasionou um distanciamento profundo de áreas do conhecimento intimamente relacionadas, como a epistemologia e a psicologia. Esta última parece ter sido ainda mais afetada – tanto por não se incluir nas noções cartesianas de método, como por tentar compreender as emoções e outros comportamentos psíquicos particulares à subjetividade de cada um (o que fez com que, por muito tempo, não fosse sequer considerada “ciência”).

---

331 Certamente Descartes não foi o primeiro a propor essa distinção, de modo que não podemos lhe atribuir a paternidade da ideia. No entanto, a forma como o Discurso sobre o Método se espalhou pela Europa dos séculos XVII e XVIII nos permite afirmar que esta foi a obra crucial para a disseminação desta forma de encarar o pensamento humano.

Discordamos veementemente dessa concepção dual da realidade e do conhecimento. Para nós, a realidade é incindível, e o que chamamos de racionalidade é o resultado de um processo complexo que mistura emoções àquilo tradicionalmente apontado como “razão”<sup>332</sup> (cálculo, ponderação, interpretação de dados e da linguagem, etc.).

Como fundamentação à nossa discordância, cremos ser de extrema utilidade familiarizar o leitor com algumas considerações tecidas pelo neurocientista luso-americano António Damásio. Suas obras aliam uma consistente base teórica (que conjuga conhecimentos de filosofia, psicologia e medicina) a experimentos práticos (exames laboratoriais, entrevistas e análise de registros de casos reais, vivenciados por pessoas de carne e osso), que tanto podem confirmar quanto conformar (dar forma a) as hipóteses levantadas pelo autor.

Damásio estudou pacientes com lesões oriundas de traumas em diferentes partes do cérebro, analisando como a localização da lesão interferia na vida do indivíduo após o evento traumático. A compilação desses estudos, bem como das hipóteses por eles geradas, resultou no livro *Descartes Error: emotion, reason and the human brain*,<sup>333</sup> no qual propõe-se uma mudança na forma de encarar o funcionamento do cérebro, aliando emoção e “razão”. Nossa mente deveria ser entendida não apenas como um conjunto de “partes especializadas” funcionando isoladamente, mas como uma imensa “orquestra em movimento” – onde cada componente teria, sim, função específica, mas o bom funcionamento dependeria da interação harmônica entre eles, formadora do “todo”.<sup>334</sup>

Nesta ordem, cada parte que apresentasse defeito interferiria no conjunto, prejudicando a sua performance – e, a depender da localização da parte afetada, esse prejuízo manifestar-se-ia, para o indivíduo, de forma diferente.

Damásio inicia a obra mencionando o caso de Phineas Gage, um diligente encarregado de obras na expansão ferroviária do estado americano de Vermont. Em 1848, Gage teve o córtex frontal do cérebro perfurado pela barra de ferro que ele usava como ferramenta de trabalho (em consequência de um descuido no preparo de um explosivo, destinado a destruir rochas pesadas presentes no local por onde passariam os trilhos). Gage era conhecido como um chefe leal, preocupado com seus subordinados (e respeitado por estes), e que desempenhava seu ofício de

---

332 A partir deste momento, utilizaremos as palavras razão e racionalidade entre aspas para fazer referência à esta concepção mais matemática que se tem em relação aos processos de deliberação que ocorrem em nossa mente. Vale ressaltar, também, que quando utilizarmos as mesmas palavras sem as aspas, é porque pretendemos fazer menção ao processo reflexivo em sua inteireza, o qual, para nós, abarca “razão” e emoção.

333 DAMÁSIO, Antonio R. *Descartes Error: emotion, reason and the human brain*. Nova Iorque: Avon Books, 1995. Em português, o livro encontra-se publicado como DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

334 DAMÁSIO, Antonio R. *Descartes Error...*, *op. cit.*, p. xvii (introdução) e p. 88.

maneira comprometida e cuidadosa. Na vida pessoal e profissional, era tido como uma pessoa “correta”, que mantinha interações sociais “normais” (para o contexto da comunidade em que vivia) e respeitava os padrões de conduta esperados de um homem adulto de sua época.

Além disso, Gage não possuía nenhuma limitação física ou mental aparente, de modo que conseguia conduzir sua vida de forma totalmente autônoma, sem necessitar de qualquer tipo de “ajuda” de terceiros. Ele era, portanto, para todos os efeitos, um adulto perfeitamente saudável, trabalhador, e que tratava aquelas pessoas com quem convivia de maneira respeitosa.

No entanto, após o acidente, ele sofreu uma mudança de comportamento tão gritante, que nem mesmo seus familiares o reconheciam. Surpreendentemente, essa mudança contrastava com a sua total recuperação física, e com a manutenção das suas capacidades de cálculo, locomoção e fala.

Aparentemente sem sequelas do acidente, Gage passou a se comportar de maneira totalmente estranha. Ele começou a usar de linguagem imprópria constantemente, não parecia sentir constrangimento algum em se colocar em situações vistas como vexatórias pela coletividade (nem em colocar outros nestas situações), e tinha perdido a seriedade característica na condução do seu trabalho – assim como o apreço e o cuidado com seus colegas e subordinados.<sup>335</sup> De alguma forma, ele não era mais “ele”. Isto é, a pessoa que convivera durante décadas com sua família, e por anos com seus colegas de trabalho, tinha sumido, e uma personalidade totalmente diversa havia tomado seu lugar dentro do corpo do mesmo Phineas Gage.

Como o caso de Gage não pôde ser examinado à época com as ferramentas tecnológicas de que dispomos hoje, deixando muitas dúvidas e uma quantidade insuficiente de registros, não é possível traçar hipóteses acerca da sua lesão com o mesmo grau de confiança de pacientes atuais, com os quais os médicos podem ter contato direto.<sup>336</sup> Damásio, então, narra a ocorrência de casos semelhantes, observados nas últimas décadas, com particular destaque para o de “Elliot”<sup>337</sup> – que causa ainda mais inquietação do que o de Phineas Gage.

Elliot tinha esposa e filhos, boa formação acadêmica e era bem-sucedido profissionalmente. As pessoas que o conheciam costumavam apontá-lo como alguém

---

335 Ibidem, p. 7–10.

336 Não obstante, a esposa de Damásio, Hanna Damásio, utilizou um sistema computadorizado de geração de imagens tridimensionais do que seria o cérebro de Gage, uma empreitada que contou com o crânio do próprio e com o mesmo ferro que o perfurou, ambos preservados no Museu da Faculdade de Medicina de Harvard. Aliando as dimensões do objeto produtor da lesão com a posição desta nos fragmentos do crânio, foi possível traçar uma projeção da trajetória do ferro no momento do acidente, permitindo apontar a localização da lesão no cérebro de Phineas Gage. Identificar as partes do cérebro possivelmente atingidas tem importância decisiva para desvendar o mistério da mudança de comportamento observada no paciente. A respeito, com mais detalhes, *ibidem*, p. 22–33.

337 Nome fictício, empregado para proteger a real identidade do paciente.

inteligente e trabalhador, além de um bom pai e esposo. Suas escolhas pessoais e profissionais eram sempre tidas como comedidas e acertadas: ele dificilmente agia “por impulso” – e, por esta razão, era considerado extremamente “reflexivo” e “racional”.

Infelizmente, no auge do sucesso pessoal e profissional, e ainda em tenra idade, Elliot foi diagnosticado com um tumor benigno no cérebro, que exigia operação imediata, em virtude de sua constante expansão estar comprimido partes saudáveis dentro da caixa craniana.

A operação foi um sucesso, mas o tecido atingido pelo avanço da doença teve de ser removido. Elliot manteve o domínio das suas capacidades físicas e, ao menos aparentemente, estava no gozo total das suas faculdades mentais. Entretanto, assim como Gage, ele nunca mais foi o mesmo.

Elliot não perdera sua capacidade de reflexão, continuava bem orientado, e totalmente ciente da sua história e do conhecimento acumulado ao longo da vida. Sua memória estava intacta, ele não sofrera comprometimento do raciocínio (na verdade, após a realização de diversos testes, ele permaneceu sendo classificado como dotado de uma inteligência acima da média) e, diferentemente de Gage, mantinha um comportamento aceitável na interação com outras pessoas, tratando-as com respeito e cordialidade.

Ainda assim, após recuperar-se da cirurgia, Elliot apresentou comprometimento severo na sua capacidade de tomar decisões: ele não conseguia mais se manter concentrado no trabalho, e agora perdia horas detido em tarefas básicas (ficando, por exemplo, preso infinitamente na leitura dos documentos encaminhados à sua análise por superiores e colegas, sem noção de foco ou de prioridade na divisão do seu horário). Ele até conseguia especular o que fazer a seguir, *mas se tornara incapaz de simplesmente optar por um caminho e fechar o ciclo reflexivo, passando a outros problemas*. Isto o fez perder seu emprego, assim como todos os outros nos quais ingressou após a cirurgia.

Como se não bastasse ter de lidar com essa realidade de fracasso profissional (incomum para ele), dificuldades no casamento culminaram em um divórcio – e, para o espanto (e apesar das críticas e avisos) de seus familiares e amigos, ele prontamente engatou um novo casamento com uma pessoa que tinha conhecido há pouco tempo (uma decisão impulsiva, que não parecia com algo que Elliot faria). Pouco tempo depois, esse relacionamento também terminou em um novo divórcio.

Além de ser demitido de todos os lugares nos quais tentava trabalhar, e dos insucessos afetivos, Elliot ainda perdeu todo o dinheiro que tinha poupado ao longo da vida, após se envolver numa empreitada de duvidosa rentabilidade com um sócio pouco confiável (o que, mais uma vez, foi feito ignorando os repetidos alertas de seus familiares e amigos, que

simplesmente não acreditavam que justamente Elliot investiria em um negócio claramente fadado ao fracasso). Sem conseguir se sustentar, Elliot passou, então, a depender de um benefício do governo, deferido em virtude de sua peculiar incapacidade laborativa após a doença.<sup>338</sup>

Mas por que contar as histórias de Gage e Elliott em um livro sobre cognição judicial? Certamente, contar histórias (e estórias) pode servir para aproximar o leitor, cativando-o e ativando respostas emocionais em seu cérebro – o que, de certa forma, pode ser apontado como uma estratégia de manipulação para induzir o Sistema 1 dos que lerem estas páginas a aceitar o que estamos sugerindo aqui.

Fato é que as desventuras de Elliott – um paciente real (embora com sua identidade verdadeira omitida), que enfrentou uma doença gravíssima, sobreviveu, e depois teve que encarar uma guinada ainda mais brusca em sua vida – não são apenas uma ferramenta retórica para direcionar o leitor a uma determinada conclusão: elas realmente *deveriam* despertar empatia.

Nada neste trabalho foi incluído sem que considerássemos suas possíveis implicações para o comportamento dos sujeitos processuais (notadamente os juízes, a quem incumbe emitir decisões após examinar as provas e argumentos lançados aos autos). Este item tem relevância pois, conhecendo as interações entre as diferentes partes do cérebro, conseguimos ter uma noção melhor de como seres humanos processam as informações e emitem uma resposta a diferentes situações, *o que sempre é feito aliando emoção e “razão”*. Esta noção é importante para que estejamos conscientes do que é razoável exigir dos nossos magistrados.

Sim, você *deveria* ter alguma reação emocional ao tomar conhecimento dos infortúnios de Elliott. Ao mesmo tempo, o próprio Elliott é incapaz de sentir empatia por sua peculiar condição, ou pela de qualquer paciente que tenha passado por situações análogas à dele. Até mesmo a cordialidade com que ele continuou a tratar as pessoas parecia, como afirma Damásio, estranhamente mecânica e automática.<sup>339</sup> E isto nos leva diretamente ao problema que queremos enfrentar (ainda que de forma breve) aqui.

Por que critérios julgamos se uma pessoa é racional? Elliot passou em todos os testes geralmente utilizados para medir a inteligência, o senso de orientação espacial, a memória, a integração em um determinado contexto cultural e normativo, e a moralidade. Ele manteve as capacidades de apreensão de conhecimento de antes da doença, os códigos de ética de sua

---

338 DAMÁSIO, Antonio R. *Descartes Error...*, *op. cit.*, p. 34–38.

339 *Ibidem*, p. 44–45.

comunidade, e uma noção perfeitamente adequada do que alguém precisaria fazer para conduzir uma vida independente em condições agradáveis.<sup>340</sup>

No entanto, todos esses testes eram artificiais. Eles não eram capazes de explicar a incapacidade de Elliott para tomar decisões na sua vida pessoal e profissional, *porque não traziam a pressão e o dinamismo da vida real*.<sup>341</sup> Ao respondê-los, Elliot considerava apenas as opções *em abstrato*: os examinadores não estavam impelindo-o a tomar uma posição em algo que pudesse, efetivamente, afetar *sua* vida.

A lesão de Elliott (e de outros pacientes com sintomas semelhantes aos dele) atingiu o que Damásio chama de setor ventromedial, uma área atrás dos globos oculares no córtex pré-frontal do cérebro.<sup>342</sup> Os neurocientistas vêm detectando que lesões desta natureza causam uma incapacidade de sentir emoções, gerando uma limitação que compromete a racionalidade do paciente. Embora o indivíduo mantenha o controle sobre aspectos físicos, e sobre aqueles tradicionalmente considerados como os aspectos “racionais” da mente (cálculo, interpretação, compreensão de padrões sociais e valores, linguagem, correlação de eventos e manuseio consciente da memória, entre outros), ele perde a *empatia*, o que gera uma ausência de sentido que o impede de enxergar o porquê de ter de optar em decisões importantes.<sup>343</sup>

A falta de motivação para escolher entre alternativas termina, então, interferindo na capacidade de compreender os riscos ínsitos a todo processo decisório, de modo que o paciente não só esquece o que leva as pessoas a escolher entre “a” e “b”, *mas também como se portar diante de encruzilhadas deste tipo* (que aparecem diariamente em nossas vidas).

Isso posto, é compreensível que pessoas com tais limitações tenham dificuldade severa, tanto em continuar a exercer atividades laborais, como a tomar diversas decisões pessoais – mesmo aquelas consideradas simples e triviais.

Os resultados da pesquisa parecem demonstrar que o “motor” da condução independente e racional da vida não é, apenas, a mera capacidade para o planejamento frio e matemático, *mas a participação, no processo reflexivo, das pressões emocionais presentes em nossa mente*. As emoções atuam nas operações de antecipação de riscos e resultados que antecedem a tomada

---

340 Ibidem, p. 41–43 e 46–49.

341 Ibidem, p. 49–50.

342 Ibidem, p. 32–33, e p. 39.

343 Damásio assevera que a perda da capacidade de tomar decisões não se limita ao córtex pré-frontal, podendo também ser observada em pacientes com lesões em outras regiões do cérebro, como no caso de danos ao córtex somatossensorial do hemisfério direito, às amígdalas dos dois hemisférios cerebrais e ao córtex cingulado anterior. Em todos estes casos os pacientes também apresentaram comprometimento na tomada de decisões e no processamento de emoções e sentimentos, mas, a depender da região afetada, estes sintomas foram acompanhados por outros, como paralisia motora no lado esquerdo do corpo (lesão no córtex somatossensorial direito, como a que acometeu o juiz da Suprema Corte Americana William O. Douglas) e perda total (temporária) da capacidade de formar pensamentos (lesão no córtex cingulado anterior). Ibidem, p. 62–73.

de decisão, influenciando-as. Nossas escolhas conscientes, portanto, não são governadas apenas pela “razão pura” (que estaria presente nos setores do cérebro responsáveis pelo cálculo e interpretação), mas sim por um processo interativo muito mais complexo, que envolve diversas zonas e sistemas cerebrais.

Alguns desses sistemas, de fato, são responsáveis por operações de computação. Mas, além deles, há sistemas específicos, que atuam, por exemplo, no processamento e interpretação da linguagem; no acesso à memória; na comparação de memórias armazenadas entre si, e nas possíveis relações entre elas e outros eventos (pretéritos, atuais ou futuros); no resgate de emoções antigas e na geração de novas emoções – que podem, respectivamente, surgir como resposta à recordação de eventos pretéritos, ou diante da ocorrência de fatos novos (além de que ambas as categorias de eventos influenciarão umas às outras, em uma espécie de “tensão emocional” entre passado e presente).

Todos esses sistemas são postos em funcionamento para que possamos refletir e decidir o curso de ação diante dos mais variados problemas que precisamos resolver. Eles estão espalhados em áreas diferentes do cérebro, e comunicam-se uns com os outros em diferentes graus de intensidade. Mas é apenas com o funcionamento “orquestrado” do conjunto (no qual estão incluídas as emoções e suas comunicações com outros setores) que podemos decidir de forma racional.

Com base no exposto, entendemos que é possível dar um passo à frente e afirmar que *a razão é um refinamento do instinto*. O desenvolvimento do cérebro humano ao longo do tempo foi resultando em uma especialização progressiva de sistemas cerebrais, que passaram a trabalhar e a se comunicar de forma cada vez mais complexa.

O processo evolutivo foi exigindo uma sofisticação constante das nossas decisões, como um imperativo para a adaptação às constantes mudanças nos padrões de vida. Não enxergamos esse desenvolvimento como um abandono paulatino do instinto rumo à “razão pura” kantiana, mas como um enriquecimento daquele. Como afirma Damásio, a adoção de expedientes mentais mais sofisticados por setores mais “jovens” do nosso cérebro não foi construída “por cima” de um aparato mental primitivo, impulsivo e ultrapassado, mas *com ele e a partir dele*.<sup>344</sup>

Se isto é verdade, então acreditamos ser possível dizer que o instinto de cada animal dá a medida de sua racionalidade. Instinto, nesta concepção, não faz referência apenas à noção

---

344 “The apparatus of rationality, traditionally presumed to be neocortical, does not seem to work without that of biological regulation, traditionally presumed to be subcortical. Nature appears to have built the apparatus of rationality not just on top of the apparatus of biological regulation, but also from it and with it. The mechanisms for behavior beyond drives and instincts use, I believe, both the upstairs and the downstairs: the neocortex becomes engaged along with the older brain core, and rationality results from their concerted activity”. Ibidem, p. 128.

tradicional de um comportamento animal “agressivo” e “impulsivo”, *mas ao conjunto de reações a uma interação entre o sujeito e o meio no qual que ele está imerso, e à capacidade destas reações para responder adequadamente ao que a situação exige.*

A diferença do instinto dos seres humanos para o de outros animais reside na nossa capacidade de detectar, em determinadas situações, que é preciso ativar mais do que as percepções sensoriais e as respostas automáticas.<sup>345</sup> Em outros casos, no entanto, a resposta mais racional, mais adequada à situação, não será a deliberação extensiva, mas a pronta resolução do problema, sem maior desperdício de tempo e energia (algo que pacientes como Elliot simplesmente não conseguem fazer)<sup>346</sup>. Aqui, poderemos contar com a ajuda de algumas ferramentas: na linguagem de Kahneman, estas ferramentas seriam as heurísticas e o Sistema 1; na de Damásio, seriam alguns “alarmes” disparados em nossa mente por “marcadores somáticos”.<sup>347</sup>

Temos, enfim, que qualquer tentativa de “apagar” as emoções do processo decisório estará destinada ao insucesso, uma vez que elas têm participação decisiva (embora não exclusiva) no desenvolvimento de processos reflexivos em pessoas reputadas pelos neurocientistas como saudáveis. E, mesmo que fosse possível desativar as emoções, o resultado seria, no máximo,<sup>348</sup> decisões não racionais, fruto da operação de seres sem empatia, como os desafortunados Gage e Elliot.<sup>349</sup>

Levando em conta todas essas informações, entendemos que, da mesma forma que nos posicionamos com relação aos vieses cognitivos, será ingênua e infrutífera qualquer proposta para o aprimoramento das decisões judiciais que defenda a contenção irrestrita de influxos

345 Ou, como Kahneman diria, que há casos em que é preciso ativar o Sistema 2 (por mais que as explicações oferecidas neste item demonstrem que as coisas são muito mais complicadas do que a separação em dois sistemas utilizada no item anterior fazia parecer).

346 DAMÁSIO, Antonio R. *Descartes Error...*, *op. cit.*, p. 192–194.

347 Os “marcadores somáticos” são a resposta de Damásio para o funcionamento eficiente e racional do cérebro diante de problemas os mais variados. Parte deles funcionariam de maneira semelhante ao Sistema 1 usado por Kahneman, com a diferença que os marcadores de Damásio trazem, em si, a combinação de “razão” e emoção que caracteriza seu pensamento. Kahneman, por sua vez, embora mencione brevemente o papel das emoções na ativação de vieses cognitivos, não trabalha extensivamente com elas ou com sentimentos, preferindo abordar os vieses cognitivos como erros sistemáticos no processamento da “razão”.

348 No máximo porque vimos que a supressão da participação das emoções no processo deliberativo incapacita severamente a capacidade mesma de se tomar qualquer decisão.

349 “*In the end, if purely rational calculation is how your mind normally operates, you might choose incorrectly and live to regret the error, or simply give up trying, in frustration. What the experience with patients such as Elliot suggests is that the cool strategy advocated by Kant, among others, has far more to do with the way patients with prefrontal damage go about deciding than with how normals usually operate*”. DAMÁSIO, Antonio R. *Descartes Error...*, *op. cit.*, p. 172. A respeito, vide também FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro..., *op. cit.*, p. 238. Para um estudo mais detalhado dos sentimentos, consulte-se DAMÁSIO, Antonio R. *Looking for Spinoza – Joy, Sorrow and the feeling brain*. Londres: William Heinemann, 2003. Em português, DAMÁSIO, Antônio. *Em busca de Espinosa – prazer e dor na ciência dos sentimentos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

emocionais. Esta é uma premissa necessária a todo e qualquer estudo da cognição judicial: antes de tentar coagir juízes a um determinado comportamento, é preciso verificar se esta atitude será compatível com a forma como o cérebro humano trabalha. Ignorar tal contingência só levará a propostas irrealizáveis, que impedirão uma discussão mais realista e fundamentada do problema.

Ao mesmo tempo, não queremos, com isto, defender que o juiz decida “ouvindo seu coração”, ou qualquer coisa do tipo. Influxos emotivos fazem parte do processo decisivo, e são importantes para que se possa ter empatia com o caso concreto – uma empatia que gerará sensibilidade com o problema real das partes, e que permitirá um engajamento maior do magistrado na condução de um debate que tente estabelecer qual das versões parece mais bem fundamentada.

Da mesma forma, os próprios *insights* e sensações que eventualmente levem o magistrado a “intuir” que determinada versão merece prosperar também devem ser devidamente expostos nas suas decisões. Não que o julgador tenha de ter conhecimento de todas as reações químicas e sinapses que estão ocorrendo enquanto analisa o conjunto probatório (evidentemente ele não terá). Mas, considerando que a decisão judicial escolhe uma das versões como mais verossímil, dando razão à parte que a apresentou, é preciso que o julgador fundamente o que o levou a adotar este posicionamento (justificando, por exemplo, por que o testemunho “x”, em vez do documento “y”? Por que o laudo do perito oficial, e não o do assistente técnico da parte? Por que o argumento “a” não foi considerado convincente?).

Ao se desincumbir do seu dever de fundamentação, entendemos que invariavelmente o julgador irá expor razões que permitirão às partes entender como sua mente lidou com aquele determinado conjunto probatório. E, ao fazê-lo, terminará, ainda que inconscientemente, revelando ao menos alguns dos influxos emotivos que o conduziram àquele resultado.

Segundo pensamos, isso é algo que podemos cobrar de nossos juízes. Encarado o dever de fundamentação nesses moldes – de uma exposição mais clara e aberta daquilo que presidiu o raciocínio do juiz –, permite-se a cognoscibilidade e o controle dos pronunciamentos, e respeita-se, também, o funcionamento “normal” (parâmetro definido pelos próprios neurocientistas, como indicativo de que o indivíduo não está acometido de nenhuma patologia que comprometa seus processos decisórios) da mente humana, caracterizado por processos reflexivos permeados pela emoção.

3.4 Máximas da experiência: afinal, elas são fruto da “intuição” (Sistema 1), da reflexão (Sistema 2), ou de uma integração entre os dois?

Tudo isso dito quanto à psicologia e o funcionamento do cérebro do julgador, o leitor pode estar se questionando: e quanto às máximas da experiência? Como poderíamos categorizá-las? Seriam elas um simples exercício automático do “Sistema 1” (movidas apenas por um raciocínio intuitivo), tratar-se-iam de uma modalidade especial de reflexão (Sistema 2), ou constituiriam um *tertium genus*, uma mistura de ativação de memória com intuição, correlação de eventos narrados, comparação com situações que ordinariamente acontecem e ponderação acerca de todos esses fatores?

Antes de respondermos à indagação, é preciso explicar, em linhas bem gerais, do que estamos tratando. De início, é preciso dizer que o uso judicial das “máximas da experiência” foi preservado pelo Código de Processo Civil atual, de modo que é algo que compõe o nosso ordenamento jurídico. É algo, portanto, que continua vigorando entre nós.

Em seu artigo 375, nosso diploma processual civil permite ao juiz aplicar “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”. Na parte final do mesmo dispositivo, ressalva-se a utilização, pelo magistrado, daquilo que o Código chama de “regra de experiência técnica”, as quais apenas podem ser apreciadas após a produção (e com base no conteúdo) de laudos periciais.<sup>350</sup>

Quanto a estas últimas questões, portanto, ainda que julgador tenha uma segunda ou terceira formação (em medicina, engenharia, administração, economia, contabilidade, etc.), não poderá examiná-la de ofício, devendo deixar a investigação a cargo dos peritos e assistentes técnicos das partes. Apenas *a posteriori*, e com base na discussão travada em torno do que foi dito pelos especialistas, poderá emitir suas considerações a respeito do resultado da prova produzida.<sup>351</sup>

As “máximas” ou regras da “experiência” comum referem-se àquela bagagem de noções de “conhecimento generalizado”, disponíveis a qualquer indivíduo com uma formação de nível médio (o que abarca todos os nossos magistrados, já que o acesso a uma formação em Direito

---

350 Confira-se a íntegra do artigo: “Art. 375. 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”.

351 Embora isso não impeça problemas no momento em que um julgador com uma segunda formação vier a apreciar um laudo pericial. Por mais que o artigo 479 do Código determine que “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”, isto não garante em nada que a própria análise do laudo pericial não vá ser “viciada” pelo eventual conhecimento privado do juiz de matéria que, em tese, estava reservada à opinião de outro *expert*. Reconhecemos esse problema, mas o fato é que não seu exame exigiria um trabalho específico. Sendo assim, embora não possamos, nesta oportunidade, analisar a questão com a profundidade que ela merece, limitamo-nos a manifestar nossa consternação.

depende da conclusão prévia desse nível),<sup>352</sup> acrescidas do conhecimento dos hábitos e costumes da região – isto é, ao que corresponde à normalidade da vida dentro do contexto dos habitantes de uma certa comunidade (o que, naturalmente, irá variar conforme a comarca ou seção judiciária em que o magistrado atue).

As máximas da experiência correspondem àquilo que Michele Taruffo chama de “verossimilhança”.<sup>353</sup> Elas são o *id quod plerumque accidit*, ou seja, “o que normalmente acontece” diante de uma situação “x” qualquer. Há uma infinidade de noções que podem ser “espremidas” dentro da noção de máxima da experiência: o Sol nasce no Leste e se põe no Oeste; corpos pesados soltos no ar costumam cair (ideia de gravidade); a função do coração é auxiliar na circulação sanguínea; um objeto em movimento tem a tendência de manter sua trajetória (inércia); a Terra é redonda; exames de DNA podem servir para comprovar tanto a paternidade como a autoria de delitos; vacinas evitam que sejamos acometidos das doenças causadas pelos vírus ou bactérias nelas contidos (os quais, introduzidos no organismo em pequenas quantidades, fazem com que nosso corpo passe a produzir anticorpos, o que, em regra, evita que nos contaminemos com o mesmo vírus ou bactéria no futuro); água e óleo não se misturam, etc.

Esses são todos conhecimentos generalizados, fundados em teorias científicas que, primeiro se consolidaram em um certo setor do meio acadêmico, e então difundiram-se, até alcançar, nos dias atuais, um sem-número de pessoas sem formação técnica específica em física, medicina, astronomia, etc. Essas noções podem, um dia (como veremos no próximo capítulo), ser superadas por outras teorias. No entanto, *hoje*, elas são as formulações mais exatas de que dispomos para lidar com esses fenômenos. Sua aceitação generalizada no meio acadêmico fez com que chegassem às escolas tradicionais de todo o mundo, de modo que, hodiernamente, elas são ensinadas a crianças e adolescentes nos ensinamentos fundamental e médio como teorias confiáveis.

Como dissemos acima, além desses conhecimentos científicos generalizados, há uma gama de noções que compõem o estilo de vida em cada região. Hábitos, linguajar específico, atividades laborativas e de lazer mais comuns. Elas constituem o “estatuto da vida tradicional” em um certo microcosmos social. Claro que, dentro dessa bolha, podem viver indivíduos que

---

352 Para substituir a tradicional (e problemática) expressão “homem-médio”, preferimos “formação de nível médio” – significando, literalmente, conhecimentos que qualquer um que tenha concluído o ensino médio deveria possuir.

353 Embora esse seja apenas um dos sentidos da palavra.

não seguem essas tradições – mas, no geral, cada local tem seu estilo de vida peculiar.<sup>354</sup> Assim, a cultura varia localmente, de modo que a própria noção de “máximas da experiência” é contextual.

Ao nosso ver, trata-se de um tema ainda menos estudado do que a cognição, e que merece mais atenção da doutrina. Há quem entenda, contudo, que as máximas da experiência são um absurdo, um resquício de tempos passados (como o apêndice do nosso corpo), e uma porta aberta para o decisionismo e a arbitrariedade do julgador. Por tudo isso, afirmam que seria melhor que o Código as tivesse abolido completamente.<sup>355</sup>

Até compreendemos as razões do ressentimento dos que pensam assim. Entretanto, em nossa opinião, 1) há outros dispositivos muito mais problemáticos, que foram deixados intocados, no campo do direito probatório (junto dos quais a previsão das máximas da experiência soa até como algo bem positivo). Além disso, 2) ainda que o dispositivo fosse suprimido, as máximas continuariam a ser aplicadas, não só porque têm eminente utilidade prática, mas porque invariavelmente permeiam o nosso dia a dia.<sup>356</sup> Ademais, 3) não obstante possam abrir um flanco para o autoritarismo, elas não diferem, neste ponto, de diversos dispositivos similares constantes do Código de Processo Civil, que conferem poderes ainda maiores aos nossos juízes (como o poder geral de efetivação e o poder geral de cautela)<sup>357</sup>, e

---

354 Hoje em dia, isso fica mais evidente nas áreas rurais e em pequenos aglomerados urbanos. Fechados nas bolhas das cidades maiores do Brasil, podemos cometer o equívoco de acreditar que a vida que levamos é a mesma de todas as outras pessoas. Ledo engano. Basta passar alguns dias em uma localidade diferente para notarmos pequenas diferenças. Naturalmente, essas discrepâncias são menos acentuadas de uma cidade “grande” para outra (afinal, metrópoles costumam ser cosmopolitas, abrigando vários estilos de vida diferentes), mas se intensificam conforme migramos para cidades menores, e, principalmente, para zonas rurais. Assim, diferentes agrupamentos humanos possuem hábitos de vida também diferentes, o que faz com que essa “parte” das “máximas da experiência” varie de um lugar para outro.

355 STRECK, Lenio Luiz. “O NCPC e as esdrúxulas “regras de experiência”: verdades ontológicas?” *Consultor jurídico*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas#_ftn1). Último acesso em 17.1.2020. Também criticando o emprego das máximas por magistrados, COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério...*, op. cit., p. 145 (trecho em que critica a aplicação das máximas para aferição da condição de segurado especial, em processos previdenciários) e p. 163–164 (passagem na qual critica o emprego das máximas por um órgão jurisdicional espanhol). Vale dizer que concordamos com Costa quanto aos perigos da aplicação *irrestrita e generalizada* das máximas da experiência. Apenas discordamos de que elas sejam um mal “em si” – e que, portanto, teriam de ser expurgadas do ordenamento (como propõe Lenio Streck). A depender do modo em que forem usadas, cremos que elas possam, sim, contribuir para solucionar processos, desde que o *conjunto probatório* indique tratar-se de situação comparável com o conteúdo da máxima (e, portanto, sujeita à aplicação desta).

356 Ou será que o julgador teria de mandar produzir laudo pericial se, por exemplo, uma das partes alegasse, em ação indenizatória, ter sido atingida por um cavalo que se deslocava a duzentos quilômetros por hora? Ou que um ferimento lhe fez sangrar vinte litros? Ou, ainda, o que teria de ser feito se o réu pedisse ao julgador que analisasse seu caso desprezando a lei da gravidade, afirmando que, apenas dentro dos limites do seu quarteirão, esta não funcionaria (de modo que aquela árvore, que ele admitidamente derrubou em seu quintal, simplesmente não poderia ter *caído* em cima da casa do autor)?

357 “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial*, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

mesmo aos oficiais de justiça (a permissão para que cumpram diligências em qualquer dia e horário).<sup>358</sup>

Quanto a esse último questionamento, o remédio para combater as máximas é o mesmo que temos de usar para combater qualquer espécie de solipsismo: exigir que o juiz cumpra com os deveres impostos pelo devido processo legal, expondo minuciosamente as razões que o levaram a empregar determinada máxima – inserindo-a, assim, no debate processual. Aliás, a promoção, no processo, desse ambiente discursivo amplo, não é mera opção: é uma imposição do constituinte ao magistrado, exigência que é detalhada e concretizada por uma série de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.<sup>359</sup> A partir do momento em que toma posse como servidor encarregado de exercer a jurisdição, o juiz deve prestar contas do seu agir – e isso, naturalmente, aplica-se perfeitamente ao uso de máximas da experiência.

Mas ainda não respondemos a pergunta inicial deste item? Aplicar as máximas é usar o Sistema 1 ou o Sistema 2? Bem, na nossa opinião a comparação entre a situação específica do caso concreto e aquilo que corresponde ao que normalmente acontece é uma ação integrada, que envolve os dois “sistemas”.

A rigor, como já dissemos nos itens anteriores (e especialmente no item imediatamente anterior ao presente), a própria divisão que autores como Kahneman fazem entre “rápido” (Sistema 1) e “devagar” (Sistema 2) é meramente didática. Trata-se de uma simplificação para facilitar o entendimento do leitor, principalmente do leitor leigo, que está se iniciando no estudo do cérebro.

Como vimos com Damásio, a mente humana opera de forma integrada: há um intercâmbio constante entre vários sistemas: percepção, memória (inclusive memória afetiva), interpretação, correlação de eventos, emoções, cálculo e estimativas, tudo isto opera simultaneamente, como uma orquestra. E, assim como em qualquer orquestra, parece que o conjunto funcione bem, é preciso que cada uma das partes não só faça sua parte: é preciso que elas se comuniquem e se completem de forma a gerar a música desejada.

O mesmo vale para as máximas da experiência. O dito Sistema 1, a parte mais perceptiva do cérebro, detecta uma situação e a compara com aquele universo de noções que correspondem

---

Art. 297. *O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória*”.

358 “Art. 212. Os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

§ 1º Serão concluídos após as 20 (vinte) horas os atos iniciados antes, quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano.

§ 2º *Independentemente de autorização judicial, as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses, onde as houver, e nos feriados ou dias úteis fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal*”.

359 Desenvolveremos mais essas noções no capítulo 4.

à normalidade, enquadrando-a rapidamente em “normal” e “anormal”. Este não é um procedimento sem importância. Muito pelo contrário: a capacidade de ativar os sentidos, a memória e comparar situações é parte extremamente importante da nossa tomada de decisões.

No entanto, feita a correlação entre a situação do caso concreto e a consequência tida como “usual” para aquela situação, o magistrado deve iniciar um processo de análise mais detida, *de acordo com as informações específicas do caso concreto*, para verificar se não está diante de uma exceção à máxima. Afinal, o caso concreto pode fugir à regra, e é diante do contexto particular dele que o julgador tem de agora decidir.

Aproveitando-nos da linguagem de Kahneman, poderíamos dizer que, nessa fase mais deliberativa, o Sistema 2 começa a “conversar” com o Sistema 1. O julgador sopesa o conjunto probatório com as máximas, na tentativa de detectar qual das opções parece mais correta: 1) aplicar as máximas, já que o conjunto probatório não foi capaz de comprovar que se estaria diante de exceção, ou 2) decidir que existem elementos suficientes para comprovar as afirmações da parte (autor ou réu) de que sua situação é singular (e, portanto, merece ser reconhecida como exceção às regras da experiência).

De qualquer forma, independentemente de como decida proceder, o julgador terá de exercer um debate efetivo com as partes, não só oportunizando a fala e a produção de provas, mas dialogando com elas em cada um dos seus pronunciamentos. Nesse debate, a parte que está se insurgindo contra a máxima, afirmando que sua situação é diferente, termina tendo de assumir um ônus reforçado de comprovar sua versão (o que não parece de todo absurdo: afinal, se uma pessoa pretende distinguir sua situação daquilo que costuma ocorrer em 99% dos casos, parece razoável que se exija dela ônus probatório e argumentativo reforçados).

E, caso as partes não se convençam da fundamentação do julgador, poderão valer-se do mesmo instrumento de controle de que dispomos para controlar toda e qualquer decisão judicial: recurso. Infelizmente, não sobram outras ferramentas depois de o juiz ter sentenciado em determinada maneira, aplicando (ou afastando) as máximas. Mas em que essa situação difere de todo e qualquer caso de inconformismo com decisões judiciais? Em que as máximas da experiência diferem dos abusos cometidos no exercício dos poderes gerais de efetivação e cautela, na negação do contraditório e no desrespeito ao dever de fundamentação dos pronunciamentos judiciais?

Com isto, cremos ter respondido à pergunta que motiva este item. Para o que nos interessa neste momento, a mentalidade que deve presidir a aplicação das máximas da experiência é uma de integração entre o que autores como Kahneman chamam de Sistema 1 e Sistema 2 do cérebro. Na linguagem de António Damásio, essa divisão sequer seria necessária,

já que o cérebro funciona naturalmente dessa maneira integrada, tal qual uma elegante e complexa orquestra.

Nessa ordem de ideias, a *“parte rápida” do cérebro* (que, como vimos neste capítulo, não conseguimos simplesmente “desligar”) *inicia a análise, executando um ou mais processos associativos, que evocam a memória do julgador. Depois disso* (assim como sustentamos no caso dos vieses cognitivos), *deve entrar em ação um processo reflexivo, que averigue se, no contexto específico dos autos, pode-se lançar mão dessa associação entre o caso presente e o que ordinariamente acontece (ou, se, do contrário, o conjunto probatório permite afirmar que se está diante de uma exceção).*

De qualquer forma, seja para aplicar ou afastar a máxima, o julgador terá de exercer sua cognição em um ambiente que promova um contraditório efetivo entre as partes, dando-lhes oportunidade para influir na formação do seu convencimento e, eventualmente, produzir mais provas. Além disso, ao decidir, o julgador deverá respeitar o dever de fundamentação, explicitando pormenorizadamente as razões que, naquela situação específica, o levaram a lançar mão (ou a rejeitar) das máximas da experiência.

#### **4. A trajetória da verdade na epistemologia: novas limitações do conhecimento humano, e seu inevitável impacto no conceito de cognição**

##### 4.1 Platão x Aristóteles: duas (ou seriam três?) concepções de “verdade” e de “conhecimento”

– Entre o mundo das ideias, a verdade como correspondência e a construção retórica da “verdade do caso concreto”

Na tradição ocidental, a história da teoria do conhecimento passa por vários nomes, muitos dos quais não teremos espaço para abordar aqui. Afinal, são mais de dois mil anos de conjecturas acerca de como funcionaria nossa relação com o mundo à nossa volta, dos limites das nossas observações a respeito dos objetos e seres vivos que o compõem, e de quais seriam as formas de processar, registrar e transmitir essas percepções.

A despeito dessa multiplicidade, nós entendemos que há, na história da epistemologia do Ocidente, duas teorias centrais, que acarretam formas bem distintas de encarar o conhecimento, e que influenciaram de maneira determinante o desenvolvimento da ideia de método científico ao longo de mais de vinte séculos (mesmo quando ainda não se falava, propriamente, em “método científico”).

Trata-se das concepções de Platão e Aristóteles. A forma como estes dois filósofos entendiam o papel e o funcionamento da investigação científica moldou o pensamento ocidental, sobrevivendo, com uma série de adaptações (e muitas vezes deturpações), ao Império Romano, ao medievo, ao Renascimento, ao Iluminismo, e aos desdobramentos deste último (bem como as reações a ele) ao longo dos séculos XIX e XX, até chegar aos nossos dias. Mais que isso, a difusão cada vez maior das suas teses fez com que elas transpusessem os limites territoriais do próprio Ocidente, no qual foram originalmente desenvolvidas, para afetar o desenvolvimento da teoria do conhecimento a nível mundial.

Mas o que há de tão relevante nas ideias desses dois?<sup>360</sup> Para uma pista, segue a imagem:

---

360 Umhas escritas entre o final do século V a.C. e a primeira metade do século IV a.C. (Platão), e outras elaboradas ao longo do século IV a.C. (Aristóteles).



Este é um recorte da obra *A Escola de Atenas*, do renascentista Rafael Sanzio. Embora tenha sido pintada no início do século XVI e, portanto, esteja sujeita às anacronias que influenciam toda visão contemporânea (contemporânea para o próprio Rafael) de tempos pretéritos,<sup>361</sup> o quadro traz uma simbologia extremamente útil para ilustrar o que estamos tratando neste subitem.

---

361 Estamos cientes de que a obra reflete a concepção renascentista da filosofia grega, e de que toda releitura do passado (seja por imagens ou palavras) pode levar a interpretações anacrônicas, descontextualizadas do momento em que determinados fatos aconteceram. A pintura de Rafael já é, portanto, uma interpretação moderna dos pensadores gregos de outrora. No entanto, vários dos seus detalhes fazem referência a obras e afirmações atribuídas aos personagens nela retratados, em alusões que não parecem destoar tanto do que podemos inferir após uma consulta direta ao conteúdo destas mesmas obras. Sendo assim, ainda que a pintura seja motivada por um desejo de exaltar a Grécia clássica, não vemos no trecho colacionado uma distorção tão gritante como a ocorrida, por exemplo, em “*A Batalha de Alexandre em Issus*”, de Albrecht Altdorfer – a qual é permeada por anacronismos muito mais graves (apresenta os exércitos de Alexandre e Dario em trajes e formações de batalha da época do próprio Altdorfer, transmitindo um cenário totalmente incongruente com a realidade do evento que se pretendia retratar). Feitas estas observações, e conscientes dos perigos de enxergar o passado por uma perspectiva

Perceba-se a posição das mãos de Platão (à esquerda) e Aristóteles (à direita). Platão aponta para o alto, enquanto segura com a outra mão o *Timeu*, um discurso socrático no qual destrincha as diferenças entre o mundo sensível (o mundo “real”) e o mundo eterno.<sup>362</sup> Aristóteles, por sua vez, aponta para baixo com a palma da mão direita (a sensação de movimento pode ser inferida apesar do caráter estático da pintura), e segura um exemplar da *Ética* (a *Nicômaco*) na mão esquerda.

Há muito significado encerrado nesses detalhes. Malgrado toda leitura seja, em verdade, uma releitura, o fato é que, partindo do princípio de que os textos originais tenham sido preservados (pelo menos até certa medida), entendemos que as diferenças entre a epistemologia de Platão e Aristóteles já podiam ser notadas pelos seus contemporâneos helênicos, por renascentistas como Rafael, e também por nós.

A forma platônica de encarar o “fazer ciência” parte da distinção da realidade entre o mundo da experiência sensível (finito, inevitavelmente imperfeito e limitado) e o mundo das ideias (perfeito, eterno e imutável). O mundo “real” jamais poderia oferecer ferramentas para se alcançar a perfeição, já que esta só poderia ser apreendida através da razão (contida na alma), que, como uma espécie de “bilheteria” ou “portaria”, conferiria ao indivíduo um ingresso para o mundo das ideias.<sup>363</sup> Assim, atingir-se-ia uma compreensão “verdadeira” das coisas, que seria *transcendente* ao mundo fenomênico.

Essa tendência de cindir a experiência humana em percepção e deliberação, emoção e razão, instinto e racionalidade, defendida por Platão como uma necessidade para alcançar o conhecimento *verdadeiro*, deixou marcas inegáveis na teoria do conhecimento. Ele termina defendendo uma separação radical entre mente e corpo (já bastante criticada por nós no item anterior) – e, com isso, direciona o saber humano para a construção de técnicas de pesquisa e argumentação que permitam o alcance de juízos absolutamente precisos sobre a realidade. Lendo-se Platão dessa forma (como aliás, ele foi lido por grande parte dos seus seguidores), portanto, o conhecimento “perfeito” do mundo existe, pode ser acessado pela razão e, conseqüentemente, caberia a cada ser humano que desejasse compreender os mais diversos fenômenos buscar esta verdade.<sup>364</sup>

---

descontextualizada (por mais que nós, juristas, caiamos a todo tempo nesta armadilha), acreditamos que não há problemas maiores no uso da imagem de Rafael. Para mais acerca das anacronias, usando o exemplo da pintura de Altdorfer como ponto de partida, confira-se KOSELLECK, Reinhart. O futuro passado dos tempos modernos em *Futuro passado...*, *op. cit.*, p. 21–39.

362 PLATÃO. *Timeu–Crítias*. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011, p. 71–211.

363 *Ibidem*, p. 93–97.

364 *Ibidem*, *passim*. Menções semelhantes podem ser encontradas em várias outras obras de Platão, entre elas o *Fedro*, constante de PLATÃO. *Diálogos – I – Mênon, Banquete e Fedro*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, especialmente p. 154–155.

A perspectiva aristotélica, por outro lado, endossa uma visão do conhecimento centrada na experiência sensível, negando que haja qualquer espécie de “mundo ideal” apartado do mundo perceptível. A realidade seria uma só, incindível.<sup>365</sup>

Ainda assim, Aristóteles não se afasta, de maneira alguma, da ideia de verdade. Ele apenas a transfere para uma perspectiva *imanente* – isto é, a verdade não estaria em um mundo transcendente à realidade empírica, mas já estaria presente nesta, cabendo a nós descobri-la, mediante a construção de correspondências precisas entre intelecto e coisa (*adaequatio intellectus et rei*).

Daí se vê que, diferentemente de Platão, que diviniza o conhecimento e conclama os pensadores a buscar uma verdade abstrata já posta (a mão para o alto), pronta para ser descoberta, Aristóteles desenvolve uma outra mentalidade. Embora não negue a ideia de verdade, transporta esta ao plano terreno (a mão para baixo): para o estagirita, também deveríamos tentar alcançá-la, mas a partir de problemas específicos fundados na experiência, e não apenas por meio de juízos *a priori* – previamente dados e dissociados da realidade fenomênica.

Aristóteles baseia, então, a sua *Metafísica* na noção de verdade-como-correspondência – reproduzindo, com todas as letras, a ideia imanente de Parmênides de que “o ser é” e de que “o não-ser não é”. Diz Aristóteles que “falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é”.<sup>366</sup> Mais adiante, reitera sua ideia do “falso”: “uma noção falsa é aquela que, justamente enquanto falsa, é noção de coisas que não são: por isso toda noção é falsa quando referida a coisa diversa daquela acerca da qual é verdadeira: a noção de círculo, por exemplo, é falsa se referida ao triângulo”.<sup>367</sup>

Verdadeiro, por outro lado, tem duas dimensões na *Metafísica* aristotélica. Em uma primeira dimensão, “o verdadeiro e o falso não se encontram nas coisas (como se o bem fosse o verdadeiro e o mal fosse o falso), mas só no pensamento”.<sup>368</sup> Essa é a dimensão que forma o “*intellectus*” da expressão latina.

Em outra passagem, o estagirita sustenta que “o ser verdadeiro e falso das coisas consiste na sua união ou na sua separação, de modo que estará na verdade quem considera separadas as coisas que, efetivamente, são separadas e unidas as coisas que, efetivamente, são unidas”.<sup>369</sup>

---

365 ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, especialmente p. 51–65 (onde se faz uma crítica direta ao pensamento de Platão).

366 Ibidem, p. 179.

367 Ibidem, p. 261.

368 Ibidem, p. 281.

369 Ibidem, p. 429.

Aqueles que não seguissem esse preceito estariam equivocados: “ao contrário, estará no erro quem considera que as coisas são contrárias a como efetivamente são”.<sup>370</sup> Essa segunda dimensão, pregando fidelidade com aquilo que as coisas efetivamente sejam, compõe o termo “*rei*” da expressão.

A adequação entre intelecto e coisa é feita por Aristóteles logo em seguida, quando o estagirita pontua: “então, quando temos e quando não temos uma afirmação verdadeira ou uma falsa? É preciso examinar o que entendemos por isso. De fato, não és branco por pensarmos que és branco, *mas porque és branco, nós, que afirmamos isso, estamos na verdade.*”<sup>371</sup> *Voilà! Adaequatio intellectus et rei.*

Apesar dessa visão dominar a Metafísica, há uma outra parte do pensamento de Aristóteles, que prefere afastar-se da concepção de verdade-como-correspondência, típica da sua lógica e de outros escritos como “Sobre a Alma”, para concentrar os esforços na obtenção de uma espécie de “verdade do caso concreto”, a ser construída através da retórica.

Isso quer dizer que, ao lado da noção de verdade-como-correspondência, e das preocupações do estagirita com o método e a classificação precisa das categorias, há, na sua obra, uma outra orientação, dedicada à construção de soluções através da tópica (ou seja, do problema individualmente considerado), em um processo mediado pela retórica (embora, vale dizer, a retórica aristotélica não se confunda com a dos sofistas).<sup>372</sup>

Não parece exagerado dizer que o Aristóteles da retórica e da poética seria um “segundo Aristóteles”. Como afirma João Maurício Adeodato, há, para além do Aristóteles preocupado com a taxonomia e a verdade-como-correspondência entre “ideia” (formulada interiormente pelo sujeito) e “coisa” (ou objeto), um Aristóteles “mais cheio de dúvidas”, que parece, de certa maneira, apontar para uma outra direção.<sup>373</sup>

A retórica aristotélica não guarda relação com a visão epistemológica de seu autor. Ela pode ser entendida como uma “técnica geral de discurso”, mas que está muito mais preocupada com o *comportamento* dos atores em situações singulares do que em vender a imagem de um determinado resultado final ideal que deva ser perseguido.

Eventual resultado final será definido pela dialética que deveria presidir o curso do procedimento – devendo, ainda, ser respeitada algumas regras quanto à *forma* deste. Nestes

---

370 Ibidem, mesma p. 429.

371 Ibidem, mais uma vez a mesmíssima p. 429.

372 Consulte-se ARISTÓTELES. Tópicos e Dos argumentos sofisticos em *Coleção Os Pensadores – Aristóteles*, Vol. 1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987.

373 ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito – Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 103–109 (especialmente a p. 107).

termos, a condução correta do procedimento meio que garantiria um resultado mais aceitável, que não teria qualquer relação necessária com a verdade-como-correspondência dos problemas tratados na Metafísica. Para a retórica aristotélica, o importante é que ter-se-ia chegado à conclusão do processo discursivo por uma construção dialética (e, por isto, supostamente conjunta) da solução.

Não haveria, então, razão para questionar se a resposta a que se chegou seria aplicável a todos os casos, ou se representaria a materialização de um conhecimento perfeito e imutável. Na ótica da retórica, fruto dos trabalhos desse que estamos chamando “segundo Aristóteles”, importa é que a discussão foi travada, e que o problema (ao menos por ora) foi resolvido.<sup>374</sup> A solução proposta seria uma espécie de “verdade construída” pelas partes na discussão tópica.<sup>375</sup>

Isto é, enquanto as epistemologias platônica e aristotélica depositam muita fé na capacidade da razão humana de chegar a enunciados universalmente válidos e absolutamente precisos (aquela em perspectiva transcendente, ligada à conexão do sujeito com o mundo das ideias, e esta na busca imanente de uma conexão precisa entre intelecto e objeto da observação), a retórica aristotélica prefere, para além de centrar-se na experiência captável pelos sentidos, analisar as situações observáveis em perspectiva problemática – isto é, tratando-as como controvérsias a serem resolvidas através do *discurso* e da *argumentação*.

---

374 Claro que esta explicação é uma simplificação dos pensamentos platônico e aristotélico. Para além da complexidade, há, ainda, uma dificuldade “extra” ao ler e interpretar estes autores, que é o fato de às vezes existirem contradições entre suas obras, ou mesmo entre *trechos de uma mesma obra*. Considerando que eles tratavam de uma multiplicidade de áreas do conhecimento – da biologia à matemática, da filosofia à política –, é compreensível que, em algum momento, encontremos confusões entre suas afirmações. E, em Aristóteles, essas idas e vindas são tão perceptíveis que resolvemos, neste trabalho, dividir suas ideias em dois grupos bem diferentes: no primeiro, estão partes da obra do estagirita (como a Metafísica) nas quais ele se mantém conectado à visão imanente de Parmênides de que o “ser é o ser, e o não ser é o não ser”; no segundo grupo, como já dissemos no texto principal, temos o Aristóteles da poética, da tópica e da retórica, que não parece estar tão preocupado que o discurso atinja a verdade-como-correspondência (que caracteriza aquele primeiro grupo de trabalhos). Como já dissemos, autores que possuem obras anormalmente vastas trazem essa dificuldade “extra” na leitura. Se o leitor deseja um exemplo mais atual, basta consultar os textos de Pontes de Miranda. Ora, qualquer um que já tenha lido um pouco de sua gigantesca obra perceberá o quão assistemático o alagoano podia ser: várias vezes, encontramos lições “deslocadas” – isto é, em volumes, ou mesmo itens, cujos títulos não ofereciam a menor indicação de que conteriam observações com aquele conteúdo. Outras vezes, vemos a mesma lição sendo repetida incessantemente, em pontos espalhados de um mesmo volume dos seus Comentários ao Código de Processo Civil, ou do Tratado de Direito Privado. E isto porque Pontes não apenas escreveu, mas *publicou* sua gigantesca obra ao longo do século XX, quase quinhentos anos depois da invenção da prensa por Gutemberg. Já existia, à essa época, não apenas tecnologia suficiente para compilar e publicar seus escritos, mas todo um mercado editorial bem mais consolidado. Mas se mesmo ele, que está tão mais próximo de nós histórica e tecnologicamente (apesar de não ter vivenciado as facilidades da internet e da elaboração de textos em computadores), deixou uma obra com sérios problemas de assistemática, o que dizer de Aristóteles, cuja maioria das obras se perdeu, nos restando apenas seus escritos de escola (dos quais alguns ainda têm sua autenticidade seriamente questionada)?

375 Neste sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia – O paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, passim e SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil de 2015 em COSTA, Eduardo José da Fonseca, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEREIRA, Mateus Costa (coord.). Coleção grandes temas do novo CPC, v.6, *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 323–324.

Segundo entendemos, a aplicação dessas teorias moldou o pensamento humano em escala mundial. A escolha entre as ideias de Platão ou de Aristóteles termina conduzindo estudiosos das mais diversas áreas a nutrir uma determinada perspectiva em relação ao papel da investigação científica.

Assim, aqueles que pensam como Platão podem defender a necessidade de se buscar “a verdade” dentro de determinado procedimento de averiguação de fatos, o que faz com que estabeleçam um grau de “exigência epistêmica” altíssimo – por entenderem ser possível, necessário e desejável chegar a esse “ponto final” para a resolução do problema, no qual revelar-se-ia aquela verdade definitiva, que (supostamente) estaria “escondida” no “mundo das ideias”.

Os que aderem ao pensamento do “primeiro Aristóteles” podem até discordar de que o acesso à verdade só possa ser alcançado pelo “mundo das ideias”, ou que sejamos capazes de chegar a uma “verdade absoluta” e definitiva. No entanto, eles também defendem a necessidade de buscarmos a verdade (ainda que em uma perspectiva “terrena”), sustentado sua posição com a afirmação de que a “verdade que podemos alcançar” já estaria presente neste mundo: caberia àqueles que quisessem acessá-la, tão somente, fazer a devida conexão entre suas ideias e o fato ou objeto investigado (verdade-como-correspondência).

Por outro lado, aqueles que seguem a tópica e a retórica do “segundo Aristóteles” podem ter um viés mais pragmático, pondo mais importância na necessidade de se chegar a uma “verdade provável”, que surgirá se forem respeitadas as regras de uma investigação mediada por um debate constante entre possibilidades incompatíveis. Ainda que não se chegue a um resultado definitivo, reconhecem que há uma hora de parar a discussão, diante da utilidade da resposta alcançada para solucionar a controvérsia que lhe deu origem.

No Direito, a opção por Platão ou Aristóteles gera efeitos análogos. Especificamente com relação ao processo civil (nosso objeto de estudo), o tema foi extensamente abordado por Ovídio Baptista da Silva, que relacionava a uma mentalidade platônica a sacralização do procedimento ordinário e da cognição exauriente. As críticas à tutela cautelar, à antecipação de tutela e a outros institutos com elas relacionados estariam amparadas por essa visão “idealizada” da cognição.

Segundo o jurista gaúcho, a obsessão pela busca de uma verdade absoluta no processo ignoraria o caráter dialético deste, mais relacionado à perspectiva aristotélica de construção de uma “verdade provável” pelo procedimento.

Para Ovídio, a lógica platônica impediria os processualistas de enxergar os litígios em perspectiva tópica, como problemas singulares entre pessoas determinadas, a demandar *uma* solução – não necessariamente perfeita, mas, pelo menos, pacificadora do conflito.<sup>376</sup>

Em nossa opinião, a visão de Ovídio Baptista da Silva só faz sentido em relação ao “segundo Aristóteles”. Com relação ao Aristóteles da Metafísica, parece que as mesmas críticas dirigidas a Platão aplicar-se-iam – ainda que em grau menor, em virtude da crítica que a epistemologia aristotélica faz à “cisão” entre “mundo das ideias” e mundo “fenomênico”, e em função da “verdade-como-correspondência” poder ser lida como um *standard* epistêmico menos exigente do que a “verdade platônica”.

Reitere-se que esse é um resumo extremamente grosseiro das obras de Platão e Aristóteles. Mas resolvemos, mesmo assim, apresentá-las aqui, ainda que dessa maneira resumidíssima (que alguns poderiam até chamar de “caricata”), em virtude do seu imenso impacto para a epistemologia ocidental.

Com efeito, tamanha é a impregnação dessas ideias na nossa tradição que, mesmo quando não as usamos diretamente como marco teórico, muito provavelmente partiremos de autores que as tomam como premissas para seu pensamento (consciente ou inconscientemente).

Por que razão isso acontece? Segundo entendemos, é porque os textos que contêm as teorias de Platão e Aristóteles não apenas foram preservados ao longo da história: eles foram *reproduzidos e incorporados*, e – ainda que modificados em maior ou menor escala – suas linhas mestras foram sendo mantidas até os tempos atuais, por uma variedade de filósofos e epistemólogos. Em certos momentos, um dos dois pensadores gregos pode ter sido preterido pelas ideias do outro, mas o fato é que ambos sobreviveram ao tempo, e adentraram as raízes da epistemologia. Parte desse processo de manutenção e reprodução será explicado a partir do próximo item.

#### 4.2 Descartes e a adoção da visão platônica como modelo para a ciência moderna – A propagação do culto à “verdade” no pensamento científico

Embora o pensamento platônico pregasse um desprendimento da alma em relação ao corpo, e posicionasse a razão no âmbito daquela, afirmando a superioridade do espírito frente às impressões “enganosas” dos sentidos – algo que, por muito tempo, foi extremamente útil às pretensões de afirmação incontestável de dogmas religiosos –, a Igreja Católica terminou se distanciando de algumas de suas ideias a partir do século XIII.

---

376 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*, op. cit., passim. Idem, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, passim.

Sem eliminar totalmente Platão, adotou o pensamento do “primeiro Aristóteles” (em certa roupagem, claro) como a base da sua filosofia oficial (disseminada nos mosteiros e, posteriormente, nos colégios dirigidos por religiosos). O objetivo do conhecimento ainda era a verdade, entendida no sentido de uma aproximação maior com Deus. No entanto, gradualmente, a ideologia da procura pela “chave” do mundo das ideias foi sendo transformada na necessidade de refinar as explicações teóricas, buscando uma correspondência cada vez maior entre elas e os eventos analisados.

Ainda que em menor proporção, os ensinamentos do “segundo Aristóteles” (o da “retórica”) também passaram a ser mais empregados para a condução do raciocínio e da investigação dos fenômenos, sendo manejados como ferramentas para a formulação de proposições que propiciassem o alcance da “verdade-corno-correspondência” do “primeiro Aristóteles”.

Como, ao longo da Idade Média, o pensamento na Europa Católica devia aderir à doutrina oficial da Igreja (que controlava, assim, o tipo de ciência que deveria ser desenvolvido nos territórios sob sua autoridade), essa guinada pró-Aristóteles teve que ser dada em todos os locais tementes ao Papa.

Nesse contexto, a Escolástica se firmou como o modelo de pensamento adotado nos Estados europeus católicos. Ganhando força a partir da Baixa Idade Média, em grande parte devido aos trabalhos de Santo Tomás de Aquino, edificou-se uma doutrina de forte base aristotélica (e aqui tanto em relação ao primeiro quanto ao segundo Aristóteles), que divergia em vários pontos de ideias neoplatonistas ainda em voga, como as de Santo Agostinho – estas últimas desenvolvidas cerca de setecentos anos antes (século V da era cristã).

As mais diversas matérias trabalhadas nas grades curriculares das escolas e universidades (lógica, retórica, astronomia, biologia, física, medicina, ética) passaram, então, a amparar-se na releitura tomista do pensamento de Aristóteles, ao qual Aquino ainda agregara elementos de diversos outros filósofos clássicos (entre eles o próprio Platão) – numa tentativa de síntese entre o pensamento religioso cristão e as teorias resgatadas do período áureo da filosofia helênica.<sup>377</sup>

---

377 Não é correto, portanto, afirmar que Tomás de Aquino teria simplesmente aderido ao pensamento aristotélico, ou que este tenha constituído a única fonte para suas próprias teorizações. Embora a nota diferencial do pensamento tomista seja, efetivamente, um resgate amplo de Aristóteles (quando comparado com a predominância, até então, das ideias neoplatonistas), marcado pela sua defesa de que “*veritas est adaequatio rei et intellectus*” (em tradução livre, “verdade é a adequação da coisa ao intelecto”), não há uma concordância total com as noções deste último, além de terem sido acrescentados elementos de outros pensadores gregos (como já afirmado no texto). No mais, apesar de algumas discordâncias, Santo Tomás foi fortemente influenciado por ideias de Santo Agostinho, podendo ser identificados “pontos de convergência” entre eles. Para mais a respeito do pensamento de Santo Tomás de Aquino, consulte-se, para uma leitura mais resumida, MCINERNEY, Ralph e O'CALLAGHAN, John. “Saint

Uma vez consagrado o pensamento tomista como o padrão para a produção de conhecimento nos territórios sujeitos a Roma, sua negação implicava afrontar o poder da Igreja de definir a visão de mundo que deveria imperar nos reinos católicos, e o infrator poderia sofrer expropriação dos seus bens, excomunhão ou até mesmo ser condenado à morte por heresia.

Foi, portanto, neste contexto que a Escolástica se afirmou e passou a difundir-se pela Europa Ocidental. Entre outros lugares, essas lições eram ensinadas na França, onde, no alvorecer do século XVII, René Descartes tomou conhecimento delas.

Até aquele momento, Aristóteles ainda dominava o discurso científico em várias áreas do conhecimento humano. As críticas e inovações do Renascimento ainda não tinham logrado derrubá-lo do pedestal no qual era mantido pelas reinterpretações do pensamento tomista, apoiadas pela Igreja – ainda que, para assegurar essa preservação, fosse necessário recorrer à Inquisição.

No entanto, uma investigação minimamente atenta da evolução da ciência nos últimos quatro séculos indica que Platão passou a reinar ao menos de meados do século XVII até o início do século XX. O homem deixou de se contentar com a adequação do intelecto à coisa (algo já imensamente ambicioso), passando a ousar formular juízos perfeitos e indiscutíveis sobre os mais variados eventos observáveis. Em nossa visão, esse aumento no “sarrafo epistemológico” conduziu a ciência moderna a ideias muito mais próximas de Platão do que de Aristóteles (seja do “primeiro” ou do “segundo”).

Por que isso aconteceu? No nosso entendimento, o marco inicial deste período não apenas coincide acidentalmente com a época de publicação das obras de Descartes: esse novo intervalo de predominância platônica se deve, justamente, ao impacto da ideia de método científico, nos moldes desenvolvidos pelo fundador do racionalismo.<sup>378</sup>

Já mencionamos Descartes brevemente acima, quando criticamos a separação artificial entre “razão” e emoção. Como vimos, seu pensamento foi determinante para definir os

---

Thomas Aquinas” in ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition). Disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas/>. Último acesso em 7.8.2019. Para os interessados na leitura direta, confira-se o próprio AQUINO, Santo Tomás de. *Verdade e conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

378 Não ignoramos as contribuições de Newton para a física moderna, que também foram desenvolvidas nessa época, e que permaneceram dominantes até as descobertas de Einstein, no início do século XX (tanto a derrocada do cartesianismo como a do pensamento newtoniano se intensificaram no começo dos novecentos). Sem dúvida também foram cruciais na formação do pensamento moderno. No entanto, julgamos que a filosofia de Descartes se destaca em virtude do seu êxito em construir uma teoria de aplicação universal, destinada a reger o “fazer ciência” nas mais diversas áreas do saber. Apesar de seu método partir da utilização de conceitos matemáticos, ele aponta um caminho para utilizá-los em quaisquer empreitadas científicas, da álgebra ao direito, da medicina à filosofia. A ampla aceitação de suas ideias pelas gerações de estudiosos que lhe sucederam é, portanto, o critério pelo qual optamos por colocá-lo em posição de destaque.

contornos do que deveria ser aceito como ciência. Agora, analisada de forma bem resumida a epistemologia platônica, cremos ser possível afirmar que Descartes a adotou vigorosamente (evidentemente, com as modificações ínsitas a qualquer releitura) como alicerce da sua própria teoria.

Ora, o método cartesiano também parte de uma distinção radical entre corpo e espírito, embora inove ao propor uma aproximação maior da razão com aspectos das ciências exatas – produzindo, assim, uma matematização do conhecimento que será, posteriormente, elevada à última potência por Leibniz.<sup>379</sup>

Já no *Discurso*, é afirmada, por diversas vezes, tanto a visão cartesiana dualista do mundo, como a utilidade encontrada por Descartes nos métodos específicos das ciências matemáticas,<sup>380</sup> considerados por ele como as ferramentas capazes de ajudá-lo a “destruir” o edifício até então mantido pela Escolástica (o qual, embora já tivesse começado a ruir há algumas décadas, permanecia de pé). Em seu lugar, Descartes pretendia construir uma outra forma de fazer ciência, mais apropriada para elevar o espírito dos homens e, assim, aproximá-los do domínio da razão.

Não se pode compreender bem o pensamento cartesiano ignorando por completo as circunstâncias que envolveram sua elaboração. Descartes é, afinal, uma figura misteriosa, e há dúvidas a respeito da sua real intenção ao introduzir conceitos como “alma” e “espírito” como fundamentais para o acesso humano à razão. Há quem afirme que ele o fez apenas para evitar atrair a ira da Igreja, principalmente após ter visto o que acontecera a Galileu – o que seria compreensível, uma vez que a teoria cartesiana também era eminentemente revolucionária (por mais que ele dedicasse várias páginas a tentar comprovar cientificamente a existência de Deus)<sup>381</sup> –, ou talvez ele realmente acreditasse na separação supramencionada.

Registros de cartas do próprio Descartes não permitem apontar com segurança para qualquer uma destas alternativas – mas revelam, ao menos, que ele estava, sim, preocupado com a recepção que a sua metafísica poderia ter no meio erudito, tanto é que postergou a publicação do seu *Tratado da Luz*, logo após descobrir da condenação de Galileu.

---

379 No mesmo sentido, consulte-se PEREIRA, Mateus Costa. *A teoria geral do processo e seu tripé fundamental – racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, p. 38–43.

380 “considerando que entre todos aqueles que até agora procuraram a verdade nas ciências, só os matemáticos puderam encontrar algumas demonstrações, isto é, algumas razões certas e evidentes, não duvidei de que deveria começar pelas mesmas coisas que eles examinaram”. DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 24.

381 Sua tentativa não foi de todo bem-sucedida nesse ponto, já que, ainda em vida, foi acusado de pregar o ateísmo, e de disseminar ideias heréticas em seus escritos. Após sua morte, suas obras terminaram sendo colocadas na lista de livros proibidos da Igreja (Index Librorum Prohibitorum).

Tal fato o fez optar por introduzir primeiro, no meio científico, o Discurso do Método – obra mais resumida, escrita em francês, ao qual atribui caráter autobiográfico (teria o objetivo de contar a trajetória percorrida por seu espírito para alcançar a maturidade no pensamento) e função de *fábula* (no sentido de uma estória da qual se pode extrair exemplos).<sup>382</sup>

O Discurso surge, assim, como uma introdução ao seu pensamento, destinando-se a exaltar as vantagens do método (que ele apenas esboça) em virtude da trajetória particular de seu articulador, em uma potente estratégia retórica de convencer o leitor por meio da narrativa construída. É um instrumento de sedução, e de preparação de terreno para os trabalhos que viriam a seguir,<sup>383</sup> elaborado com todo o cuidado para não contrariar os dogmas da Igreja.

Apesar desse contexto nada propício para qualquer produção científica verdadeiramente independente, Descartes consegue mudar o rumo da ciência, inaugurando uma nova era. E, a despeito dos mistérios do homem,<sup>384</sup> a análise direta das suas obras não parece deixar muitas dúvidas de que esta nova era teria a nota marcante da “cisão platônica” efetuada por ele. Entre tantos outros autores, foi Descartes quem obteve maior sucesso em traçar uma estratégia para derrubar o modelo aristotélico então dominante.

A visão dualista do mundo concebida por Descartes<sup>385</sup> está estruturada na ideia de elevação do espírito por meio do aperfeiçoamento do uso da razão. Somente por meio desta,

---

382 Informações contidas no prefácio da versão consultada do Discurso, traduzida para o português. DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Op. cit., p. XVI–XXI. A hipótese de que o julgamento de Galileu teria influenciado Descartes a mudar seus planos de publicar “O Mundo” (outro nome que dera ao Tratado da Luz) não é apenas intuída pelas datas dos eventos. De certa maneira, a análise cronológica ajuda, já que Galileu foi condenado em 1633 (época em que Descartes já trabalhava no Tratado), enquanto o Discurso do Método, seu plano “b”, foi publicado em 1637. Mas correspondência do próprio Descartes ao padre Mersennes revela sua preocupação: “[...] propusera-me enviar-vos meu Mundo como presente de fim de ano [...], mas vos direi que, mandando indagar estes dias, em Leiden e em Amsterdã, se o Sistema do mundo de Galileu achava-se à venda, porque parecia-me ter sabido que fora impresso na Itália no ano passado, comunicaram-me que era verdade que fora impresso, mas que todos os exemplares haviam sido queimados em Roma, ao mesmo tempo que o condenaram a retratar-se; o que me surpreendeu tanto que quase resolvi queimar todos meus papéis ou, pelo menos, não os mostrar a ninguém. Pois não podia imaginar como ele, que é italiano, e mesmo estimado pelo papa, [...] pudesse ter sido criminalizado, a não ser por ter desejado, por certo, demonstrar o movimento da Terra [...] e confesso que, se isto estiver errado, todos os fundamentos de minha filosofia o estarão também, pois esse movimento é demonstrado por eles com evidência. E é tão ligado a todas as partes de meu tratado, que não poderia retirá-lo sem deixar o restante totalmente claudicante. Mas, como não queria, por nada neste mundo, que saísse de mim um discurso em que se encontrasse qualquer palavra que fosse desaprovada pela Igreja, achei melhor suprimi-lo do que publicá-lo estropiado”. Este fragmento encontra-se no mesmo prefácio citado no início desta nota de rodapé, entre as páginas XVII e XVIII.

383 Ibidem, p. XX–XXI.

384 Em “O Erro de Descartes”, Damásio menciona brevemente os aspectos misteriosos da vida do seiscentista, tecendo alguns comentários acerca das suas preocupações em relação à forma como seus trabalhos seriam recebidos em Roma. Inclusive, menciona-se algo curioso, que é o fato de Descartes ter escolhido para a sua sepultura uma inscrição sugestiva, tirada do poeta romano Ovídio: “*bene qui latuit, bene vixit*”, ou “aquele que escondeu bem, viveu bem”. Estas palavras parecem resumir bem a forma como ele encarava a vida (objetivo único dos epítáfios), e inevitavelmente deixam em aberto uma série de perguntas sobre suas verdadeiras intenções. O trecho consta de DAMÁSIO, António R. *Descartes Error...*, op. cit., p. 248–249.

385 Premissa de que ele também se vale para iniciar as Meditações Metafísicas: “Ora, a primeira e principal coisa que é requerida, antes de conhecer a imortalidade da alma, é formar uma concepção clara e nítida e inteiramente

externa ao corpo e às coisas perceptíveis, é que (paradoxalmente) seria possível chegar a conclusões definitivamente verdadeiras a respeito deste mesmo corpo e destas mesmas coisas perceptíveis. Neste ponto, há uma clara repetição do pensamento platônico, e são preteridos aspectos fundamentais do pensamento aristotélico, como a mentalidade tópica e a confecção retórica de enunciados lógicos não necessariamente reconstrutores da realidade.

A preocupação de Descartes por formular juízos absolutamente certos e indiscutíveis<sup>386</sup> o aproxima, portanto, de uma noção de verdade mais próxima de Platão, e que pode ser resumida na ideia de que seria possível apreender os fatos, e então fazer observações sobre eles, de modo perfeitamente objetivo e fiel ao que realmente acontecera. O resultado deste processo – que, para ser conduzido, necessitaria, apenas, de um certo domínio do uso da razão – seria a compreensão perfeita da realidade observada, sem deturpações ou equívocos: a verdade absoluta, em nível de precisão muito maior que o da verdade-como-correspondência.

Para tanto, seria necessário que, para além do acúmulo de dados, o pesquisador se valesse de um determinado *modus operandi* – isto é, que se utilizasse de algumas ferramentas imprescindíveis, e que caminhasse (mentalmente) de determinada maneira.

O diferencial de Descartes está na elaboração desse caminho. É neste ponto que ele se afasta um pouco mais das concepções platônicas, para sistematizar um pensamento com caracteres próprios.

O método cartesiano é descrito pelo seu próprio criador como uma estratégia de pensamento aperfeiçoada ao longo de uma vida de estudos e reflexões, e que o teria permitido atingir juízos mais precisos e verdadeiros sobre as coisas do mundo. Nas palavras de Descartes, o método poderia ser sintetizado em quatro etapas: 1) estudar exaustivamente as matérias, até que se eliminasse por completo a dúvida e permanecessem apenas juízos genuinamente verdadeiros; 2) efetuar uma divisão ou compartimentalização do saber, para facilitar o estudo e a compreensão (especialização); 3) definição de uma ordem para o pensamento, começando com questões mais simples e partindo, então, para perguntas progressivamente mais complexas; 4) elaboração de revisões e listas reconstrutivas de todo o itinerário mental percorrido, para testar as conclusões obtidas, e ter certeza de que nada havia ficado de fora.<sup>387</sup>

Em linhas bem gerais, esse é o percurso lógico que o cartesianismo defende como mais apropriado para o desenvolvimento científico em todas as áreas do saber. Para nossos

---

*distinta de todas as concepções que se possam ter do corpo: o que foi feito nesse lugar*”. DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 24. Grifos nossos.

386“Requer-se, além disso, saber que todas as coisas que concebemos clara e distintamente são verdadeiras, conforme nós as concebemos [...]”. Ibidem.

387 DESCARTES, René. *Discurso do Método*, op. cit., p. 22–23.

propósitos, interessam mais as implicações globais desse método para a teoria do conhecimento, do que elementos particulares da obra de seu criador. O esboço de rota, cujo desenho inicia com ele, foi sendo completado até os anos finais do Iluminismo, em um desenvolvimento que, em grande medida, manteve os contornos iniciais. Mas quais são, exatamente, essas consequências que nos perturbam?

Ora, a mentalidade do *cogito, ergo sum* (“duvido, logo existo”) consegue extirpar as emoções e os sentimentos de toda atividade científica. Afinal, para seu autor, a *dúvida*, que impulsiona a mente a buscar uma resposta, apenas poderia brotar da *razão*, elemento distintivo do homem no reino animal.

O monopólio da *razão* seria, então, a prova cabal de que somente os seres humanos possuiriam *alma* (uma vez que aquela teria que estar contida nesta), o que nos conferiria um *status* privilegiado perante as outras formas de vida habitantes do planeta.

Para fazermos merecer essa condição, teríamos que afastar todo e qualquer elemento que nos aproximasse de outras espécies “primitivas”, como o instinto e as emoções. A racionalidade seria apenas a “razão”, na concepção já definida anteriormente de *pensamento matematizado, guiado pela correlação causal entre os eventos observados, e destinado a emitir proposições perfeitamente objetivas e irrefutavelmente verdadeiras*.

Ser racional, para Descartes, significava guiar-se por essas noções. Ele defendia que a superação da Escolástica por um modelo mais “depurado” de razão poderia resultar em uma ciência mais próxima da verdade, em uma defesa ferrenha da capacidade humana de compreender a realidade em toda a sua riqueza e complexidade (embora, para alcançar esta visão supostamente abarcante de “tudo”, seu método paradoxalmente negasse a ambiguidade e simplificasse as questões).

Suas ideias levaram, sem dúvida, a um sem-número de desenvolvimentos importantes para a ciência (algumas delas são aplicadas até hoje, como as modificações operadas por ele na “linguagem” algébrica).<sup>388</sup> Mas a cisão do “mundo científico” do das “perigosas” experiências sensoriais criou uma ciência abstrata, apartada das contingências históricas e socioeconômicas nas quais se desenvolvia (e as quais, ao mesmo tempo, tentava explicar).

Não é nosso objetivo, aqui, rejeitar a utilidade de todas as descobertas proporcionadas pela revolução científica catalisada por Descartes. De fato, a alteração de rota por ele proposta levou a desenvolvimentos importantes para a ciência moderna. E, para fazer justiça a vários outros pensadores, não é algo que se possa atribuir apenas a um indivíduo: jamais poderemos

---

388 Confira-se, a respeito, a nota introduzida em DESCARTES, René. *Discurso do Método*, op. cit., p. 90.

saber o que teria acontecido se Copérnico, Galileu, Bacon, Newton, Espinoza, Kepler e muitos outros não tivessem publicado suas obras – ou se estas não tivessem tido adesão alguma, ou, ainda, se todas tivessem sido sistematicamente queimadas em fogueiras, pelas ideias “profanas” nelas contidas.

Ao mesmo tempo, o fato de essas obras terem sobrevivido também restringe nossa análise, pois só podemos nos ater ao que virou história a partir dos desdobramentos desencadeados pela difusão das suas ideias. E, quanto a estes (desdobramentos), entendemos que a revolução científica teve, sim, seus méritos. Ela possibilitou um aumento exponencial da atividade científica, fazendo surgir novos campos de estudo, e reformulando os conceitos em áreas tradicionais.

Foi por meio de trabalhos como os de Descartes – elaborados estrategicamente para passar “por baixo do radar” da Igreja (enquanto minavam, sorrateiramente, as bases do pensamento incentivado por ela) – que a ciência passou a questionar, com argumentos bem concatenados, a concepção dominante, pondo em movimento, com isto, um processo que terminou culminando na separação entre ciência e religião, e na conquista da autonomia por aquela.

O que nos preocupa é a produção de um efeito inverso, que pode ocorrer quando são levadas às últimas consequências um pensamento platônico e matemático como o cartesiano. É que, apesar das promessas de liberdade de pensamento e de alcance de um maior nível de certeza sobre o mundo, as bases teóricas do racionalismo trazem em si o risco de levar a ciência a um cenário dogmático e autoritário, de certa forma semelhante ao que existia quando a Igreja distinguia, com absoluta autoridade, o que era conhecimento canônico – compatível com a doutrina religiosa em vigor, e, portanto, de estudo e ensino permitidos –, e o que era apócrifo – ideias heréticas, inaceitáveis (independentemente da verossimilhança dos seus argumentos), de leitura proibida para os fiéis. É para essas implicações negativas do racionalismo para a história da ciência (mormente da ciência do Direito) que queremos chamar a atenção do leitor.

Ao tentar romper com a tradição na qual estava imerso, Descartes menosprezou a influência desta em seu pensamento – uma negligência que fez com que, inconscientemente, ele terminasse desenvolvendo um modelo de ciência tão dogmático quanto aquele que pretendia superar.

Em nossa visão, isso ocorreu porque a ciência moderna foi construída por pensadores educados na tradição cristã (o próprio Descartes estudou em um colégio de jesuítas, antes de ingressar na universidade de Direito, em Poitiers), que acreditavam que conseguiriam desvencilhar-se dela para propor algo realmente novo, livre das amarras que os incomodavam.

O que eles fizeram, no entanto, foi construir uma noção de pesquisa científica capaz de aprisionar ainda mais o pensamento, por meio da definição de um único caminho válido (o método) para se chegar ao que passou a ser chamado de “conhecimento verdadeiro”.

Descartes teve participação decisiva nesse processo. Além disso, embora seu “método inovador” descrito no *Discurso* tivesse a pretensão de ser utilizado em todas as áreas do conhecimento, ele manteve-se conservador em relação ao Direito.<sup>389</sup> Como nota Nelson Saldanha, o pensamento moderno ocidental não se desenvolveu de maneira libertária e plural, mas foi marcado por uma continuidade da estrutura dogmática teológica, agora reaproveitada e convertida na metodologia laica.<sup>390</sup> Esta última, por se apresentar ao público como inegavelmente superior a todas as outras formas de conhecimento (e não só às concepções religiosas), pode representar um perigo ainda maior do que outras visões dogmáticas.

O imenso avanço tecnológico que tivemos nos últimos séculos se deve, em grande parte, a esse ideal de ciência. A simplificação trazida pelo compartilhamento de um único método por pesquisadores facilitou os processos de elaboração e teste de novas teorias, na medida em que retirou, de plano, da comunidade científica, as próprias discussões a respeito do método que deveria ser seguido.

Por um lado, remover o dissenso na seleção do método válido agiliza a condução das pesquisas. Ao mesmo tempo, esta aceleração serve apenas para que as pesquisas caminhem em uma determinada direção: *aquela legitimada pelo uso do método universalmente aceito*. Estamos tão acostumados a gozar das conquistas da ciência que esquecemos deste seu aspecto dogmático e autoritário: validamos o método e suas regras pelas benesses que ele nos proporciona – e, com isto, podemos perder de vista tanto a existência de alternativas como os equívocos ínsitos à noção paradigmática.

O alerta que queremos fazer aqui é para a possibilidade de a ciência nos escravizar.<sup>391</sup> O modelo cartesiano abstrativiza a realidade, remove nossas emoções e nos substitui por autômatos desconectados de qualquer contexto histórico e social. O domínio da técnica, pela adoção de um método mais ou menos homogêneo e universalmente aceito, moldou o mundo

---

389 Agradecemos ao Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima por ter chamado nossa atenção para esse aspecto da vida de Descartes. Segundo pensamos, esse fator só reforça nosso argumento de que o francês – apesar de ter proposto várias mudanças naquilo que deveria ser tido como método científico adequado – ainda permanecia preso, em vários pontos, a noções consolidadas naquela tradição na qual estava imerso.

390 SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia – secularização e crise do pensamento jurídico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

391 A propósito, FEYERABEND, Paul K. How to defend society against Science. *Knowledge, Science and Relativism*. Philosophical papers, Vol. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 181–191. Para uma crítica bem mais abrangente à defesa da existência de um único método científico, vide FEYERABEND, Paul. *Against Method*. 3ª ed. Nova Iorque: Verso, 1993.

em que hoje vivemos – trazendo uma quantidade nunca antes vista de inovações e “mimos” tecnológicos, dos quais simplesmente não conseguimos mais nos afastar. Mas não é por esta razão que devemos fechar os olhos para as incompletudes e armadilhas desse mesmo método.

Neste momento da nossa exposição, isso pode parecer ainda um pouco distante da prática forense, bem como das noções que atualmente gravitam em torno do instituto da cognição judicial. No entanto, a partir do próximo item, pretendemos mostrar como a difusão da mentalidade racionalista (o grande marco subjacente à filosofia da Modernidade) definiu os critérios para a afirmação da autonomia de qualquer campo do saber humano (e, especificamente, como interferiu na nossa ciência).

Veremos que, para conquistar esse rótulo, o Direito passou a se distanciar do contexto histórico, assim como dos problemas concretos que demandavam a sua intervenção, para abraçar um raciocínio platônico e matemático, dominado pelas noções hegemônicas de *verdade* e *sistema* (esta última expressa na ideologia da “unidade” do ordenamento jurídico).

A adoção dessa mentalidade exigia, ainda, a separação rigorosa dos componentes do sistema jurídico em sub-áreas (os ramos da árvore jurídica), e a conceituação exaustiva de cada um dos institutos e dos dispositivos normativos a elas pertencentes – em clara aplicação das etapas elencadas no Discurso do Método.

#### 4.3 A consolidação da mentalidade racionalista e seu impacto na ciência e prática jurídicas – Direito e processo vistos como instrumento para a “busca da verdade”

A difusão do pensamento cartesiano na Europa revelou, em pouco tempo, seu real potencial de destruição da Escolástica. Quando a Igreja percebeu o que iria acontecer, já era tarde demais: a proibição de críticas ao pensamento aristotélico, a celeuma em torno do uso das obras de Descartes nas universidades, e até mesmo a inclusão das *Meditações Metafísicas* na lista de livros proibidos para os católicos não conseguiram frear a revolução científica.<sup>392</sup> Paulatinamente (embora não sem resistência), a Escolástica passou a ser substituída por esta nova forma de fazer ciência.

A figura de Gottfried Wilhelm Leibniz surge ainda nesse contexto de mudança. Nascido em 1646, o filósofo e matemático natural de Leipzig potencializou a ideologia cartesiana, defendendo um casamento indissolúvel entre a atividade científica e os métodos das ciências exatas.

---

<sup>392</sup> Vide, a respeito, os comentários inseridos nas introduções ao Discurso do Método e às *Meditações Metafísicas*, bem como os eventos enumerados na cronologia contida nestas obras, já citadas.

Com Leibniz, começa a utilização maciça do cartesianismo para a criação de um método universal, válido *a priori* para todas as ciências (e para todos aqueles que pretendam se intitular cientistas). Ele defende a possibilidade de expressarmos quaisquer enunciados verdadeiros em termos matemáticos, diferencia-os das assertivas falsas, e constrói uma linguagem lógica geral – a ser empregada por investigadores de todas as áreas,<sup>393</sup> inclusive do Direito.

A respeito deste, Leibniz afirma, expressamente, que pertenceria ao grupo das ciências que dependem apenas de definições, e não de experimentos. Os fenômenos jurídicos não estariam sujeitos às impressões que nos chegam pelos sentidos, mas apenas àquelas ofertadas pela “razão”. O Direito não seria uma ciência de fatos, mas estaria estruturado sobre leis universais análogas às da matemática, constituintes de ideias que deveriam ser tidas como verdades eternas.<sup>394</sup>

Décadas depois, Kant dá continuidade ao processo de abstrativização da ciência, desenvolvendo conceitos apriorísticos captáveis pelo intelecto humano (“razão”). Os imperativos mais “puros” de Kant distanciam-se das contingências históricas, e das vicissitudes pessoais de cada cientista – sendo, portanto, alheios à experiência sensível dos pesquisadores.<sup>395</sup> A visão dual de mundo é, então, elevada a níveis ainda mais altos do que os estabelecidos por

---

393 Interessante notar que, apesar de a mentalidade de Leibniz já ser cartesiana, sua lógica ainda se apoia fortemente na aristotélica, como apontado expressamente em passagens de algumas das suas obras. Entre elas, mencione-se LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Investigaciones generales sobre el análisis de las nociones y las verdades*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, especialmente p. 31 e 59. Segundo entendemos, isto deriva do fato, já mencionado no texto, de os grandes expoentes do racionalismo ainda estarem fortemente ligados à tradição escolástica, de modo que não conseguiram se desvencilhar por completo de seus referenciais teóricos.

394 “*La doctrina del derecho es de la índole de aquellas ciencias que no dependen de experimentos, sino de definiciones, no de las demostraciones de los sentidos, sino de las de la razón, y son, por así decirlo, propias del derecho y no del hecho. Así pues, como la justicia consiste en un cierto acuerdo y proporción, puede entenderse que algo es justo, aunque no haya quien ejerza la justicia, ni sobre quién recaiga, de manera semejante a como los cálculos numéricos son verdaderos, aunque no haya ni quién numera ni qué numerar, a la manera como se puede predecir de una cosa, de una máquina o de un Estado que, si han de existir, ha de ser hermosa, eficaz y feliz, aunque nunca hayan de existir. Por tanto, no es sorprendente que los principios de estas ciencias sean verdades eternas, pues todos ellos son condicionales, y ni siquiera necesitan que algo exista, sino que se siga algo a su supuesta existencia: no se derivan de los sentidos, sino de una imagen clara y distinta, que Platón denominaba Idea, y que cuando se expresa con palabras es lo mismo que la definición;*”. O trecho consta de LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Los elementos del derecho natural*. Madri: Ed. Tecnos, 1991, p. 70–71.

395 Ideias com as quais Kant inicia, já na página 63, a sua Crítica da Razão Pura: “[...] designaremos, doravante, por juízos *a priori*, não aqueles que não dependem desta ou daquela experiência, mas aqueles em que se verifica absoluta independência de toda e qualquer experiência. Dos conhecimentos *a priori*, são puros aqueles em que nada de empírico se mistura. Assim, por exemplo, a proposição, segundo a qual toda a mudança tem uma causa, é uma proposição *a priori*, mas não é pura, porque a mudança é um conceito que só pode extrair-se da experiência” p. 63. Mais adiante, entre as páginas 78 e 79, Kant sintetiza da seguinte forma o objetivo desta Crítica: “De tudo isto resulta a idéia de uma ciência particular [que se pode chamar Crítica da razão pura]. [Porque] a razão é a faculdade que nos fornece os princípios do conhecimento *a priori*. Logo, a razão pura é a que contém os princípios para conhecer algo absolutamente *a priori*. Um organon da razão pura seria o conjunto desses princípios, pelos quais são adquiridos todos os conhecimentos puros *a priori* e realmente constituídos. A aplicação pormenorizada de semelhante organon proporcionaria um sistema da razão pura”. Os trechos constam de KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Leibniz. Defende-se a ideia de uma moral universal (válida em todos os lugares e em todas as épocas), e constroem-se outros conceitos “puros”, compreensíveis apenas pelo manejo da “razão” – e que receberam muito mais atenção do que outras passagens da obra de Kant (nas quais *ele mesmo* faz uma série de ressalvas às possibilidades de concretização dos postulados definidos na Crítica da Razão Pura).<sup>396</sup>

A perspectiva problemática da ciência sai de cena, diante do otimismo exagerado quanto à capacidade do homem de conhecer o universo. Os avanços que o modelo cartesiano trouxe encheram de confiança os filósofos e pesquisadores, que passaram a crer cada vez mais na possibilidade de encontrar equações perfeitas e respostas definitivas para todos os problemas da humanidade.

Esse êxito fez com que, a cada geração, as doutrinas majoritárias de cada campo do conhecimento fossem adotando apenas aqueles “trechos” do pensamento dos seus autores que mais se alinhavam à defesa da superioridade do método. Assim, embora hoje chamemos atenção para a existência de outras obras de autores como Descartes e Kant – nas quais eles já indicavam que o método e os imperativos daquele novo “fazer ciência” pareciam mais adequados à resolução de problemas de certas áreas do conhecimento –, essas foram deixadas à margem nos anos em que a mentalidade científica moderna foi se afirmando. E é muito mais em função dessa leitura e reprodução “seletiva” de ideias que estamos elaborando as críticas que permeiam este item – as quais, evidentemente, não poderíamos dirigir à totalidade da obra

---

396 Vale mencionar que estamos nos limitando a mencionar essas ideias kantianas porque foi o Kant da Crítica da Razão Pura aquele que mais influenciou a filosofia ocidental. Para além deste, não ignoramos que há, também, o Kant da Crítica da Razão Prática. No entanto, foi a epistemologia daquela primeira obra (na verdade, de *partes* dela) que mais impactou a teoria do conhecimento, criando seguidores que levaram adiante suas premissas na confecção de outras ideias. No nosso entendimento, percebe-se com muito mais nitidez uma escola oriunda do estudo da Razão Pura do que da apreensão das lições da Crítica da Razão Prática. Desta feita, considerando que o objetivo, aqui, é tratar das ideias que mais impactaram a formação do paradigma epistemológico da Modernidade, julgamos suficiente fazer menção às concepções kantianas mais difundidas. O mesmo vale para Descartes, que apesar de ter escrito a obra “Princípios de Filosofia” (mencionando a existência de algumas áreas do conhecimento para as quais seu método não seria apropriado), foi lido e reproduzido com base no que escreveu no Discurso do Método e nas Meditações. Sendo assim, se o “Kant guru” foi o de certos trechos da Crítica da Razão Pura, o “Descartes guru” do racionalismo foi, primordialmente, o do Discurso, e (em menor medida do que o desta primeira obra) o das Meditações. Com estas afirmações, cremos não cometer a injustiça denunciada por Ovídio Baptista da Silva, que criticou uma concepção do cartesianismo baseada apenas nas suas duas obras mais bem-sucedidas. *É justamente por terem sido estas as obras que serviram ao racionalismo que optamos por incluir apenas elas na nossa análise.* Se há, portanto, vários “Descartes” e vários “Kants”, não se pode negar que apenas um de cada foi *selecionado* para compor a epistemologia “oficial” da Modernidade. A respeito da crítica do processualista gaúcho, vide SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, *op. cit.*, p. 182–183 e (também do mesmo autor) *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 49–51. Em outra abordagem, mencionando que a obra de Kant também traz várias passagens nem um pouco “idealistas” – mas que, na verdade, abrem a porta para interpretações mais céticas das possibilidades da razão humana (algo de que o próprio Kant terminou sendo acusado, por alguns dos seus seguidores mais comprometidos com a radicalização das noções de “lógica transcendental” e “moral universal”), recomenda-se a leitura de ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito...*, *op. cit.*, p. 63–91.

de Descartes e Kant, mas a algumas afirmações que eles inseriram em um ou mais de seus escritos. É justamente a aceitação maciça e acrítica desses escritos específicos que justifica a nossa discordância para com as ideias de tais autores. Eles terminam, de certa forma, sendo recriminados (talvez injustamente) por consequências negativas do próprio sucesso de algumas de suas teses.

É nesse contexto de reprodução de ideias racionalistas que o Direito embarca no paradigma cartesiano. Como imperativo para ser reconhecido como ciência autônoma (o que significava ser dotada de métodos, sistema e conceitos próprios), nossa disciplina renuncia a uma visão tópica dos fenômenos jurídicos, para trabalhar na edificação do ficcional “mundo do Direito”. Desse processo participam juristas dos séculos XVIII, XIX (como Savigny) e até mesmo do século XX (como Hans Kelsen).<sup>397</sup>

Passa-se a defender de modo mais enérgico a busca da verdade e da justiça – ideais que seriam não apenas alcançáveis, mas desejáveis.<sup>398</sup> Mais que isso, desenvolve-se o raciocínio de que somente pela busca da verdade atingir-se-ia a justiça, apontada como objetivo máximo do Direito. Nesta esteira, negar a necessidade de encontrar a verdade importaria posicionar-se contra a realização da justiça (e, conseqüentemente, contra o escopo primordial da própria ciência com que se trabalha).

Uma vez apresentados os contornos básicos da nova matriz epistemológica dominante, pode-se verificar, sem muita dificuldade, como a adequação do Direito ao padrão da ciência moderna gerou determinadas conseqüências para o estudo jurídico.

A necessidade de autonomia produziu a separação para com as ciências afins aos fenômenos conflituosos e normativos (como a História, a Sociologia, a Psicologia, a Epistemologia, a Economia, a Política e os ramos da filosofia Ética, Retórica e Hermenêutica).

---

397 Especificamente o Kelsen da primeira (e mais resumida) versão da Teoria Pura do Direito, publicada em 1934 – e que não continha, ainda, o capítulo 8 (“Da Interpretação”) na atual conformação (este foi inserido apenas em 1960). Embora o jurista austríaco já tivesse criado a famosa figura da “moldura” e definido a decisão jurídica como “ato de vontade” na primeira versão, foi apenas na segunda (confeccionada após o fim da Segunda Guerra e a queda do nazismo, e com tantas alterações que poderíamos considerá-la como um novo trabalho) que surgiu um Kelsen mais “volitivo” e menos kantiano. Apesar desta mudança no seu pensamento (e da mesma maneira como ocorreu com Descartes e Kant, autores de muitas obras e de muitas ideias conflitantes), o Kelsen que marcou a epistemologia *jurídica* foi o da primeira Teoria Pura, comprometida com os dogmas iluministas (que, por sua vez, estavam comprometidos com os dogmas racionalistas cartesianos) da “razão” idealista, matematizada e generalizante, responsável por sustentar a imagem ficcional do “mundo jurídico”. A respeito da menção às figuras da moldura e da descrição da decisão jurídica como ato de vontade na primeira edição da Teoria Pura do Direito, consulte-se KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory – A translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 80–83.

398 Bem na linha platonista, remodelada por Descartes, e reproduzida, sempre com alguma modificação, pelos que passaram a repetir suas concepções.

Afinal, o Direito precisava de ideias próprias, e a interdisciplinaridade poderia servir de argumento para a afirmação de que não seria uma área do conhecimento “independente”.

Não bastava dissociar-se de outras disciplinas: era necessário “fatiar” o Direito em partes menores, decompô-lo, para facilitar sua compreensão (na linha da segunda etapa do método cartesiano, já transcrita no item anterior).

O alinhamento às diretrizes básicas do “método científico universal” termina exigindo não só o divórcio entre ciências relacionadas, mas dentro da própria comunidade jurídica. Isto propicia um corte ainda mais grave no diálogo entre pesquisadores – já que a compartimentalização progressiva do saber rompe, até mesmo, os canais para uma comunicação *entre juristas* (e não só entre estes e filósofos, economistas, psicólogos, etc.).

Da compartimentalização, passam a surgir, em quantidade nunca antes vista, institutos e conceitos dos mais variados ramos jurídicos, em uma árvore que não parava de crescer – devido ao surgimento dos novos “tipos de conflitos”, suscitados pelas mudanças socioeconômicas, e que demandavam respostas de setores do Direito antes considerados supérfluos (ou mesmo inexistentes).

Trabalhando a partir de conceitos civilistas milenares – que ao longo da história sofreram constante reelaboração (como domicílio, personalidade, capacidade, propriedade) –, e de noções igualmente milenares (e também constantemente modificadas ao longo dos séculos) de administração do Estado (como território, taxaço, diplomacia, orçamento, criminalização), os juristas passam a criar noções cada vez mais detalhadas, elaboradas especificamente para atender às necessidades de um ou outro setor do Direito (que, por sua vez, pretendia dar solução a um ou outro tipo de conflito).

A riqueza conceitual passa, então, a servir para dar às disciplinas jurídicas (direito civil, penal, tributário...) a mesma dignidade e autonomia já alcançadas pela disciplina-mãe (apenas “Direito”).

Por outro lado, ao longo dessa dinâmica, percebe-se a importância de a especialização interna não romper com a unidade do Direito. Daí desenvolver-se – simultaneamente aos processos de adequação metodológica, compartimentalização e conceptualização – a noção de “sistema jurídico”.

Em regra, as diversas disciplinas deveriam guardar obediência ao grande sistema geral do Direito, que funcionaria como uma espécie de “elo” para resgatar aquela unidade agora despedaçada. Excepcionalmente, quando o conceito mais abrangente fosse reputado inadequado para lidar com um problema específico de uma determinada disciplina, admitir-se-ia a coexistência com noções personalizadas, criadas especialmente para servir àquela situação.

De forma absolutamente grosseira, podemos dizer que foi assim que o Direito se desenvolveu, entre os séculos XVIII e XX.<sup>399</sup> O paradigma racionalista foi o molde utilizado para a confecção da teoria geral do Direito, e sua aplicação produziu os efeitos narrados acima.<sup>400</sup>

O mesmo se aplica à elaboração das teorias do processo – e, especificamente, às teorias do processo civil, nosso objeto imediato. O paradigma racionalista incentivou a exaltação do processo de conhecimento, organizado em procedimentos plenários e demorados, destinados à descoberta da verdade e à reconstrução dos fatos controvertidos pelo juiz.

Assim como as demais expressões do fenômeno jurídico, a ciência processual foi atingida pela divisão interna (primeiro entre processo penal e civil, e posteriormente ampliada com a concessão de independência a setores ainda mais específicos, como os processos tributário e administrativo), pela separação das fases do procedimento, pela conceptualização dos institutos pertencentes a cada uma destas fases, e pela construção da ideia de vinculação ao sistema.

O compromisso da teoria do processo com uma visão matemática e idealista é um dos responsáveis pelas dificuldades enfrentadas pelo Judiciário dos nossos dias. Isto porque a aderência do processo a essa concepção impacta de forma decisiva a prática forense. Afinal, o modelo de ciência processual (na verdade, o modelo de ciência do Direito) adotado inevitavelmente influenciará as formas disponibilizadas para a solução dos conflitos interpessoais em uma sociedade. Ele pode ser refletido, ainda, na própria positivação de normas que reproduzem essa ideologia, direcionando a mentalidade não só dos cientistas, mas também dos *operadores do Direito*.

Assim, quando se adota uma ideologia da busca da “verdade” e da “justiça” (alguns dos exemplos mais gritantes de conceitos indeterminados), aposta-se mais em procedimentos rígidos e demorados – capazes, em tese, de exaurir as discussões e produzir um amplo conjunto probatório (a única maneira capaz de reconstruir a “verdade dos fatos” e “restaurar” o Direito violado); ampliam-se, em consequência, os poderes do juiz, para que possa perseguir estes fins (ainda que sejam inalcançáveis, e ele, humano que é, não possa dar conta da tarefa); e

---

399 Para um relato mais completo da formação e consolidação do paradigma racionalista, bem como da sua influência no Direito, consulte-se: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia, op. cit.*; idem, *Epistemologia das ciências culturais, op. cit.* e PEREIRA, Mateus Costa. *Op. cit.*, passim.

400 Interessante notar que, apesar de a mentalidade racionalista exigir métodos próprios para cada uma das áreas do conhecimento, o que terminou acontecendo foi a adaptação destas às diretrizes gerais cartesianas (e às suas versões posteriores, elaboradas até os dias atuais). Não só o Direito sofreu com isto: todas as ciências terminaram adotando o método “universal”, reputado desde o final do século XVII como aprioristicamente válido. O máximo que conseguiram fazer foi inserir nele pequenas alterações, na tentativa de dar-lhe roupagem personalizada.

negligencia-se a vontade das partes em participar da construção de uma decisão que, embora não descubra verdades, ponha fim ao problema (e potencialmente ao conflito). Bastam estes exemplos para que se perceba que um sistema processual construído com base em tal ideologia termina produzindo institutos e conceitos igualmente comprometidos com ela.

Existiria outra alternativa? Entendemos que sim (do contrário não estaríamos gastando nossa energia e a do leitor com a custosa tarefa de refletir a respeito das bases do nosso processo civil). Como já repetimos *ad nauseam* neste trabalho, a aposta na epistemologia platônica não serve para a criação de uma epistemologia *jurídica* adequada à nossa realidade (Estados de Direito Democráticos do século XXI). Também não adianta empregar a epistemologia do “primeiro Aristóteles”, defendendo a busca da verdade-como-correspondência – porque, ainda que pareça mais factível do que o *standard* platônico, trata-se de algo tão utópico quanto.

Para o Direito, que se destina (ou que deveria destinar-se) a solucionar conflitos específicos entre pessoas reais (conflitos que podem, sim, ser semelhantes, mas que também podem ser totalmente distintos uns dos outros), poderíamos utilizar *alguns aspectos* da tópica e da retórica aristotélicas.<sup>401</sup>

E aqui cabe um alerta: não é que estejamos defendendo que a filosofia de Aristóteles deva ser empregada em sua inteireza ao Direito e ao processo civil (até porque isto seria impossível, dada a inexistência de uma linha coerente de pensamento na extremamente assistemática “obra” do filósofo helênico).<sup>402</sup> Apenas queremos ressaltar que a *perspectiva tópica* pode ser uma ferramenta útil para trabalhar com os fenômenos jurídicos – mais adequada, pelo menos, do que a visão idealista platônica inserida no paradigma racionalista.<sup>403</sup>

---

401 Discordando da possibilidade de se costurar um “casamento” perfeito entre o pensamento tópico e o processo civil brasileiro, recomendamos a leitura de MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação Jurídica – (in)compatibilidades entre a tópica e o processo*. Curitiba: Juruá, 2014. Ainda que não concordemos totalmente com as afirmações do autor, reconhecemos que se trata de uma obra muito mais aprofundada nos escritos do estagirita do que a presente – de modo que convidamos o leitor a consultá-la, para que possa tirar suas próprias conclusões. Em sentido contrário, defendendo a utilização da tópica no direito brasileiro, LEITE, George Salomão. A tópica jurídica como técnica de interpretação constitucional em LEITE, George Salomão; e STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Interpretação, retórica e linguagem*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 29–70.

402 É que, diferentemente do que ocorreu com Platão, o que chegou até nós dos escritos de Aristóteles não foram suas obras publicadas (a única supostamente publicada seria o *De Mundo*, mas sua autoria é extremamente controversa), e sim uma (imensa) coleção de fragmentos dos seus escritos de escola. Seu pensamento não se encontra, portanto, concatenado em compêndios organizados e “sistemáticos” (expressão que usamos não com o mesmo rigor da acepção moderna de “sistema científico”, mencionada neste subitem, mas no sentido de um conjunto minimamente coeso e ordenado de ideias, e que ao menos *tente* manter coerência com algumas “ideias centrais” do pensamento do autor). Tal fato é destacado nas notas introdutórias de quase todas as obras aristotélicas que nos chegaram, como em ARISTÓTELES. *Metafísica, op. cit.*, p. XI–XIII, e *Sobre a Alma*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010, p. 15–18. Cabe destacar, também, nesse contexto, a importância dos árabes na preservação e reprodução desses fragmentos (principalmente com Avicena e Averróis), como apontado por RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, livros 1, 2 e 3, *passim*.

403 Defendendo a necessidade de um resgate da tópica no pensamento jurídico, consulte-se VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. 2ª ed. Madri: Thomson-Civitas, 2007.

O Direito lida com uma coleção de casos concretos. Alguns efetivamente são suficientemente semelhantes para que os interpretemos da mesma maneira (para isto, criamos técnicas para o julgamento de casos repetitivos), mas é preciso manter-se sempre atento (ativar o Sistema 2) para a possibilidade de existirem peculiaridades em cada novo conflito submetido à apreciação do Judiciário.

Tratá-los de forma tópica, como problemas singulares, não importa, portanto, negar que possamos utilizar de analogia para imputar a casos parecidos as mesmas consequências jurídicas.

O mesmo podemos dizer do resgate da importância da retórica enquanto “técnica geral de discurso” (ainda que não nos moldes exatos de Aristóteles).<sup>404</sup> Afinal, valorizar a participação das partes na construção da decisão, mantendo um diálogo ativo com seus pleitos e alegações, é requisito constitucional, condição para o respeito ao contraditório substancial (inciso LV do artigo 5º da Constituição).<sup>405</sup>

Nesse contexto, entendemos que até mesmo elementos extremamente básicos da retórica podem auxiliar o Direito – oferecendo, pelo menos, alguns parâmetros que auxiliem os magistrados a promover um contraditório mais efetivo.

Estar atento ao discurso dos litigantes, e tentar exercer a empatia para com os problemas destes é, aliás (em linha com o que vimos no item 3.3 acima), um imperativo para a tomada de decisões verdadeiramente racionais. Uma decisão elaborada levando em conta o debate travado ao longo do processo tende a ser qualitativamente melhor – não só em razão de abarcar uma maior gama de alegações e elementos probatórios incluídos nos autos, mas porque consegue captar os influxos emocionais gerados pelo litígio e dar-lhes a devida importância.

---

404 Com essa mesma preocupação, PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica – nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Também defendendo a necessidade de um resgate de elementos discursivos da obra de Aristóteles, embora discorde da opção de Perelman pela retórica, BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Souto Maior Borges entende que o contraditório deveria ser encarado em perspectiva *dialética* – não exatamente no sentido hegeliano, mas sobretudo no aristotélico. Ele critica Perelman, por considerar que sua “nova retórica” resumir-se-ia a uma técnica de persuasão de plateias – que apenas proporcionaria “monólogos” e “solipsismo”, ao invés do “diálogo” que deveria nortear a condução dos processos judiciais. A crítica – que, a nosso ver, decorre de uma visão um tanto radical da retórica jurídica (mesmo da de Perelman) – pode ser encontrada entre as páginas 28 e 32 da obra citada.

405 Hoje a necessidade de o juiz ouvir e dialogar com as partes consta expressamente dos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, que explicitam a garantia constitucional do contraditório:

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O julgador que se comporta dessa maneira pode até não “reconstruir os fatos” ou “encontrar verdades”, mas estará mais alinhado ao que as partes efetivamente discutiram no curso do procedimento, compreenderá melhor o que realmente lhes aflige, e tenderá a uma solução mais adequada do problema.

É um desserviço apostar na busca da verdade no processo, crer na existência de uma ciência do Direito infalível, ou, ainda, pretender que ela seja operada por seres humanos igualmente infalíveis e plenamente “racionais”. Para que insistir, então, em utilizar uma ferramenta limitada, insatisfatória, e que sempre manterá nítido compromisso com uma ideologia utópica e irrealizável?

Expostas as implicações, para o Direito, da difusão das partes mais cultuadas do pensamento cartesiano, e estando suficientemente clara a nossa posição crítica quanto às consequências negativas de seu aspecto abstrato e matematizante, cremos ter chegado o momento de ir além da dicotomia “Platão x Aristóteles” (“primeiro” e “segundo”).

Dentro dos limites deste estudo, defendemos reiteradamente que o Direito poderia se beneficiar da utilização de *alguns* elementos importantes do pensamento do estagirita – e, ainda assim, de pensamentos que foram manifestados em apenas parte de suas obras (às vezes em total contradição com o afirmado em outros escritos do próprio Aristóteles).

Mas o percurso estaria incompleto se limitássemos nossa crítica à epistemologia da Modernidade citando, apenas, nossa releitura de lições escritas há mais de dois mil anos – ou se nos restringíssemos a comparar a nossa maneira de enxergar essas lições com outras releituras do pensamento dos dois helênicos (releituras elaboradas ao longo dos séculos subsequentes à divulgação das suas ideias).

Cientes disto, fomos buscar para a nossa “caixa de ferramentas jurídicas” outras visões da teoria do conhecimento, que pudessem nos ajudar na resolução de problemas para os quais o paradigma racionalista se mostrou inapto. E, uma vez que essa incapacidade só começou a ser verificada de maneira mais nítida a partir do século XX (momento em que a mentalidade racionalista e, conseqüentemente, a Modernidade entraram em crise), foi em autores dessa época<sup>406</sup> que buscamos auxílio. Trataremos de alguns deles, e da sua utilidade para a criação de uma epistemologia jurídica *possível, útil e atual* (isto é, consentânea com as exigências do nosso século XXI), no próximo item.

---

406 Que chamaremos de “contemporânea” por considerarmos que, em comparação com Platão, Aristóteles, Descartes e Kant, suas teses foram formuladas em um ambiente muito mais próximo ao dos dias atuais, e em contextos não tão distintos daquele em que hoje vivemos.

4.4 Visões contemporâneas acerca do papel da ciência e da busca de conhecimento: a necessidade de negar os dogmas iluministas de sacralização da razão para construir uma teoria do conhecimento possível, e porque isto interessaria não só à ciência do Direito, mas também à aplicação deste em um processo judicial

4.4.1 *Processo como um locus adequado para a busca da verdade? A falibilidade inerente a qualquer atividade cognitiva humana, ou do porquê de jamais conseguirmos dar respostas definitivas para qualquer problema*

O cenário de otimismo e fé na capacidade humana, inaugurado no Renascimento e alavancado pelo Iluminismo, começa a desvanecer nas primeiras décadas do século XX. Os avanços da ciência (entre eles, as descobertas de Bohr e Einstein na Física) mostraram que a realidade era muito mais complexa do que se acreditava. Cada vez ficava mais claro que não haveria como obter respostas definitivas sobre os fenômenos naturais – o que minou a crença no domínio do homem sobre a natureza.

Consequência desse processo foi o abalo sofrido pela noção de verdade. Perceba-se: o racionalismo pregava que seria possível obter verdades certas e irrefutáveis em todas as áreas do saber humano,<sup>407</sup> e tal afirmação era, em grande parte, corroborada pelos imensos desenvolvimentos nas ciências exatas e naturais (às quais o método cartesiano parecia aplicar-se perfeitamente).

Por muito tempo, as descobertas dos pesquisadores dessas áreas deram respaldo aos argumentos de que estaríamos chegando a um “ponto final” na investigação científica, isto é, a um ponto em que as teorias alcançariam tal nível de perfeição, nos seus enunciados, que não poderiam mais ser refutadas por nenhuma outra.

Dito isso, pode-se perceber o cenário de angústia gerado por teorias como as de Einstein, que feriam de morte a mecânica newtoniana (pilar do paradigma racionalista, ao lado do método cartesiano), e nos mostravam não só que ainda havia muito a ser descoberto, mas que estaria sempre presente a possibilidade de jamais chegarmos a um resultado definitivo *sobre qualquer assunto*.<sup>408</sup>

Descobertas semelhantes foram feitas em outros campos das ciências exatas e naturais. Até mesmo a matemática – considerada o maior símbolo da capacidade humana de criar sistemas lógicos fechados, artificiais, e perfeitamente bem-acabados – revelava-se intrinsecamente falível e aberta a interpretações contraditórias.

---

407 Reveja-se, a propósito, as passagens de Descartes, Leibniz e Kant citadas nos itens anteriores.

408 Confira-se, por todos, HEISENBERG, Werner. *Physics and Philosophy*. The revolution in modern Science. Nova Iorque: Harper & Brothers, 1958.

Acrescentem-se as crises econômicas, os conflitos de grande escala no início dos novecentos (principalmente a Primeira Grande Guerra) e a ascensão de regimes totalitários (de esquerda e de direita), e se torna, então, compreensível o cenário de depressão e pessimismo que se instaurou em grande parte da Europa e nos Estados Unidos.

A verdade passa a parecer um ideal distante, ou mesmo utópico e inalcançável, enquanto defensores da herança iluminista agarram-se ao seu legado, procurando se reorganizar para lutar contra o ceticismo que tomava conta de alguns nichos nas comunidades científicas. Como reação ao relativismo e à descrença, surgem tentativas de renovar as teorias da lógica e da investigação científica, para adequá-las aos novos achados das ciências.

Especificamente na teoria do conhecimento (epistemologia), surge a figura de Karl Popper. Em meados da década de 30, o austríaco, formado na tradição liberal da Escola de Viena, publica sua tese de doutoramento *Logik der Forschung* (traduzido para o inglês como *The Logic of Scientific Discovery*, e para o português como “*A lógica da pesquisa científica*”). O objetivo geral de Popper é criticar os métodos indutivos (aqueles que partem de enunciados e observações particulares para criar regras e hipóteses de cunho geral), propondo um método hipotético-dedutivo que ele entende superior para a condução do pensamento.

Esse método basear-se-ia não na verificação e *comprovação* das teorias (como proposto por Bacon, Newton e Descartes), mas no que ele chama de “*falseability*”: ao invés de estar norteada pela *confirmação* do acerto e da verdade das teorias, a atitude científica deveria centrar-se em um constante *falseamento* de ideias. Assim, só seriam científicas aquelas teorias *falseáveis* por meio de refutações baseadas em provas empíricas.<sup>409</sup>

De todas as contribuições de Popper, esta é a que mais interessa a este trabalho, por entendermos que ela pode ser útil à construção de uma epistemologia jurídica mais realista, *desde que não a interpretemos ao-pé-da-letra, na maneira radical proposta por seu autor*. Segundo entendemos, uma versão moderada do pensamento popperiano pode contribuir para uma teoria da cognição judicial mais próxima das possibilidades da mente humana. De maneira ainda mais geral, pode servir, também, para que lidemos de forma mais razoável com as atividades intelectivas de *todos* os sujeitos processuais.

Para Popper, nenhuma teoria jamais poderá ser verificada ou comprovada em absoluto, pois a verdade, para ele, é um ideal inalcançável.<sup>410</sup> Mas sua alternativa não busca pregar um ceticismo extremo quanto às conquistas da racionalidade humana: ele apenas defende que,

---

409 POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 37–40, e p. 69–80.

410 Ibidem, p. 232–235, e p. 239–247.

inexistindo a possibilidade de um fechamento permanente das discussões, o papel do cientista não estaria relacionado a pontos de chegada, mas sim à jornada da pesquisa.

Quem realmente estiver comprometido com o conhecimento não deve se prender a hipóteses por nenhum motivo (seja por vaidade, preguiça ou mesmo medo de confrontar uma comunidade científica que sustenta uma ideia consagrada, e que agora parece equivocada), mas dedicar-se a procurar-lhes os “pontos-cegos”, independentemente da autoria. O pesquisador não deve ser possessivo com suas ideias, nem se curvar à autoridade de seus mestres, mas tem uma obrigação de submetê-las à crítica e abandoná-las assim que começarem a falhar nos testes. Com esta atitude de desprendimento, ele contribui para o constante aperfeiçoamento do saber, *mesmo estando consciente de que este é um ciclo que nunca termina.*

Fazer ciência, para Popper, consistiria, portanto, em um processo de teste constante e infinito de *todas* as teorias, *mesmo daquelas que há séculos sobrevivem às mais diversas críticas de seus opositores.* Para ele, o máximo que podemos fazer é *conjeturar* a respeito das coisas que estudamos.<sup>411</sup> Sendo assim, o fato de uma hipótese conseguir se manter por séculos não é garantia nenhuma de que ela continuará sendo válida, ou que seja mais confiável do que outras teorias. O que acontece é que ela apenas vem sendo *corroborada*, quer dizer, está conseguindo sobreviver ao bombardeio de críticas *até este momento* – sem que, com isto, deixe de ser conjectura.

Assim, mesmo a lei da gravidade deveria ser entendida como uma teoria permanentemente passível de falseamento futuro.<sup>412</sup> Seu sucesso atual não a tornaria mais confiável que qualquer uma das suas opositoras, e nisto consiste o aspecto mais radical da *falseability*. Embora Popper não seja um relativista ou um cético, ele tem uma imensa aversão não só a termos como “comprovação”, “verdade” e “probabilidade”, mas também à própria ideia de verossimilhança. Para ele, jamais teremos garantia alguma da maior plausibilidade de uma teoria, e falar em hipóteses verossímeis – isto é, que *parecem* ser corretas ou verdadeiras, e que, por isso, merecem (ao menos momentaneamente) aceitação – importaria sugerir uma

---

411 Ibidem, p. 243.

412 Usando termos jurídicos, poderíamos chamar essas teorias em aplicação que estão difundidas pela coletividade como máximas da experiência. Como vimos no capítulo 2 (item 3.4), uma máxima da experiência baseia-se no que geralmente costuma ocorrer. Em situações excepcionais, a máxima pode não se aplicar ao caso concreto, por alguma peculiaridade da situação (possibilidade que sempre deve ser levada em conta pelo julgador). Ainda assim, ela não deixará de corresponder ao que “geralmente acontece”.

aproximação com um conceito que lhe dá arrepios (a ideia de verdade)<sup>413</sup> – o que, aliás, faria com que incorresse em contradição com seu próprio pensamento.<sup>414</sup>

Não é nessa perspectiva radical que entendemos que as ideias de Popper possam servir ao processo civil. O que importa da sua contribuição é o comportamento exigido pela *mentalidade falibilista*: tanto o pesquisador como os sujeitos processuais (especialmente o juiz) precisam estar cientes das suas limitações cognitivas, e da impossibilidade de chegarem a qualquer resultado genuinamente (ou ontologicamente, se se prefere) verdadeiro a respeito de qualquer problema.

Claro que as condições de aplicação dessa perspectiva serão diversas conforme tratemos de cientistas (inclusive de cientistas e pesquisadores do Direito) ou daqueles que atuam no processo, pois diversos são seus objetivos: enquanto um cientista não precisa, necessariamente, encerrar discussão alguma, o processo judicial deve tentar solucionar o conflito, e tem de fazê-lo em tempo razoável, por imperativo constitucional (inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição). Além disto, no processo judicial há interesses divergentes, enquanto que, na comunidade científica (apesar das vaidades, intrigas e discordâncias eventuais), pressupõe-se uma finalidade comum de contribuir para o avanço do estudo dos objetos de pesquisa.

Ainda assim, entendemos que não apenas cientistas do Direito, mas, também, todos aqueles que de alguma forma participam da prática forense, devem tomar consciência da limitação do conhecimento humano, e da possibilidade de qualquer tese estar equivocada. É partindo desse pressuposto que cabe ao pesquisador conduzir seus estudos (afastando-se das

---

413 Vide, a respeito, os comentários de Susan Haack, que aponta como esse aspecto radical da teoria de Popper foi solenemente ignorado pela Suprema Corte Americana, quando esta utilizou suas ideias na fundamentação do célebre caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals*. Como observa a autora, o voto-vencedor afirmou ser a *falseability* critério útil para a aferição do *grau de confiabilidade e probabilidade* de provas periciais – desconsiderando que Popper abominava estes termos, e que ele jamais afirmou que seu método poderia ser usado para tal fim. Na verdade, sua posição vai em direção diametralmente oposta: como ele veementemente insiste em suas obras, não seria possível efetuar qualquer tipo de comparação qualitativa entre teorias, que nos permitisse dizer se (e em quais casos) a teoria “a” seria mais *confiável*, *provável* ou *verossímil* do que a teoria “b”. HAACK, Susan. Federal Philosophy of Science: A Deconstruction – and a Reconstruction em *Evidence Matters...*, *op. cit.*, especialmente p. 124, 128 e 134.

414 É nossa impressão que essa “alergia” de Popper com as noções de verossimilhança e de plausibilidade seja mais uma tentativa de preservar a coerência interna da sua própria teoria do que uma crença verdadeira. Por mais que em suas obras ele sempre alerte para a impossibilidade de podermos confiar em *qualquer* teoria, sua preocupação parece muito mais ligada aos riscos de uma sacralização do conhecimento estabelecido (ou, nas palavras dele, *corroborado*), e com a estagnação que ela pode produzir na comunidade científica, do que em pregar qualquer espécie de relativismo. Vale notar, inclusive, que o pensamento popperiano é marcado por uma tentativa de compatibilizar ideias kantianas com a mentalidade falsificacionista. É nítida nele, portanto, a herança iluminista, algo que pode ser constatado pelas fórmulas lógicas desenvolvidas na segunda parte de “A lógica da pesquisa científica”, assim como na sua preocupação em criar uma teoria do conhecimento mais perfeita e adequada ao século XX. Vide, a respeito, POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. *Op. cit.*; idem, *The two fundamental problems of the theory of knowledge*. Abingdon: Routledge, 2009.

impressões iniciais quando começar a perceber que as provas parecem apontar para conclusão diversa), e aos partícipes do processo interagir com o conjunto probatório.

Quanto a estes últimos, é evidente que a atitude será diferente, caso se trate de sujeitos interessados (partes) ou desinteressados (juiz, assessores, chefe de secretaria e membro do Ministério Público, quando atue como fiscal da ordem jurídica). Não estamos sugerindo que as partes, diante da percepção de falhas na sua argumentação, reconheçam o acerto da tese contrária e, simplesmente, renunciem ao direito. A definição da estratégia de defesa<sup>415</sup> cabe ao seu patrono, que é o responsável por fazer o cálculo do custo-benefício da continuidade do processo, e informar seu cliente das vantagens e riscos potenciais do prolongamento da discussão. Sendo assim, caso comece a surgir a percepção de que a versão sustentada parece fadada ao fracasso, será ônus da parte, assistida por seu advogado, decidir se irá mantê-la, se reconhecerá a procedência das alegações da parte adversária, ou se adotará alguma outra estratégia.

No caso dos sujeitos desinteressados com a identidade do “vencedor” da disputa,<sup>416</sup> o raciocínio falibilista parece ser aplicável com maior vigor. Os juízes, auxiliares da justiça e o fiscal da ordem jurídica devem manter-se atentos para a constante possibilidade de suas impressões iniciais serem refutadas por elementos probatórios que surjam no caso concreto, mantendo-se abertos à possibilidade de estarem errados.

Para tanto, é necessário que haja um diálogo efetivo entre todos os sujeitos processuais. Não basta uma das partes, um perito ou testemunha apontar para a possibilidade de o raciocínio do juiz estar equivocado: ele deve se comunicar com estas alegações e com estes elementos probatórios, argumentando a todo momento o porquê de entender, que, apesar delas, enxerga as coisas de determinada maneira. E, acaso perceba que esses elementos derrubam a verossimilhança da sua visão inicial, não deve apegar-se a ela, mas reorientar (também fundamentadamente) seu pensamento para seguir esta nova linha, que agora parece mais plausível.

Essa atitude antidogmática deve ser nutrida até o momento em que o sujeito não possa mais atuar no processo: ultimada a contribuição do perito, proferida a decisão ou encerrada a

---

415 Pode parecer despidendo, mas queremos frisar que “defesa”, aqui, está sendo utilizada em sentido amplo, incluindo a condução da estratégia processual do autor, do réu e de terceiros intervenientes.

416 Não é correto, no nosso entendimento, dizer que julgador, fiscal da ordem jurídica e auxiliares não estariam interessados *com o resultado do processo*: o desinteresse está ligado à identidade do “vencedor”. Os sujeitos desinteressados *devem* preocupar-se com a solução integral do conflito, e, de preferência, com seu encerramento por meio de uma decisão que proponha uma solução para o mérito, conforme dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil. Não devem ter preferência entre a pessoa do autor ou do réu, mas devem estar preocupados em dar ao litígio a melhor solução possível.

participação do *parquet*, logicamente não há de se falar na possibilidade de *eles*, por ação própria, reabrirem a discussão. Essa é a diferença, já apontada acima, para com a investigação científica.

Compreendido nestes moldes, o falibilismo nada mais é, portanto, do que o reconhecimento, na seara da epistemologia, da limitação cognitiva inerente ao homem.<sup>417</sup> Em virtude dessa contingência, jamais estaremos plenamente certos acerca da correção de uma determinada hipótese ou teoria.

Essa corrente tem sua utilidade, já que nos alerta para a necessidade de estarmos constantemente revisando a viabilidade das teorias atualmente aceitas – sem que, com isto, deixemos simplesmente de aplicá-las, passando a concentrar todos os nossos recursos em um incessante processo de destruição de tudo aquilo que por ora é tido como plausível (ou, como prefere Popper, *corroborado*).<sup>418</sup>

Submeter até mesmo as mais resistentes teorias a testes é necessário, mas só até determinado ponto: mais importante, para a continuidade do processo de geração do conhecimento, é ter consciência de que todas as teorias são, em maior ou menor grau, aproximações e, portanto, limitadas, em virtude das limitações de seu próprio criador.

Nesse contexto, o que vale é estar sempre “desconfiado” de que poderão estar erradas (na mesma linha do que dissemos em relação aos vieses cognitivos), mas sem negar, de plano, que qualquer tese sobre qualquer assunto possa ser mais verossímil do que outra (passando a um ceticismo exacerbado que em nada colaborará para a resolução dos problemas que nos são postos diariamente). Assim, devemos trabalhar com aquilo que pareça mais verossímil (por mais que Popper rejeitasse este termo), até o momento em que surja uma nova hipótese, capaz de expor as falhas do pensamento hoje aceito, e de responder de maneira satisfatória a perguntas as quais ele não consegue dar solução adequada.<sup>419</sup>

Na perspectiva do processo civil, o falibilismo pode servir para nos mostrar que nenhuma tese jurídica pode ser tida como eternamente válida. Toda argumentação, mesmo as sumuladas (*rectius*, aquelas que foram condensadas e sintetizadas nos enunciados sumulares), estarão constantemente sendo atingidas por um imenso número de críticas. No curso dessa dinâmica, pode-se chegar ao ponto em que se percebe que são as críticas que parecem ter razão, o que levará à necessidade de reformular os precedentes, para se adequar a estas interpretações

---

417 Já abordada no subitem 4.2.1 acima.

418 Raciocínio compartilhado por MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do Direito. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 1, 2014, p. 197–260.

419 Ibidem, passim.

que agora parecem mais acertadas. Trataremos dessa dinâmica de manutenção e superação do conhecimento majoritário logo a seguir, no próximo subitem.

#### 4.4.2 *Ciência e processo como atividades dinâmicas: a natureza cíclica do pensamento como um atributo comum às análises de cientistas e juízes*

Se o pensamento de Popper estava sustentado no falseamento das hipóteses e na resolução de problemas antigos da epistemologia, Thomas Kuhn elaborou uma teoria que mais se aproxima de uma “sociologia da evolução do conhecimento”.<sup>420</sup> Sua proposta está intimamente ligada à vivência no interior da academia, e em como ocorreria a preservação, destruição e reconstrução do que ele chama de *paradigmas*.

Em vários subitens acima, mencionamos a palavra *paradigma*, quando fizemos alusão ao *paradigma racionalista* identificado (e duramente criticado) por Ovídio Baptista da Silva. Naquele momento, entendemos que poderia confundir o leitor introduzir a acepção de *paradigma* no sentido defendido por Kuhn (embora saibamos que era com este significado que Ovídio utilizava a expressão).<sup>421</sup> Considerando que trataríamos da obra do estadunidense em trecho específico mais à frente, preferimos reservar uma explicação mais detalhada do conceito para esta oportunidade.

A noção corrente de paradigma é a de um conhecimento tido como “padrão”, “regra”, “modelo”.<sup>422</sup> É com que este significado que o leitor deve ter compreendido nossas menções ao termo nas páginas anteriores. Se o fez, não está, contudo, equivocado. Pelo menos não totalmente. É que, para Thomas Kuhn, *paradigma também* significa isso, *embora seja algo mais*, e tenha outras implicações do que as de um “modelo” ou “regra” comuns.<sup>423</sup>

Os paradigmas seriam teorias extremamente bem-sucedidas dentro de um determinado lapso temporal (na linguagem de Popper, seriam teorias que foram *corroboradas* por um longo

420 O próprio Kuhn se autodenomina “um ex-físico que passou ao estudo da história da ciência”. Ao fazê-lo, passou a identificar certas tendências no comportamento das comunidades científicas, que se repetiam ao longo dos séculos. Suas obras se dedicam a expor tais tendências, da forma como são vistas por ele. Vide KUHN, Thomas S. *The essential tension: tradition and innovation in scientific research* em *The essential tension – Selected studies in scientific tradition and change*. Chicago: The University of Chicago Press, 1977, p. 225–239.

421 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*, *op. cit.*, p. 28–34.

422 Exatamente neste sentido, o dicionário Michaelis define o sentido “primário” (aquele geral, mais utilizado) de paradigma como: “Algo que serve de exemplo ou modelo; padrão”. Há uma acepção específica (categorizada pelo dicionário como “filosófica”): “Segundo o filósofo americano Thomas Kuhn (1922-1996), qualquer campo de investigação e de experiência que está na origem da evolução científica”. Embora não concordemos totalmente com esta maneira de sintetizar o pensamento de Kuhn, julgamos necessário inclui-la por questão de honestidade intelectual. Afinal, estamos tratando neste subitem justamente do significado atribuído por ele ao termo “paradigma”, de modo que, existindo entradas em dicionários que o mencionem, temos por dever citá-las, ainda que divirjam do nosso pensamento. O verbete encontra-se disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/paradigma/>. Último acesso em 24.8.2019.

423 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, *op. cit.*, p. 43–44.

período). Elas teriam se afirmado e conquistado *status* privilegiado pela sua maior capacidade em lidar com os problemas que incomodavam uma determinada comunidade em um certo momento histórico, e ter-se-iam mostrado suficientemente sólidas para serem mantidas como bases do pensamento em determinada área.

Para Kuhn, o sucesso de teorias paradigmáticas faz com que elas influenciem toda a produção científica naqueles assuntos com ela relacionados, de modo que a pesquisa passa a se desenvolver *em torno e a partir delas*. O paradigma funciona, na expressão feliz de Hugo de Brito Machado Segundo, como uma espécie de teoria “guarda-chuva” em um determinado campo do saber: ele não apenas serve como ponto de partida para a investigação, como motiva a produção de outros conceitos específicos, que vão desenvolvendo-o, no intuito de abordar problemas peculiares (aos quais ele inicialmente não se destinava a dar resposta).<sup>424</sup>

Uma teoria paradigmática inspira, portanto, estabilidade. Como já afirmamos acima, eliminar o problema do caminho (método) que deve servir de base ao desenvolvimento das pesquisas diminui a incerteza e canaliza as discussões para uma determinada direção. Nesse aspecto, paradigmas potencializam a solução daqueles problemas que respondem bem ao método por ele proposto.

Nos períodos em que a comunidade científica não encontra problemas significativos na sua aplicação (ou os ignora, por considerá-los de menor importância do que os ganhos proporcionados por seu uso), as críticas não costumam abalá-lo, e ele continua funcionando como alicerce para a elaboração de teorias derivadas (que o utilizam como premissa). A esses avanços, que limitar-se-iam a trabalhar “em cima” do paradigma (embora não raro consigam produzir avanços consideráveis no trato com determinadas questões), Kuhn dá o nome de *ciência normal*.<sup>425</sup>

Por outro lado, ele também reconhece que sempre existe a possibilidade de um paradigma não conseguir mais responder aos anseios de uma determinada coletividade. Assim, novas descobertas podem conduzir a uma adaptação do paradigma, *mas também podem revelar suas falhas internas*. Quando esses “furos” na teoria começam a ser percebidos em maior escala (e com maiores consequências para a explicação adequada de um problema “x” qualquer), inicia-se um processo de crise, que poderá produzir o que ele chama de “revolução científica”.

Essa começaria com críticas pontuais – mas consistentes –, que iriam paulatinamente “convertendo” a comunidade científica, até o momento em que se reconhecesse que o paradigma não apresenta mais aquele potencial explicativo que parecia possuir. Da constatação

---

424 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 49.

425 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, *op. cit.*, p. 29–30.

dessa insuficiência, abrir-se-ia (ou dever-se-ia abrir) espaço para um amplo choque de ideias, e para o surgimento de novas teorias candidatas a constituir um novo paradigma.

Diferentemente dos períodos de “ciência normal”, os momentos de revolução seriam marcados pelo caos gerado pela perda daquela segurança que era proporcionada pelo paradigma. Esse caos, no entanto, seria uma espécie de “caos criativo”, isto é, um catalisador para avanços científicos antes não imaginados. A diversidade de vias que se abrem diante dos pesquisadores após a refutação de um paradigma permitiria enfrentar os problemas de formas genuinamente novas, o que, conseqüentemente, faria com que fossem oferecidas várias explicações diferentes para um mesmo fenômeno.

Kuhn entende que a ciência avançaria de modo mais acentuado nos momentos que iriam do aprofundamento de uma crise ao reconhecimento de que há uma revolução em movimento: no intervalo compreendido entre o início da “queda” do paradigma anterior e a “consagração” de um novo, a pluralidade de teorias surgidas levaria os cientistas a se debruçar sobre uma gama de problemas muito maior do que nos períodos de ciência normal, ampliando as discussões e proporcionando um “salto” na produção de conhecimento nas áreas afetadas. Essa forma de se comportar nos períodos de crise – diversa da que os pesquisadores costumariam adotar nos tempos de “calmaria” da “ciência normal” – é intitulada por Kuhn de “ciência extraordinária”.<sup>426</sup>

Tal efervescência seria fruto da reversão daquela “miopia” antes causada pelo paradigma. Nos momentos anteriores à revolução, os pesquisadores vinham sendo coagidos a colocar uma espécie de “viseira” epistemológica, como condição para adequar-se à teoria em vigor e conquistar aceitação na comunidade científica. Com o aprofundamento da crise, o acessório seria removido, propiciando um alargamento da visão (e da própria concepção de mundo de cada um): os estudiosos poderiam, agora, tentar construir uma nova forma de pensar a respeito das questões atinentes à sua disciplina.

Essa seria, na visão de Kuhn, a dinâmica da atividade científica. Paradigmas consolidar-se-iam até o ponto em que surgissem críticas suficientemente bem-sucedidas para pô-los em xeque. A partir daí, iniciar-se-ia a crise que antecederia a revolução, ao cabo da qual uma nova teoria seria alçada à condição de paradigma – reiniciando o ciclo.

Assim como a mentalidade falibilista de Popper, o ciclo descrito por Kuhn pode ser útil à ciência do Direito e à análise da praxe forense. Afinal, a forma de lidar com os fenômenos

---

426 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. *Op. cit.*, p. 120–123. Consulte-se, também, a respeito da noção de que a ciência não avançaria de modo contínuo, mas em “saltos” provenientes do resultado das crises e revoluções, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 57.

jurídicos também se transforma constantemente ao longo do tempo, por uma série de razões – como, por exemplo, pelas pressões externas e imediatas de contextos sociais, econômicos e políticos emergentes, ou mesmo pelo desgaste natural de uma teoria, que não consegue mais se adaptar de tanto que foi “remendada” para sobreviver a mudanças constantes e pontuais ocorridas com o passar dos anos.

Às vezes isso se dá de maneira mais brusca (em períodos de efervescência semelhantes às “revoluções” de Kuhn, como, por exemplo, na promulgação de uma nova Constituição, que inaugura uma nova ordem jurídica), e às vezes de forma mais lenta (em uma espécie de “ciência normal”, como, por exemplo, no avanço propiciado pelo estudo pormenorizado de conceitos e institutos jurídicos sob a ótica de determinadas teorias majoritariamente aceitas).

Da mesma maneira, a jurisprudência costuma oscilar entre a aplicação de decisões vinculantes consagradas e a percepção crescente da necessidade de revisão das teses que lhes servem de base – o que poderá levar à suspensão dos processos relacionados, até que o órgão judicante responsável por firmar o entendimento a ser seguido decida se irá (ou não) rever sua posição.

Em linhas gerais, essa é a contribuição que a concepção cíclica defendida por Kuhn pode nos ofertar. Mas há, ainda, um outro aspecto crucial na obra do estadunidense, que se encaixa a outros elementos já abordados neste capítulo e auxilia a compreensão da cognição judicial, nas duas frentes supramencionadas – isto é, 1) *dentro dos círculos acadêmicos que estudam o processo civil*, e 2) *enquanto produto de uma comunidade de julgadores*.<sup>427</sup> Trata-se do alerta que ele faz para a existência de um fenômeno que costuma ocorrer no curso da dinâmica de conservação e substituição de paradigmas: a influência excessiva de setores do meio acadêmico (e, no nosso caso, também do Judiciário) nos rumos da atividade científica.

Analisando a história da ciência, e valendo-se da sua experiência pessoal na academia, Kuhn detectou duas tendências que costumam estar associadas à presença de pesquisadores de destaque (as “referências”) em uma determinada área. Conscientemente ou não, esses indivíduos terminam 1) delimitando os campos de estudo dentro de suas disciplinas e 2) restringindo o espaço disponibilizado para críticas ao paradigma (por eles confeccionado ou

---

427 A distinção entre esses dois grupos reside, obviamente, no maior grau de *vinculatividade* do indivíduo à posição paradigmática. É que, conquanto exista, inegavelmente, pressão no âmbito doutrinário para a colocação de certas “viseiras” epistemológicas, o pesquisador do Direito ainda pode se recusar a colocá-las – embora assumo, ao negar o paradigma para adotar uma teoria minoritária, o ônus da rejeição pela maior parte do meio acadêmico no qual esteja inserido. Os magistrados, por sua vez, também estão interligados por vínculos “persuasivos” semelhantes aos que se formam entre estudiosos do direito (aquelas decisões a cujos argumentos não estão obrigados a aderir). No entanto, eles também mantêm vínculos cogentes com as decisões de alguns dos seus pares (como resultado da aplicação do sistema de precedentes vinculantes), devendo seguir as determinações dos órgãos judicantes a cuja interpretação devam obediência.

seguido). A essas tendências, que obstaculizam a propositura de novas abordagens, daremos o nome de 1) satelitização do conhecimento e 2) aversão à crítica.

“Satelitização do conhecimento” é expressão usada por Souto Maior Borges para fazer referência àqueles estudiosos que se limitam a gravitar (satélites) em torno das ideias dos mestres de uma área do saber (as “estrelas” daquele campo de estudo).<sup>428</sup> O sucesso desses profissionais renomados na construção de teses paradigmáticas pode desestimular pesquisadores iniciantes (ou menos ousados) a elaborar suas próprias teorias, principalmente quando estas contenham críticas aos “mestres”.

A autoridade do autor de uma tese jurídica (seja ele um doutrinador ou um magistrado encarregado de elaborar a fundamentação que produzirá um precedente vinculante) pode, então, ser prejudicial ao avanço da ciência do Direito e da prática forense, na medida em que tem o potencial de inibir a construção de interpretações alternativas. O temor à rejeição de argumentos que contrariem uma referência no assunto termina “apequenando” cientistas e operadores do Direito (juízes, advogados, membros do Ministério Público e auxiliares da justiça), que se resignam a desenvolver seu trabalho partindo do paradigma adotado por um indivíduo em posição de destaque (esse temor está relacionado ao viés de aversão à perda, já mencionado por nós no subitem 3.2.2.2 acima).

Como consequência natural desse fenômeno, restringe-se a criatividade dos teóricos e práticos do Direito. Até mesmo os temas que serão objeto das pesquisas e da argumentação tecida nas petições terminam sendo atingidos: a pauta passa a ser definida pelos trabalhos publicados (ou, no caso do Judiciário, pelas teses emplacadas) por aquele grupo seletivo, que termina conduzindo (em verdadeiro “efeito manada”) boa parte da comunidade jurídica.

Por sua vez, a aversão à crítica se manifesta quando esses mesmos profissionais de destaque perdem de vista o apelo prático de um paradigma, passando a utilizar do prestígio que possuem para liderar uma defesa radical e intransigente contra quaisquer contra-argumentos que venham a confrontá-lo (seja porque participaram de forma decisiva na criação do paradigma, seja porque passaram tanto tempo trabalhando com ele que não conseguem mais admitir a possibilidade de ele ser substituído).

Ressalte-se: toda e qualquer teoria sempre sofre críticas, mesmo naqueles momentos que Thomas Kuhn chama de “ciência normal”. No entanto, o que ocorre é que, nesses períodos em que o paradigma parece extremamente satisfatório (períodos sem crises aparentes), elas não costumam receber muita atenção. Como já dissemos, quando o cálculo de custo-benefício do

---

428 BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 29–36.

paradigma é vantajoso, suas falhas costumam ser ignoradas, assim como aqueles que as apontam.<sup>429</sup>

O problema surge quando não mantemos uma vigilância constante (Sistema 2) desse equilíbrio entre as benesses e desvantagens de um paradigma. A partir do momento em que tomamos uma teoria (ou conjunto de teorias) como “verdade”, e não como *uma* ferramenta (dentre várias que podem ser confeccionadas) para resolver problemas, ativamos um viés de confirmação que nos impede de discutir de maneira séria sobre os argumentos contidos nas críticas. E se tal atitude dogmática for empregada por expoentes de uma determinada comunidade (doutrinadores de renome, ou ministros de tribunais superiores com boa reputação), o impacto será ainda maior (dada a tendência supramencionada de eles “guiarem” uma parcela expressiva daquele grupo).

Com efeito, a resistência de defensores influentes do paradigma a mudanças pode fazer com que os avisos daqueles pesquisadores que identificaram falhas no seu funcionamento sejam menosprezados, o que pode impedir a realização de debates focados em argumentos, e retardar o reconhecimento da necessidade de adoção de um novo paradigma. Kuhn aponta (e a história da ciência é farta de exemplos) alguns episódios em que a defesa de teorias em crise se valeu do descrédito e do desdém para com seus críticos – estratégia que foi utilizado por grandes nomes que eram partidários do paradigma atacado.

O que se aprende com esses exemplos é que o peso da opinião dos mestres tem o poder de definir o *tempo* necessário para que críticas ao paradigma passem a ser levadas a sério pela comunidade científica. Ou seja, por mais que o crítico insista até conseguir a aprovação dos seus pares, e termine, finalmente, derrubando o paradigma, *a duração desse processo* pode ser determinada por figuras de destaque, que decidem dedicar-se a supostos “méritos intrínsecos” da(s) teoria(s), mantendo uma atitude de negação quanto às suas falhas potenciais.<sup>430</sup>

Como dito, essas duas tendências podem ser identificadas tanto na doutrina como na jurisprudência (embora reconheçamos que parecem servir mais para retratar o funcionamento da academia). No caso desta última, também é de extremamente utilidade a epistemologia de

---

429 Embora seja de suma importância, em todas as épocas, a existência de pesquisadores que se dediquem a submeter a testes as teorias vigentes.

430 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. *Op. cit.*, passim. Nesse mesmo sentido, Hugo de Brito Machado Segundo cita Louis Pasteur como um desses críticos que passou anos sendo ridicularizado (no seu caso, pelos adeptos da teoria aristotélica da geração espontânea). Apesar de todos os argumentos e experimentos desenvolvidos por Pasteur, houve uma resistência ferrenha dos cultores do paradigma anterior, o que exigiu dele determinação e persistência ímpares na defesa das suas ideias. Embora Pasteur tenha saído vencedor do debate, é nítida a influência dos expoentes da época no prolongamento do debate (que poderia ter durado menos tempo se não tivessem resistido tanto a debater racionalmente os argumentos que ele submetia à apreciação da academia). Vide, a propósito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 50.

Thomas Kuhn. Entendemos que a compreensão de algumas das razões práticas que sustentam o sistema de precedentes pode, efetivamente, beneficiar-se do acréscimo dessa base epistemológica.

Afinal, embora seu funcionamento seja disciplinado por normas específicas, a formação, manutenção e substituição (*overriding* e *overruling*)<sup>431</sup> de precedentes trabalha de uma maneira análoga à descrita por Kuhn. As razões pelas quais se alça uma determinada tese à condição de precedente vinculante guardam correspondência com a adoção de um paradigma (escolhe-se a tese que parece mais alinhada ao ordenamento jurídico, e que, conseqüentemente, parece mais adequada a resolver aquele grupo de conflitos). Da mesma forma, a percepção de que está em andamento um processo progressivo de desgaste (isto é, a percepção de um descompasso, antes inexistente, entre os problemas e a solução que lhes é oferecida pela argumentação convertida em precedente) termina levando ao surgimento de críticas semelhantes àquelas desenvolvidas no meio científico. Ademais, a atitude de desembargadores e ministros pode determinar a duração da crise, o tratamento conferido aos argumentos contrários e, finalmente, a aceitação ou rejeição de uma nova tese.

Vale ainda pontuar que, caso se decida por substituir a tese antiga, a motivação será a mesma que conduz à troca de paradigmas: o reconhecimento de que a nova interpretação parece superior, ou seja, que ela parece conseguir lidar com um número maior (ou de forma melhor) de (com) problemas que sua antecessora (principalmente com aqueles que agora parecem mais urgentes).

Como se vê, são questões pragmáticas que permeiam a dinâmica dos precedentes. Mesmo quando se entende, por exemplo, que determinada interpretação deva ser, a partir de agora, acolhida, por parecer mais compatível com a Constituição, isto é feito tendo em vista o surgimento de novos problemas, para os quais a solução ofertada pela tese anterior passou a ser insatisfatória.<sup>432</sup> Não se trata, portanto, de descobrir o “verdadeiro significado da norma” ou “a

---

431 *Overriding* e *overruling* são técnicas de superação de precedentes. O primeiro (*overriding*) consiste na alteração parcial de uma tese firmada, podendo afetar tanto seu sentido como delimitar as situações nas quais deverá ser aplicada. Por sua vez, *overruling* significa a substituição integral da tese anterior por uma nova, que passará a vigorar em seu lugar. A respeito, com muito mais detalhes, consulte-se MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o novo direito processual civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, especialmente p. 310–325 e PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, especialmente o capítulo 3.

432 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. *Op. cit.*, p. 195–196. Entendendo que essa conclusão poderia ser extraída do pensamento de Popper, consulte-se ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 161. Quanto a algumas conclusões do autor, vale ressaltar nossa posição em relação ao pensamento de Popper: em nosso entendimento, não parece que o austríaco tenha pretendido criar uma teoria da “verdade”, o que pode ser visto na sua ojeriza ao termo, bem como à própria ideia de verossimilhança (já mencionados por nós neste estudo). A extrema desconfiança de Popper com relação à possibilidade de afirmar se uma teoria “a” seria superior a uma

real vontade do legislador”: simplesmente percebe-se a necessidade de superar o posicionamento prévio para sanar aquele “mal-estar” crescente que sua aplicação passou a produzir.

Temos, assim, mais um exemplo que demonstra que os aportes epistemológicos têm clara utilidade para os operadores do Direito: eles não são apenas argumentos “filosóficos” alienados ao que ocorre nos corredores e gabinetes dos fóruns e, portanto, não devem ficar restritos a discussões acadêmicas. Tais noções podem, sim, nos auxiliar na compreensão de eventos que ocorrem diariamente em nossos tribunais.

Se encararmos as propostas da epistemologia como tentativas de explicar os processos subjacentes à toda formação do convencimento em seres humanos, poderemos ter ganhos expressivos na compreensão de fenômenos cognitivos coletivos (formação de precedentes em uma comunidade de julgadores) e particulares (atividade intelectual desenvolvida individualmente por cada magistrado) que, embora interessem à ciência do Direito, não podem ser explicados apenas com as ferramentas deste.

No próximo subitem, encerraremos as contribuições de epistemologia *geral* (no próximo capítulo traremos noções específicas de epistemologia do Direito) tentando mostrar como mudanças na forma de lidar com as ideias de *método* e *conhecimento confiável* podem contribuir com duas “bandeiras” importantes do atual Código de Processo Civil: o fortalecimento da participação das partes e o incentivo à flexibilização procedimental.

#### 4.4.3 *Será que existe apenas um único método adequado para conduzir a investigação processual? Anarquia, pluralização metodológica e flexibilização procedimental*

Tradicionalmente, nosso processo civil foi partidário de uma ideologia cartesiana, que exigia a definição de procedimentos rígidos, destinados a funções específicas (conhecimento, execução, cautelar), e que conferia *status* privilegiado ao processo de conhecimento.

No âmbito do Código de Processo Civil anterior, as etapas que antecediam a sentença eram encaradas como componentes indispensáveis para a correta reconstrução dos fatos, e para o alcance da “certeza jurídica” por ele prometida.

---

teoria “b” é uma constante em suas obras. Ademais, ele defende, como já vimos, o falseamento permanente de toda e qualquer teoria, até mesmo daquelas que parecem mais verossímeis (as quais, relembremos, ele jamais chama de *prováveis*, *confirmadas* ou *comprovadas*, mas, tão somente, de *corroboradas*). É por esta razão que Susan Haack (citada na página 159 da segunda obra citada no início desta nota) critica o uso da teoria de Popper como parâmetro para julgar a maior capacidade explicativa de uma tese em relação a outra: Popper não oferece critérios para uma hierarquização desse tipo, pregando, ao contrário, a necessidade de mantermos *sempre* em dúvida *todo e qualquer conhecimento*.

O Código atual, embora ainda guarde certos compromissos com o paradigma racionalista (principalmente no capítulo dedicado às provas), se afasta dele no rigor procedimental. Mais que isso: não só temos, agora, dispositivos que expressamente permitem e incentivam a flexibilização *pelo magistrado*, como há uma preocupação especial em possibilitar às *partes* participar dessa adequação das etapas do procedimento às peculiaridades de seus casos específicos.

Assim, por exemplo, o inciso VI do artigo 139 do atual Código de Processo Civil determina que o juiz dilate prazos processuais e promova alterações na produção probatória – de modo a ajustar o procedimento às necessidades do caso concreto –, enquanto o artigo 190 confere às partes amplos poderes para estipular, através de negócios jurídicos processuais, adaptações semelhantes; por sua vez, o §2º do 327 permite a utilização de técnicas dos procedimentos especiais no rito comum – no caso de cumulação de pedidos que, *a priori*, deveriam seguir por caminhos distintos.

Quanto a este último dispositivo, Antonio do Passo Cabral, Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr. entendem que ele representaria uma verdadeira *cláusula geral de flexibilização procedimental*, abrindo a porta para o intercâmbio de técnicas entre procedimentos antes incomunicáveis (desde, claro, que a técnica a ser incorporada não seja de todo incompatível com o procedimento no qual será inserido).<sup>433</sup>

Vemos com bons olhos essa mudança. Como já dissemos acima, a aplicação do paradigma racionalista traz consigo uma visão unitária a respeito do método a ser seguido para obter um determinado objetivo. No âmbito do processo civil, a rigidez procedimental é uma das manifestações mais claras dessa ideologia. A criação de procedimentos rígidos, destinados a alcançar uma utópica reconstrução factual, e impedidos de compartilhar técnicas entre si (mesmo quando esse intercâmbio seja benéfico à tutela específica do direito material em discussão), é caudatária da ideia de que só existiria um caminho adequado para se chegar a um resultado satisfatório na condução do processo (e especialmente na condução da investigação probatória).

Esse subproduto da mentalidade cartesiana inspirou a crítica de Paul Feyerabend à ideia de ciência consagrada pela Modernidade: a rigor, a defesa da existência de um único caminho (método) aceitável nos aprisiona em um dogmatismo ainda mais grave do que o manifestado

---

433 A respeito, confira-se CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; e DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais...*, op. cit., p. 69–75.

nos períodos mais radicais da Igreja Católica (ou de outras instituições religiosas que, em algum momento, monopolizaram a produção de conhecimento).<sup>434</sup>

Pior porque, conquanto os dogmas religiosos jamais possam ser empiricamente comprovados (consistindo, na nossa opinião, em questões de crença, incapazes de ter sua verossimilhança comparada com a de outras teorias), a ciência moderna não raras vezes afirmou ter uma capacidade superior de oferecer explicações definitivas para certos fenômenos.<sup>435</sup>

O que caracterizaria essa versão da ciência moderna como mais verdadeira seria, justamente, a superioridade do seu método (que, basicamente, era o método cartesiano, com seus desenvolvimentos posteriores).

Entendemos que a alternativa proposta por Feyerabend pode ser útil para a conscientização da necessidade de pluralização metodológica no processo civil, embora reconheçamos que suas recomendações pareçam extremamente radicais. Afinal, ele inicia o capítulo 1 do seu *Against Method* afirmando que a única ideia-guia que não inibiria o “progresso” seria “*anything goes*”<sup>436</sup> – expressão polêmica, e que costuma ser interpretada ao pé-da-letra (na nossa opinião, em razão de uma certa má vontade em tentar compreender a visão contra-intuitiva e contra-majoritária defendida pelo autor).

Não estamos aqui para fazer uma defesa apaixonada das ideias de Feyerabend, e nem concordamos integralmente com elas.<sup>437</sup> Apenas queremos esclarecer os mal-entendidos que

434 FEYERABEND, Paul. *Against method. Op. cit.*, passim. Vale conferir, nesta mesma obra, os comentários do autor em relação ao julgamento de Galileu – especialmente no ponto em que ele mostra as semelhanças entre as exigências de comprovação feitas, à época, pela Igreja, com as que a comunidade científica de hoje costuma impor para aceitar uma nova teoria. Na visão de Feyerabend, a atitude da Igreja do século XVII de controlar o que deveria ser tido como conhecimento aceitável não seria muito diferente da adotada por instituições do nosso tempo (tais como associações de *experts*, corporações poderosas e Estados e organizações influentes no cenário internacional). O trecho, compreendido entre as páginas 125 e 134 da obra citada, merece muito ser lido, por abordar o assunto de maneira diversa da visão majoritária.

435 Vimos, no entanto, que, a partir do início do século XX, as possibilidades de concretização desse ideal tornaram-se progressivamente menores, o que desencadeou o surgimento de teorias epistemológicas mais compatíveis com as possibilidades do conhecimento humano (como as que estamos abordando).

436 FEYERABEND, Paul. *Against Method. Op. cit.*, p. 14–19.

437 Como já deve ter ficado claro ao leitor, não lidamos com nossas referências como típicos “marcos teóricos” – a cujo pensamento (e, conseqüentemente, a cujas contradições e idiosincrasias) estaríamos *necessariamente* vinculados. Apenas nos utilizamos dos autores na medida em que encontramos, em suas propostas, contribuições que julgamos úteis ao processo civil. Desta forma, não assumimos um compromisso com nenhuma visão epistemológica específica, preferindo nos beneficiar da riqueza proporcionada pelo aporte de formas diferentes de encarar um mesmo fenômeno. Ao invés de abraçar uma única teoria, com suas limitações e seus pontos-cegos, optamos por ampliar nossos horizontes de análise, “pinçando” aquelas ideias que julgamos mais adequadas para explicar um certo problema. Na nossa visão, temos muito a ganhar com essa diversidade de propostas que hoje podemos acessar – mesmo quando utilizamos aspectos de teorias tidas como incompatíveis, como a de Popper e a de Feyerabend. É que não as temos como excludentes, mas *complementares*. Entendemos que cada autor traz sua contribuição de acordo com sua bagagem teórica, suas experiências e sua visão de mundo, as quais limitarão seu olhar e a forma como ele enxerga os problemas que decide enfrentar. Sendo assim, é natural que cada teoria apenas consiga fornecer soluções para um certo número de questões, o que nos motiva a ir em busca de outras, que tentem suprir algumas dessas lacunas no trato com temas que nos interessam.

acompanham a abordagem de suas obras, para que possamos, então, explicar o porquê de enxergamos utilidade prática em sua teoria.

Pois bem. Costuma-se fazer uma tradução literal da expressão (“vale tudo”), a qual geralmente é acompanhada por uma interpretação igualmente literal. De fato, Feyerabend era alguém que gostava de ser polêmico, e que não se furtava de usar de expressões bombásticas (ou mesmo de palavras pesadas nas críticas a seus opositores) para expor seu pensamento. Qualquer um que leia suas obras perceberá esse fato. Sendo assim, é extremamente compreensível que o caminho por ele proposto tenha sido recepcionado dessa forma pela maior parte da comunidade científica (duramente criticada em seus textos).

A resistência também se deve ao fato de ele propor uma visão anárquica da produção de conhecimento, o que explica, em parte, a reação à sua teoria: é comum que ideias anarquistas causem estranhamento, 1) pelo desprendimento que propõem – um desprendimento que é difícil para nós, que ainda hoje sofremos, em nossa formação acadêmica, a influência de ideias iluministas em torno do papel e dos mecanismos de funcionamento da ciência – e 2) por parecerem se prestar apenas à destruição daquilo que está em vigor, sem oferecer nenhuma alternativa factível a ser posta em seu lugar.

Apesar dessa dificuldade, agregar elementos do pensamento de Feyerabend pode ser útil para nos libertar da miopia metodológica a que já aludimos. A tese central do pensamento do (assim como Popper) austríaco é que o conhecimento não avança<sup>438</sup> por métodos pré-estabelecidos e perfeitamente organizados, mas pela experimentação e improviso de um sem-número de indivíduos – às vezes totalmente isolados uns dos outros enquanto desenvolvem suas teorias –, que, em algum momento, ousaram negar as regras do “fazer ciência” em seu tempo, para propor uma nova visão das coisas.

Vistas as coisas por essa ótica, toda a empreitada humana em busca do conhecimento poderia ser encarada como uma imensa “gambiarra” epistêmica, composta por milhares de

---

438 Ressalte-se que o próprio Feyerabend não impõe uma noção particular de “progresso”, ou de “avanço”: ele expressamente diz ao leitor para entender tais expressões da forma (e com o conteúdo) que preferir. Para ele, há progresso e avanço quando se mantém o espaço para o embate entre ideias e métodos opostos, independentemente do resultado que se obtenha deste confronto. Some-se a isto a sua posição de que não seria objetivo da ciência aproximar-se da verdade – mas apenas manter esse “oceano crescente de alternativas incompatíveis” –, e então percebemos, sem dificuldades, que há certa razão nas críticas que o acusam de relativista. Confirma-se, a propósito, o trecho no qual ele sintetiza essa sua forma de conceber o conhecimento: “Knowledge so conceived is not a series of self-consistent theories that converges towards an ideal view; it is not a gradual approach to the truth. It is rather an ever increasing *ocean of mutually incompatible alternatives*, each single theory, each fairy-tale, each myth that is part of the collection forcing the others into greater articulation and all of them contributing, via this process of competition, to the development of our consciousness. Nothing is ever settled, no view can ever be omitted from a comprehensive account”, como consta de FEYERABEND, Paul. *Against Method. Op. cit.*, p. 21. Grifos no original.

“gambiarras menores” (cada uma das teorias individualmente consideradas). No enfrentamento dos mais diversos problemas do cotidiano, teríamos de nos contentar em trabalhar com esse “emaranhado” de teses parciais e imperfeitas – pois, apesar das suas limitações, elas poderiam ter grande utilidade, independentemente de seguirem as diretrizes de “pureza metodológica” vigentes.

Assim, Feyerabend nota, por exemplo, que Galileu não conduziu suas pesquisas pelas regras metodológicas de seu tempo, mas, ao contrário, pela formulação de um caminho nada ortodoxo para os padrões da ciência seiscentista. Sua forma de proceder incluía a adoção de ideias de Copérnico para cuja comprovação não havia, ainda, provas suficientes – de modo que muito do que ele defendia era baseado em intuição, ou no que em inglês se chama “*educated guess*” (algo como um “chute consciente” de um estudioso que, embora tenha conhecimento na área, ainda não tem elementos suficientes para embasar uma teoria mais bem-acabada).

Analisadas as coisas dessa forma, não é de se estranhar que as hipóteses levantadas por Galileu tenham sofrido uma reação tão forte não apenas da Igreja, mas da própria comunidade científica de seu tempo. Ele era, afinal, alguém que estava indo contra o método estabelecido, e que sequer conseguia provar de maneira convincente o que estava propondo (ainda que, posteriormente, a continuidade das pesquisas baseadas em suas ideias tenha conseguido convencer os estudiosos a aceitar sua tese como mais verossímil).<sup>439</sup>

Utilizando-se desse e de vários outros exemplos que antecederam mudanças importantes na história da ciência, Feyerabend destaca a importância de se trabalhar de maneira “contraindutiva”. Ao invés de partirmos de casos particulares que parecem comprovar uma ideia geral, ele sugere que procuremos situações específicas que refutem a teoria. Da mesma maneira, elaborar teorias inconsistentes com fatos considerados suficientemente comprovados também seria uma contrarregra útil para testar até que ponto estes fatos estariam realmente demonstrados,<sup>440</sup> ou se existiria uma outra maneira de proceder para oferecer uma explicação.

O objetivo dessa ideia um tanto “bizarra” por ele proposta não é substituir uma metodologia (indução, falseamento, dedução, abdução) por outra (contra-indução), mas sim mostrar que toda e qualquer metodologia sempre será invariavelmente limitada e sujeita a falhas, razão pela qual não devemos nos resignar a seguir sempre um mesmo caminho para resolver problemas – confiando que ele possa dar conta das mais variadas situações, em épocas

---

439 Para outros desenvolvimentos da sua forma peculiar de enxergar a discussão entre Galileu e a Igreja – enfatizando, mais uma vez, o perigo de a sociedade ficar refém de dogmas científicos definidos exclusivamente por (e entre) especialistas –, confira-se FEYERABEND, Paul. Galileu e a tirania da verdade em *Adeus à razão*. São Paulo: Editora da Unesp, 2010, p. 295–314.

440 FEYERABEND, Paul. *Against Method*. Op. cit., p. 20–23.

e contextos os mais distintos.<sup>441</sup> Afinal, todo caminho, por mais bem-estruturado que pareça, não deixará de ser apenas mais uma “gambiarra”.

Na nossa visão, portanto, a ideia central subjacente ao pensamento de Feyerabend é a defesa da independência do pesquisador perante a comunidade científica. Para ele, o instrumento para o alcance dessa liberdade seria a pluralização metodológica, que só poderia ser alcançada pela superação do ideal moderno de sacralização de uma ciência unidirecional e de método único.

Libertar-se das amarras da unidade metodológica corresponde, no processo civil, a libertar-se das amarras da unidade procedimental. Destaque-se, no entanto, que, no caso da prática deste último, a proposta deve ser entendida *cum grano salis*, diante dos limites da disponibilidade processual (mais estreitos do que os da pesquisa científica).<sup>442</sup> Enquanto o cientista do processo pode se utilizar das mais variadas estratégias metodológicas em suas pesquisas, o operador do Direito está restrito por um sem-número de normas disciplinadoras do procedimento, muitas das quais não podem ser derogadas – quer pela vontade do juiz, das partes, ou mesmo por meio de negócios processuais que envolvam todos esses sujeitos.

Ainda assim, entendemos que o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional passa por um incentivo para que os sujeitos processuais tentem “pensar fora da caixa”, traçando estratégias de condução do procedimento personalizadas às necessidades de cada caso concreto. Não há apenas um único caminho apto a produzir decisões de boa qualidade – isto é, decisões que respeitem as garantias processuais, que entendam as necessidades das partes, e que dialoguem ativamente com suas provas e argumentos.

Da rigidez do Código de Processo Civil de 1973, percebe-se, na legislação hoje em vigor, uma visível abertura para a adequação procedimental, que estimula o juiz e as partes a conceber novas táticas de flexibilização e otimização da discussão realizada em juízo.

No nosso entender, o desenvolvimento da cognição judicial só terá a ganhar com essa permissão para a pluralização metodológica na definição dos rumos do processo – *principalmente por ela ter de ser feita em um ambiente de cooperação, que exorta todos os sujeitos processuais a pôr sua digital nesse projeto conjunto de personalização*<sup>443</sup> *procedimental*.

---

441 Ibidem, p. 23.

442 A respeito, confira-se LUGA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual – os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese de doutoramento. São Paulo: USP, 2018.

443 No sentido de “singularização”, “individualização”, “customização”.

4.5 Se a epistemologia se revela uma ciência humana limitada, incapaz de garantir o alcance da verdade, qual a utilidade de continuarmos a lançar mão dela? É possível trabalhar com *standards* epistêmicos mais “humildes”? E como isso auxiliaria o Direito e, especialmente, a cognição judicial?

Vimos ao longo deste capítulo e do anterior que estudar cognição exige uma abordagem interdisciplinar, que leve em conta as limitações cognitivas inerentes ao ser humano, os vieses cognitivos e o influxo das emoções em todo processo decisório racional. Trouxemos teorias que podem nos auxiliar a propor critérios mais factíveis de “racionalidade decisória” – já que nosso objetivo não é apenas *descrever* em termos mais realistas o que ocorre nas mentes dos juízes, mas encontrar premissas que possam servir de fundamento à propositura de padrões (*standards*) para a aferição da qualidade das decisões.

Ao abordar a epistemologia, constatamos a existência de um embate milenar entre as concepções de Platão e Aristóteles, que perdura até os nossos dias. Mencionamos como o resgate de Platão por autores do Racionalismo influenciou a ideia moderna de ciência, pautada na unificação metodológica de todas as áreas do saber, e na busca de explicações matematizadas e plenamente verdadeiras para os fenômenos naturais e sociais.

Mostramos como a radicalização do método cartesiano pode ser prejudicial à produção de conhecimento, por estar assentada em premissas utópicas e objetivos irrealizáveis. Embora essa mentalidade fizesse sentido em um determinado contexto histórico – no qual imperava um otimismo exacerbado para com o potencial da racionalidade humana – suas possibilidades de concretização foram afastadas desde, pelo menos, o início do século XX – quando novas descobertas nos mostraram quão distantes estamos (e provavelmente sempre estaremos) de qualquer verdade absoluta.

Na abordagem de teorias epistemológicas mais recentes, tentamos demonstrar como o falseamento constante de hipóteses proposto por Karl Popper pode ser compatibilizado com a limitação cognitiva da nossa mente, e com a necessidade de mantermos uma vigilância constante do nosso pensamento (ativação do Sistema 2), *mesmo quando trabalhamos com teorias que pareçam suficientemente “comprovadas”*.

Com isso, tentamos deixar claro que não se pode encarar nenhuma tese jurídica como verdade inquestionável, e que, portanto, não se pode ter tal pretensão para o resultado da atividade cognitiva processual. Toda decisão será fruto de uma tentativa de aproximação da realidade, não tendo a sentença a capacidade de reconstruir fielmente fatos, ou de descobrir qualquer espécie de verdade absoluta subjacente ao debate desenvolvido em juízo. O máximo que podemos esperar é uma solução que, analisando o conjunto probatório, e respeitando as

garantias dos litigantes, fundamente a respeito de qual das teses parece mais verossímil, e porquê.

Traçamos, ainda, as linhas gerais do ciclo de desenvolvimento da ciência, nos termos formulados por Thomas Kuhn, na tentativa de ilustrar o que motivaria a substituição de teorias antigas por novas formulações. Destacamos as implicações dessa “visão cíclica da ciência” para a compreensão da dinâmica dos precedentes, com a intenção de provar para o leitor que lições de epistemologia podem, sim, ser úteis para explicar fenômenos da teoria do processo e da prática forense.

Finalmente, citamos a ideia de anarquia metodológica sustentada por Paul Feyerabend, e esperamos ter deixado claro a importância de podermos nos valer de uma pluralidade de caminhos para atingir um mesmo objetivo. Especialmente em relação ao processo civil, salientamos como o Código atual permite uma ampla flexibilização procedimental, conferindo ao juiz e às partes uma margem de liberdade nunca antes vista para a adaptação dos ritos às peculiaridades dos casos concretos.

Tudo isso posto, resta, agora, fazer um comentário final a respeito da investigação científica, e também (consequentemente) da investigação conduzida em processos cíveis. Como vimos ao longo do capítulo, a ciência avança em um processo contínuo, permeado pelo surgimento, modificação e choque das mais diversas teorias. Nenhuma dessas teorias pode pretender se autointitular como “a imagem da verdade”, e ainda que bem-sucedida, é bem provável que, cedo ou tarde, ela seja substituída por outra explicação tida como mais adequada.

Nessa ordem, a ciência avança em um ciclo constante, marcado não apenas por *paradigmas* e *revoluções*, mas sim por provas e refutações, como sugerido por Lakatos.<sup>444</sup> Cada “prova”<sup>445</sup> não deve ter a ambição de criar uma teoria perfeita e acabada do fenômeno estudado. Ela deve limitar-se a oferecer uma nova visão para um ou mais problemas (seja através da elaboração de uma nova teoria, ou da adaptação de uma já existente). Esta visão, por sua vez, deve gerar críticas, as quais darão início a um processo de discussão, o qual só trará benefícios ao desenvolvimento da ciência.

Tal processo é vantajoso porque, para além de tentar mostrar os erros de cada prova oferecida, as refutações devem oferecer uma nova explicação, para preencher o “vácuo” gerado

---

444 LAKATOS, Imre. *Proofs and refutations – the logic of mathematical discovery*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976. A visão de Lakatos é, portanto, mais abrangente que a de Kuhn, para quem, como vimos, existiriam períodos nos quais as críticas seriam menos impactantes (os momentos de “ciência normal”). A postura de Lakatos ressalta a presença constante da refutação teórica, mesmo quando exista uma teoria (ou conjunto de teorias) amplamente aceita (os “paradigmas” de Kuhn).

445 Expressão usada por Lakatos, que pode ser entendida no sentido de “argumento”, “hipótese” ou, ainda (para “provas” que contenham propostas mais amplas), “teoria”.

pela negação da prova criticada. Ademais (da mesma forma que pontuamos quando tratamos da teoria de Kuhn), a nova explicação, que virá ocupar o lugar deixado pela anterior, deve estar livre dos inconvenientes desta.

Seria, ela, por isso, necessariamente melhor? Não, porque também terá seus defeitos, os quais serão expostos por outras refutações, que conduzirão à necessidade de produzir novas teorias, e daí sucessivamente.

O fato é que, nessa dinâmica, estará sempre presente aquele cálculo de custo-benefício a que aludimos no subitem 3.2.1 acima: entre nossas limitações cognitivas e a utilidade aparente de uma teoria possivelmente incompleta, precisamos resolver problemas.<sup>446</sup> Para tanto, temos de nos contentar com os ganhos proporcionados por uma tese que *parece* adequada para resolver a questão *naquele momento*. Se, posteriormente, a teoria revelar-se inapropriada, poderemos abandoná-la para tentar uma abordagem diversa – mas isso apenas em *situações futuras*: enquanto ela “der conta do recado”, continuaremos utilizando suas proposições.

Como os problemas (e principalmente os processos judiciais) demandam solução, não se pode aguardar infinitamente o aprimoramento de uma teoria para que possamos aplicá-la – mesmo porque, ainda que inexistissem as contingências temporais, nossas limitações cognitivas (como já repetimos diversas vezes) fazem com que nenhuma explicação jamais seja perfeita.

Nesse contexto, o que podemos fazer é tentar conhecer as armadilhas capazes de prejudicar ainda mais o desenvolvimento de teorias e explicações verossímeis. Tentamos abordar algumas delas no capítulo anterior, mencionando a temática dos vieses na intenção de contribuir para o esclarecimento das peculiaridades dos nossos processos mentais.

Afinal, encontrar um equilíbrio entre a necessidade prática de tomar decisões, e a problemática do grau de aprofundamento do estudo de um problema, é o desafio de qualquer

---

446 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência...*, *op. cit.*, p. 46. A respeito da nossa necessidade de desenvolver técnicas para resolver problemas, *apesar das nossas limitações*, julgamos oportuno trazer, na íntegra, o seguinte trecho, de autoria de Susan Haack: “Like historians, investigative journalists, detectives, or anyone seriously trying to figure something out, scientists make informed guesses at the answers to their questions, work out the consequences of these informed guesses, seek out evidence to check how well those consequences hold up, and use their judgment about how to proceed from there. There is no algorithmic “scientific method”; i.e., no formal, or formalizable, procedure available to all scientists and only to scientists, and which, faithfully followed, guarantees success, or even progress. But over centuries of work scientists have gradually developed a vast array of special tools and techniques: ever more powerful instruments of observation, ever more cunning (and sometimes very formally precise) experimental designs, ever more sophisticated mathematical and statistical techniques, ever fancier computer programs, and so on. These scientific “helps” to inquiry usually develop in an ad hoc way, in response to some problem at hand; and almost always they rely on some earlier scientific innovation, theoretical or practical. *The evolution of these “technical” helps to inquiry has been an untidy, pragmatic, fallible, bootstrap process – but an untidy, pragmatic, fallible, bootstrap process that has gradually made it possible to get more and better-focused evidence, and to assess more accurately where evidence leads; in short, to extend and amplify unaided human cognitive powers*”. HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law em *Evidence Matters...*, *op. cit.*, p. 85–86. Grifos nossos.

cientista, e também (segundo pensamos) de qualquer aplicador do Direito. Jamais seremos totalmente bem-sucedidos nesse ponto se pretendermos exigir para a cognição (especialmente para a judicial) uma perfeição inatingível.

Como já afirmado, a noção de “sucesso”, no desempenho dessa tarefa, deve estar relacionada à ideia de uma decisão bem fundamentada, alinhada às provas discutidas no curso do processo, e que consiga encerrar a discussão após atender da melhor forma possível às garantias processuais, nas etapas que precederam sua publicação nos autos. Mas a forma exata em que essas garantias operariam na cognição será objeto do próximo capítulo.

Sintetizando tudo o que foi dito até aqui, podemos dizer que *será tendencialmente melhor aquela decisão judicial que for fruto de uma ativação consciente do Sistema 2, permitindo uma interação sadia com o Sistema 1. Compreende-se que, agindo desse modo, o juiz estará, dentro do possível, mais atento ao risco de influência dos vieses cognitivos – e também de outros “obstáculos epistemológicos” (na linguagem de Bachelard)<sup>447</sup> –, e à necessidade de levar em conta as angústias (emoções) dos envolvidos na disputa.*

O objetivo do julgador não deve ser a busca da verdade, mas sim a proteção daquela versão que, diante das informações presentes no caso concreto, *pareça mais verossímil, com argumentos mais compatíveis com os elementos probatórios constantes dos autos.*

Verossímil? Mas qual a diferença dessa proposta para a defesa da verdade? Bem, estamos conscientes de que “verossimilhança” é uma palavra que pode indicar tanto “aquilo que ordinariamente acontece” como “aproximação da verdade” (tanto que já o dissemos acima, no capítulo 1). Mesmo assim, é justamente neste segundo sentido que entendemos que o processo judicial deva lidar com os problemas.

Entre duas versões conflitantes, o julgador deve acolher aquela que pareça mais bem fundamentada e mais alinhada às provas. Esta versão, portanto, será tida como mais verossímil que a da outra parte. Ela convence mais por estar mais bem embasada, não porque representa a reconstrução perfeita do que quer que tenha ocorrido.

Não somos, portanto, nem céticos nem relativistas. Apenas pretendemos trazer bases epistêmicas *viáveis* para o conceito de cognição judicial. Queremos afastá-lo de concepções

---

447 BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico* – contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. Não concordamos, no entanto, com Bachelard, quando ele pretende, com sua teoria, criar um espaço propício para o afloramento da objetividade no processo de geração de conhecimento (ou de tomada de decisões). A nosso ver, qualquer processo humano trará a inevitável marca da subjetividade. O máximo que podemos fazer é tentar reduzir essa influência, para evitar que descambemos para a discricionariedade total. Se entendida com esse temperamento, até podemos concordar com a opinião de Bachelard. O que não podemos mais admitir, com todos os conhecimentos de que dispomos hoje (principalmente de neurociência, psicologia e biologia), é a defesa da possibilidade de existirem ações humanas plenamente objetivas.

calçadas em ideais platônicos (matizados de acordo com os interesses da mentalidade racional-iluminista) e aristotélicos (*rectius*, do “primeiro Aristóteles”, cuja epistemologia prega a busca de uma “verdade-como-correspondência”, algo que autores contemporâneos como Taruffo pretendem resgatar), por entendermos que essas visões são utópicas, e até mesmo prejudiciais a todos os sujeitos envolvidos no processo.

No lugar do paradigma doutrinário atual, calcado na crença de que é possível alcançar verdades no processo, preferimos migrar para um modelo que se contente com a escolha de uma versão que não pretenda representar verdade alguma – mas que, tão somente, pareça mais verossímil, *de acordo com aquilo que foi discutido através da argumentação processual*. Acrescente-se, ainda, que, no contexto do nosso Estado Democrático de Direito, não basta qualquer argumentação: esta há de ser desenvolvida com respeito àquilo que o nosso ordenamento entende como “processo devido”.

Assim, o debate em torno da “versão verossímil” não é exatamente presidido pelas regras da retórica aristotélica. Embora muitos elementos da ideia atual de “debate processual” possam ser extraídos de noções que foram inicialmente propostas pelo estagirita (e também por Cícero), a “argumentação devida”, no nosso ambiente jurídico, é aquela desenvolvida no seio de um processo civil cooperativo e democrático – “cooperativo” e “democrático” sendo expressões que devem ser entendidas de acordo com as “cores” dadas pelas nossas prescrições normativas.

Susan Haack tem uma interessante figura de linguagem para ilustrar o fenômeno do embasamento de um argumento por provas apresentadas em um processo. Ela compara a atividade de “inquirido” (isto é, investigação, análise, ponderação), que permeia o debate processual, a um complexo “jogo de palavras-cruzadas”, no qual cada afirmação e elemento probatório acrescentado poderiam revelar partes (ou mesmo a totalidade) de “linhas” e “colunas”.<sup>448</sup>

---

448 Confira-se HAACK, Susan. Epistemology legalized em *Evidence Matters...*, *op. cit.*, p. 30: “The concepts of inquiry and of evidence are intimately intertwined. The evidence with respect to factual, empirical claims is a complex mesh in which experiential evidence, i.e., the evidence of the senses, and reasons, i.e., background beliefs, work together like the clues and ramifying intersecting entries in a crossword puzzle. How reasonable a crossword entry is depends on how well it is supported by the clue and any completed intersecting entries; how reasonable those other entries are, independent of the entry in question; and how much of the crossword has been completed. Similarly, how well a factual claim is warranted by evidence depends on how well it is supported by experiential evidence and background beliefs; how secure those background beliefs are, independent of the claim in question; and how much of the relevant evidence the evidence includes. Relevance is not a matter of logic, but depends on matters of fact” (grifos nossos). Explicando mais detalhadamente o papel da analogia do jogo de palavras-cruzadas em seu pensamento, HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence em *Evidence Matters...*, *op. cit.*, p. 13–14: “The foundherentist account of the structure of evidence is informed by an analogy with a crossword puzzle: *experiential evidence is the analogue of the clues, and reasons (a person’s background beliefs, ramifying in all directions) the analogue of already-completed crossword entries*. The same analogy also informs the

Entendemos que essa seja uma boa analogia. Ainda assim, pensamos que, por maior que seja o “preenchimento” aparente do “quadro” (isto é, das “palavras-cruzadas”) no caso concreto, isso jamais nos permitirá afirmar termos chegado a qualquer verdade. No máximo, podemos estar convencidos de que, de alguma maneira, chegamos a uma solução que ao menos parece razoável – ao ponto de, *com base nas provas e nos argumentos sopesados*, podermos afirmar que ela *parece* mais próxima da verdade do que as outras opções disponíveis. *E, mesmo aqui, jamais teremos garantia alguma do acerto da nossa escolha (“acerto” no sentido de termos optado pela opção que “reflete a verdade”).*<sup>449</sup>

Esse não é, contudo, o problema. Se nem a investigação científica consegue garantir o resultado “verdade”, é evidente que o processo judicial não logrará *standard* epistêmico tão absurdamente alto. Aqui, realmente parece interessar mais o pensamento do segundo Aristóteles: a preocupação em garantir às partes um debate efetivo com o órgão julgador (contraditório), em condições que levem em conta as suas reais possibilidades de atuação (isonomia material).

Além disso, é preciso que a decisão “saia” em tempo razoável, por imperativo constitucional – e tempo razoável, aqui, não é o mesmo que em uma pesquisa científica (que, por exemplo, pretenda encontrar uma cura para a doença “a”, construir um carro voador, ou projetar um novo supercomputador para substituir trabalhadores humanos em tarefas mais complexas).

A necessidade inafastável de seguir os ditames da ordem jurídica impõe aos juízes uma pressão adicional para o preenchimento do jogo de “palavras-cruzadas” processual. Dada a multiplicidade de normas que atuam em conjunto sobre sua atividade cognitiva, parece evidente que o julgador não poderá garantir um grau de precisão semelhante ao de pesquisas científicas

---

foundherentist account of the determinants of evidential quality, of what makes evidence stronger or weaker, better or worse; *which has three dimensions: how supportive the evidence is of the belief in question* (analogue: how well a crossword entry fits with the clue and any completed intersecting entries); *how secure the reasons are, independently of the belief in question* (analogue: how reasonable those intersecting completed crossword entries are, independently of the one in question); *how comprehensive the evidence is* (analogue: how much of the crossword has been completed)” (grifos nossos).

449 Mencionando as diversas dificuldades em torno do conceito e da própria ideia de “verdade”, e expondo sua visão da relação entre “verdade” e Direito, HAACK, Susan. Nothing fancy – some simple truths about truth in the law em *Evidence Matters...*, *op. cit.*, p. 294–322. Recomendamos fortemente a leitura deste artigo. Por mais que pensemos que Susan é um pouco otimista demais com relação à verdade, reconhecemos que ela trabalha com as interações entre verdade e Direito de modo bem-fundamentado, e com argumentos muito mais ricos e bem desenvolvidos do que a esmagadora maioria dos autores (epistemólogos ou juristas) que tratam do tema. Inclusive, ao consultarmos diretamente os escritos dela em torno da temática, temos a impressão de que Michele Taruffo faz uma simplificação problemática do pensamento da estadunidense: em nossa opinião, o modo com que a autora lida com a noção de verdade é muito mais complexo do que o italiano faz parecer – e, em alguns pontos, temos a sensação de que este último faz citações que não correspondem, exatamente, àquilo que, *no contexto específico dos seus textos*, Susan pretendia afirmar.

que levaram décadas para apresentar resultados – e, como vimos ao longo deste capítulo, nem mesmo estas poderiam oferecer teses que pudessem ser chamadas de “verdadeiras”. As “palavras-cruzadas”, portanto, terão de permitir uma resposta final *mesmo com partes de “linhas” ou “colunas” “em branco”*.

Em suma, entendemos que devemos exigir dos nossos magistrados uma condução do processo que busque a versão mais verossímil, sendo verossimilhança a medida da maior aproximação da tese eleita com algo que pelo menos *pareça*, ao fim da discussão, verdadeiro. Reconhece-se, portanto, que isso é mera *aparência* – mas, pelo menos, entende-se que a escolhida convenceu *mais do que* a(s) tese(s) rejeitada(s).

Além disso, essa tese “mais verossímil” deve ser escolhida com base naquilo que efetivamente tenha sido debatido nos autos, e apresentar um alinhamento maior (mesmo que, ao fim e ao cabo, esse alinhamento sempre seja aparente, e sujeito à interpretação) com os elementos probatórios específicos do caso.

A verossimilhança da tese eleita, portanto, estaria calcada na sua *maior* aproximação com o que *parece* correto – “maior” em comparação com as outras opções apresentadas nos autos, e conforme aquilo que foi realmente discutido acerca do conjunto probatório. A ideia de “correção aparente” da tese, portanto, depende do resultado do debate em torno das provas efetivamente carreadas ao processo.

Esse parece um *standard* epistêmico mais próximo das nossas possibilidades. Ao nosso ver, qualquer imposição que ultrapasse esses limites – exigindo, por exemplo, que o juiz não só busque, mas *encontre* a perfeita *adaequatio intellectus et rei*, ou mesmo a “verdade absoluta” (que estaria repousando no mundo das ideias platônico, esperando para ser descoberta) – estará desconsiderando as restrições psicológicas e epistemológicas que acometem todo e qualquer humano – e, portanto, estará fadada ao fracasso.

Ao mesmo tempo, negar que o juiz tenha de escolher a opção que, em cada caso concreto, *pareça* mais correta e bem-fundamentada (ou ao menos mais correta e bem-fundamentada que as outras alternativas) impede qualquer tipo de parametrização da análise probatória. Se afirmarmos que o julgador não tem o dever de escolher a versão que considerou mais bem-alinhada às provas e ao direito positivo, abrimos a porta para todos aqueles relativismos dos “pós-Modernos” – e, com isto, ficamos ainda mais vulneráveis ao arbítrio e à discricionariedade.

## 5. Reconstruindo o conceito de cognição: nossa proposta

5.1 Afinal, como o ordenamento jurídico brasileiro estrutura a cognição? Dos aportes extrajurídicos para as amarras do sistema: cultura, positivação de valores e delimitação legislativa da atividade cognitiva

Para que possamos propor um conceito mais completo para a cognição judicial, parece clara a importância dos aportes extrajurídicos – mencionados nos dois últimos capítulos, com a profundidade que julgamos suficiente para os propósitos deste trabalho.

Dado que o julgador é um ser humano, e considerando que a atividade que ele desempenha no processo não deixa de ser uma atividade de inquérito (*enquiry*), consideramos que era imprescindível compreender – ao menos de maneira superficial – algumas nuances das nossas limitações psicológicas e epistemológicas, e expô-las de maneira relativamente resumida neste trabalho.

Tudo isso já foi devidamente desenvolvido acima. Ocorre que, para que formulemos um conceito adequado para a cognição *judicial*, de nada adiantam os aportes extradisciplinares *sem a devida compatibilização com nosso sistema normativo*. Este é, afinal, um estudo *jurídico e interdisciplinar* – que busca trazer conhecimentos de outras áreas, mas sempre com o intuito (declarado desde a introdução) de compatibilizá-los com o Direito.

Pois bem. É neste capítulo que nos dedicaremos a essa harmonização. Se a capacidade cognitiva e investigativa humana é limitada; se o julgador está sujeito a influxos emotivos e vieses cognitivos; e se, epistemologicamente, nunca podemos estar certos de ter alcançado verdades definitivas, é preciso saber como o ordenamento jurídico brasileiro lida com tais fenômenos.

Sim, porque, embora a cognição exercida pelo juiz tenha características comuns a qualquer atividade investigativa – e mesmo com a atividade investigativa realizada por cientistas –, ela possui, também particularidades. A análise judicial é, portanto, um tipo “especial” de inquérito.

Ela pode até não perder essa “natureza investigativa”, comum a todo esforço cognitivo humano, mas possui limitações e condicionantes próprias, impostas por uma “camada adicional” de mandamentos (para além dos da biologia, psicologia e epistemologia). Esses mandamentos, naturalmente, são as normas positivadas em nosso sistema jurídico. Elas impõem uma série de restrições ao comportamento dos juízes no processo, estabelecendo um verdadeiro “guia” para a condução da sua atividade.

Sendo assim, não é exagero algum – mas mera constatação – afirmar que o trabalho do julgador não apenas é regulado pelos imperativos biológicos, psicológicos e epistemológicos, *comuns a todo ser humano* – e dos quais, portanto, ele não pode escapar, independentemente de sua vontade ou dos que pretendam controlá-lo –, *como também está sujeito a uma série de “amarras cognitivas” específicas, impostas pela ordem jurídica*. Tentar explicar como o processo judicial se caracteriza, enquanto modalidade especial de inquérito – expondo ao menos algumas das exigências que nossa Constituição (bem como os dispositivos infraconstitucionais que a concretizam) faz em relação ao trabalho dos magistrados brasileiros – é o objetivo deste capítulo.

Pretendemos, então, antes de encerrar o presente estudo com a nossa proposta de conceito para a cognição judicial, apresentar ao leitor a forma como encaramos o processo – a rigor, *jurídico-político* – de *direcionamento cognitivo* da atividade dos juízes brasileiros.

Assim, se afirmamos, repetidamente, que a cognição judicial é uma atividade de inquérito *modelada* pelo direito positivo, entendemos que chegou o momento de esclarecer como entendemos que ocorre essa fixação de balizas cognitivas.

De início, cabe destacar que as balizas impostas pelo ordenamento não são apenas amarras epistemológicas, mas *deontológicas* – isto é, elas possuem a marca da coercitividade, que caracteriza as normas jurídicas, de modo que o julgador não *escolhe* segui-las por considerar que o ajudarão a conduzir uma investigação “epistemicamente mais adequada”. Ele as segue porque é um servidor público que, ao tomar posse, compromete-se a *presentar* o Estado no exercício da jurisdição – e o exercício desse mister exige que obedeça às normas extraíveis dos textos positivados em nosso ordenamento.

Nossas balizas cognitivas possuem, portanto, caráter *deontológico*. Mas nem por isto deixam de ser fruto de uma *seleção de valores*, conforme a *cultura* dominante<sup>450</sup> em uma dada comunidade historicamente situada. Tais escolhas axiológicas fazem transpor tais valores para o plano deontológico – *mas o que determina sua inserção no sistema normativo é um ato (de certa forma sempre arbitrário) de escolha consciente entre várias alternativas valorativas disponíveis, perpetrado por aqueles com poder para inserir (democraticamente ou não) seus standards axiológicos na normatividade posta*.

---

450 Seja ela “dominante” por encontrar eco na quase totalidade da população (constituindo uma espécie de “quase consenso”, ou seja, de valores realmente aceitos e compartilhados pelos habitantes de um dado território), na sua maioria, ou mesmo em um ou outro grupo minoritário privilegiado, que dita os rumos da sociedade usando de seu poder econômico, religioso ou militar. Estamos plenamente conscientes, portanto, de que esse processo de seleção axiológica pode se dar tanto por vias democráticas, como por vias autoritárias.

*Essa circunstância faz com que, no estudo das normas que atuam sobre a cognição judicial, não possamos negligenciar nem o aspecto cogente, e nem a sua origem nitidamente cultural, contextualizada. É preciso enxergar o ordenamento jurídico como o resultado desse processo de escolha e seleção (mais ou menos) consciente de valores, feito por grupos e categorias humanos, com força suficiente para inserir suas aspirações no texto constitucional, e nos demais diplomas a ele subordinados.*

Reconhecer essa realidade importa, ao mesmo tempo, ressaltar, em certa maneira, a “força simbólica da Constituição”, a que alude Thomas Vesting<sup>451</sup>. O peso do simbólico, do cultural, e o estudo daquilo que significam para a teoria e prática jurídicas, não podem ser menosprezados. São elementos que têm ação decisiva na dinâmica da juridicidade, de modo que é crucial que os mencionemos aqui, mesmo que em apenas algumas páginas.

Claro que (como já dissemos na introdução) sempre haverá um quê de discricionariedade, e até de dominação, nesse processo seletivo. Ainda assim, cremos que o Direito seja muito mais do que isso – e que, especificamente no tocante ao nosso ordenamento (que é o que interessa de maneira mais imediata a este trabalho), somos dotados de uma Constituição devidamente capacitada para instituir as bases de um Estado verdadeiramente democrático.

Nesse passo, e agora já no caso específico do processo civil, as normas postas em nossa Carta Magna traçam um contorno daquilo que o constituinte originário entendeu como componentes necessárias de um “processo devido”. Para além delas, outras podem ser acrescentadas pelo constituinte derivado, por meio de Emendas, como no caso do já mencionado inciso LXXVIII do artigo 5º – que incluiu a duração razoável dos processos judiciais no rol das garantias que constituem o devido processo legal em nosso país. Mas as garantias inseridas pelo constituinte originário,<sup>452</sup> evidentemente, não podem ser removidas: são, a nosso ver, cláusulas pétreas<sup>453</sup>, de modo que só podem ser afastadas por meio da

---

451 VESTING, Thomas. Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne em VESTING, Thomas e KORIOH, Stefan (orgs.). *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 71–94. Analisamos essa questão do papel simbólico do texto constitucional – o que foi feito dissecando, página por página, o texto supracitado do professor de Frankfurt, ao mesmo tempo em que, naturalmente, dialogávamos com suas ideias, e informávamos o leitor acerca do contexto em que fora escrito (bem como das fontes que lhe serviram de inspiração) – em GOMES, João Victor Silva e PROTO, Nathália de Carvalho Grizzi. *Thomas Vesting e a força simbólica da Constituição*. No prelo.

452 Isto é (para aqueles que possam não estar familiarizados com a terminologia), aquelas que surgiram na “versão original”, a “versão 1.0” do nosso texto constitucional.

453 O rol de dispositivos normativos que devem ser considerados cláusulas pétreas, insuscetíveis de alteração por Emenda Constitucional, consta do §4º do artigo 60 da Constituição da República. Para poupar esse esforço ao leitor, trazemos, aqui, sua redação integral:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

destruição da ordem jurídica em vigor – isto é, mediante a substituição do texto de 1988 por um novo diploma constitucional.

Por outro lado, se não é possível derogar o “esboço geral” do que configuraria o devido processo legal em nossa sociedade, *todas* as garantias processuais podem ser *detalhadas, concretizadas, esmiuçadas*, não só através de Emendas, como também *em nível infraconstitucional*, tanto pelo Código de Processo Civil, quanto por outras leis – como, por exemplo, a Lei 7.347/1985, que detalha a ação civil pública, a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que traz disposições importantíssimas para o processo coletivo, e a Lei 12.1016/2009, que disciplina o mandado de segurança. Desde que (obviamente) compatíveis com os ditames da Constituição da República<sup>454</sup>, tais diplomas funcionam “preenchendo os contornos” por ela desenhados – no intuito de viabilizar sua aplicação e, conseqüentemente, concretizar aquilo que ela prevê.

Fato é que todos esses diplomas normativos, com todos os seus dispositivos, não deixam de ser confeccionados por seres humanos, pessoas falíveis – dotadas, ao mesmo tempo, de emoções e de um aparelho cognitivo limitado. Quando afirmamos aqui que foi “o constituinte originário” quem definiu “a” ou “b”, não estamos querendo, com esta afirmação, resgatar qualquer espécie de culto, semelhante ao que, ainda hoje, ocorre com relação aos *founding fathers*, em certos nichos da doutrina e jurisprudência estadunidenses.<sup>455</sup> Assim, tudo o que

---

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”.

Segundo entendemos, as garantias processuais enquadram-se no inciso IV. No entanto, não as vemos simplesmente como garantias individuais, no sentido de garantias do particular contra o Estado. Ao nosso ver, no que diz respeito ao processo, a norma extraível do texto do inciso IV supratranscrito pode até ter sido pensada, inicialmente, como garantia individual, *mas a sua própria concretização termina invariavelmente tendo projeção bem mais ampla*. Considerando que as garantias componentes do devido processo legal abarcam todos os indivíduos sujeitos à ordem jurídica brasileira, entendemos que o conjunto dessa proteção termina tendo um efeito geral, maior do que a soma das proteções individuais. Não podemos, no entanto, nos aprofundar mais na temática nesta oportunidade. Para este momento, basta dizer que entendemos que as garantias constitucionais do processo devem, a nosso ver, ser enxergadas como cláusulas pétreas, insuscetíveis de derrogação por Emenda. Além disto, seu funcionamento é primordial não só para o indivíduo que pleiteia em juízo o que acredita ser seu por direito: elas (as garantias constitucionais do processo, inscritas principalmente nos incisos do artigo 5º da Carta Maior, mas também presentes em outras passagens do texto, como o inciso IX do seu artigo 93) desempenham, para além disto, um papel social de extrema relevância. Esse papel transpõe a necessidade de atendimento à demanda de quaisquer indivíduos isoladamente considerados – embora, simultaneamente (mas não paradoxalmente) seu cumprimento dependa do respeito às garantias de cada um deles. *Assim, o que pode parecer, a uma primeira vista, apenas uma garantia individual, passa a ser, ao mesmo tempo, uma proteção de repercussão individual e geral.*

454 O que se aplica, também, à Lei 7.347/1985, que, mesmo sendo anterior à vigência da nossa Carta Maior, é hoje (isto é, em sua configuração atual) plenamente compatível com ela.

455 Ainda é fortíssima, em vários círculos do meio jurídico estadunidense, a influência do pensamento do Ministro Antonin Scalia (falecido em 2016, após trinta anos na Suprema Corte dos Estados Unidos da América). Na verdade, o pensamento conservador de Scalia em relação à análise constitucional – que recomenda partir do pensamento dos *framers* da constituição (isto é, daqueles que confeccionaram e assinaram o documento original)

dissemos, nos últimos capítulos, com relação ao comportamento dos juízes, vale, também, para o legislador.

Trata-se, segundo pensamos, de uma constatação pragmática.<sup>456</sup> Em determinado momento, um grupo “x” de indivíduos formulou um texto (ou espalhou oralmente preceitos entre os membros da comunidade) que procurava traduzir uma determinada forma de enxergar a vida em uma dada comunidade. Isso se aplica, segundo pensamos, a todo e qualquer agrupamento humano, mas especialmente à nossa realidade, de textos escritos nos quais são inseridas as vigas-mestras da vida em uma determinada localidade. Nessa esteira, toda Constituição é, ao fim e ao cabo, fruto dessa escolha de determinados valores – que irão, a partir de sua vigência, reger aquela sociedade para a qual foi projetada.

Em certa medida, tais valores (que, como já dissemos acima, transfigurar-se-ão em normas positivadas com a entrada em vigor dessa nova ordem jurídica) sempre serão arbitrários. Mas isso é natural, já que eles são o resultado do processo de *escolha* ao qual foram submetidos, realizado por humanos falíveis, com seus próprios interesses, visões de mundo e preconceitos. Mesmo assim, tais “valores positivados” (agora normas jurídicas) devem buscar um certo “eco” na comunidade que irá aplicá-los.

Essa “compatibilização cultural” é crucial para a sobrevivência de qualquer regime jurídico. Não basta, portanto, que o constituinte consiga outorgar apenas por meio da força, ou da violência (*Gewalt*), os preceitos de uma Carta Maior. Da mesma forma, não é suficiente que o legislador ordinário faça suas escolhas passarem pelos trâmites formais, definidos por uma Constituição (agora já em vigor), para que uma determinada lei perdure no tempo, encontrando aplicação anos após a sua entrada em vigor. Não. A regulação jurídica da vida em um determinado território sempre precisa de um *certo* alinhamento com a sociedade.

---

para interpretá-la – tem merecido ainda mais atenção da doutrina estadunidense nos últimos anos (embora talvez esteja sendo radicalizado demais por alguns círculos conservadores de hoje). Para uma noção da visão de Scalia em relação ao papel dos juízes da Suprema Corte – e, de modo mais geral, em relação ao modo como entendia que qualquer um deveria compreender e interpretar a Constituição –, consulte-se GARNER, Bryan A. e SCALIA, Antonin. *Reading law: the interpretation of legal texts*. Saint Paul (Minnesota): West, 2012.

456 Embora reconheçamos que a nossa seja apenas uma dentre várias maneiras de enxergar o fenômeno legiferante. Respeitamos opiniões divergentes, e reconhecemos tranquilamente que estamos operando, aqui, uma simplificação. Pode ser, ainda, que a nossa tentativa de construir uma explicação que coubesse nos limites deste trabalho faça o leitor enxergá-la como uma simplificação excessiva e grosseira. Mesmo assim, continuamos fortes nessa nossa visão acerca do processo de surgimento, alteração e destruição (sim, *destruição*, porque entendemos que *toda ordem jurídica só se inicia por um ato de rompimento com a anterior*; e, ainda que esse processo não ocorra por meio de violência física, sempre haverá, na mudança entre ordens jurídicas, a atuação, pelo menos, de uma violência *simbólica*, *mesmo na transição de regimes autoritários para democracias*) do arcabouço normativo de uma dada ordem jurídica.

Do contrário, mais cedo ou mais tarde<sup>457</sup> a ordem entra em crise, podendo ser posta abaixo por uma variedade de fatores. Vale relembrar, a propósito, que mesmo regimes autoritários não conseguem se manter apenas pela imposição da força: eles também costumam, ainda que de forma caricata ou distorcida, apoiar-se em símbolos e “valores”, que procuram costurar uma “compatibilização” com seus súditos, com o objetivo de conquistar aceitação ao menos de parte da comunidade. E mesmo os agentes de um regime autoritário precisam ter um certo nível de “fé” no sistema: abstraindo distopias orwellianas e kafkanianas, a confiança na capacidade da ordem (por mais injusta que possa ser) de traduzir os anseios de um povo é requisito indispensável mesmo para a manutenção das piores ditaduras. Um certo “cimento cultural” – mesmo que artificial e fruto de dissimulação –, faz-se, portanto, sempre necessário, para a perpetuação de qualquer regime jurídico.

Ultrapassados esses exemplos mais extremos, temos como evidente que isto é muito mais verdadeiro<sup>458</sup> em uma democracia. Uma Constituição democrática (como acreditamos que seja a nossa) faz, sim, uma seleção daqueles valores que irá privilegiar.<sup>459</sup> No entanto, tal seleção deve procurar refletir os anseios e o estilo de vida (tanto o atual como o que se aspira ter no futuro) da sociedade – o que influenciará a regulação normativa nos mais variados temas: educação, saúde, segurança, transporte, trabalho, lazer, e (mais importante para os nossos propósitos) solução dos conflitos.

Nosso processo civil também participa, portanto, desse processo. Seus dispositivos não são apenas regras e princípios técnicos e abstratos, criados endogenamente por juristas e para juristas, e só posteriormente encaminhados ao Legislativo para tramitação no Congresso Nacional. Muito pelo contrário, as normas processuais são a manifestação de uma certa maneira de encarar a vida em sociedade, e tentam estipular técnicas de solução de conflitos compatíveis com as demandas específicas da realidade brasileira – técnicas que se aplicarão não só às partes, mas sobretudo aos magistrados, determinando qual o modo que aquele ordenamento entende como adequado para a condução de sua atividade cognitiva.

Isso ocorre porque todas as comunidades humanas precisam construir procedimentos capazes de lidar com problemas entre os seus membros. Com tal desiderato é que surge o processo. A partir daí, cada sociedade define aquilo que entende como necessário para dar uma solução que considere adequada, ou “justa” (no sentido daquele tipo de procedimento, *e de conteúdo*, que uma certa coletividade entenda como necessário para a “justiça da decisão”).

---

457 E infelizmente a história humana é farta de exemplos em que isso só ocorreu depois de muitos e muitos anos.

458 E, ao menos à primeira vista, muito mais fácil de ser explicado.

459 E, no nosso caso, muitos, alguns até aparentemente contraditórios, foram privilegiados.

Para a melhor compreensão dessa questão jurídica, política e cultural, a obra “Direito, cultura e ritual”, de Oscar Chase, é imprescindível.<sup>460</sup>

Seu objetivo é partir de um exemplo muito distante da nossa realidade – *mas não para ressaltar as diferenças para com a nossa forma de administrar conflitos, e sim para expor as semelhanças que, à primeira vista, não conseguimos detectar*. Chase investiga estudos antropológicos sobre os Azande<sup>461</sup>, um conjunto de tribos africanas que costumava resolver suas controvérsias por meio do recurso a rituais e à magia<sup>462</sup>. O “processo” era decidido pela consulta ao oráculo e ao feitiço *benge* – semelhante às ordálias e aos juízos de Deus, que imperavam nos reinos germânicos da Alta Idade Média –, que decidia quem tinha razão mediante a administração de uma substância tóxica a filhotes de ave.

O procedimento era marcado por símbolos e rituais, que tinham de ser cumpridos pelos participantes para garantir a lisura do resultado. Ao fim e ao cabo, a morte ou a sobrevivência do filhote significava uma resposta do divino, indicando quem era culpado (aquele cujo filhote morreu) e quem era inocente (aquele cujo filhote, mesmo envenenado, fora protegido pelos deuses, e sobrevivera). E assim os Azande resolviam suas disputas, ficando satisfeitos com o resultado do procedimento. Mas o ponto principal (e que muitos autores não parecem querer enxergar na obra de Chase) é que os Azande aceitavam o resultado daquele processo não apenas por ele ter seguido *o rito* que consideravam correto – *mas porque, em sua visão, aquele era o método mais adequado para garantir uma decisão justa também “no conteúdo”*. A presença da autoridade legitimada a conduzir os ritos, dos símbolos, o juramento dos litigantes e o respeito às etapas pré-determinadas garantiam, para o contexto daquela sociedade, que tinha havido, ali, um processo justo, do qual emanaria, naturalmente, uma decisão igualmente justa. E isto lhes bastava.

É preciso que se diga que o intuito do trabalho de Chase, obviamente, não é o de exortar as sociedades dos modernos sistemas de *common* e *civil law* a adotar o feitiço *benge*, tampouco o de exaltar eventuais vantagens que ele pudesse ter sobre as nossas formas de resolver conflitos. Chase vai, sim, a um contexto social inusitado (inusitado para nós, brasileiros sujeitos a um sistema de *civil law* que foi adaptado, ao menos em certa medida, às circunstâncias do

---

460 CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

461 Principalmente os de EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. *Witchcraft, oracles, and magic among the azande*. Oxford: Clarendon Press, 1937.

462 A prática pôde ser observada até, pelo menos, o início da década de 1990, conforme se depreende da leitura de GROOTAERS, Jan-Lodewijk. *A history and ethnography of modernity among the Zande*. Tese de doutorado. Chicago: Departamento de Antropologia da Universidade de Chicago, 1996. No entanto, não sabemos se ela perdura nos dias atuais. De qualquer forma, isso não interfere no objetivo de Chase de usar esses registros antropológicos como exemplo.

século XXI). Mas ele retorna, após sua exposição da cultura zande, ao contexto estadunidense, demonstrando que os rituais e os símbolos também estão presentes nesse ambiente jurídico, como retrato da cultura que foi se consolidando no país, desde o período da colonização inglesa.

As mudanças arquitetônicas por que passaram as sedes dos Tribunais, a vestimenta dos julgadores, o posicionamento e decoração das salas de julgamento, o comportamento das demais pessoas (advogados, jurados, testemunhas, partes, meirinhos, peritos, plateia...) na presença dos magistrados. Tudo isso demonstra o caráter cultural, simbólico e ritualístico do sistema de resolução de conflitos que, até hoje, está em pleno funcionamento nos Estados Unidos da América.<sup>463</sup>

E o mesmo se aplica à nossa realidade: embora não compartilhemos dos mesmos rituais dos estadunidenses, por que razão nossos juízes ainda usam<sup>464</sup> togas? Qual o significado dos crucifixos em salas de audiência, da exigência de pronomes de tratamento específicos,<sup>465</sup> e da vestimenta (totalmente incompatível com nosso clima) de advogados, defensores, procuradores, membros do Ministério Público e juízes?<sup>466</sup>

Todas essas circunstâncias são elementos culturais. Eles compõem (ou pretendem compor) o universo simbólico da prática do processo (civil e penal), e não foram instituídos por acaso: sua inserção no ambiente jurídico tem o claro objetivo de servir como expressão de uma determinada forma de enxergar o papel do Judiciário, além de atuarem para tentar legitimá-lo. Se, hoje, algumas dessas manifestações nos causam estranhamento, é provavelmente um sinal de que a realidade cultural de alguma maneira mudou.

É que, na medida em que uma sociedade passa a descartar valores antigos – que estavam consolidados na tradição –, para eleger novos, que pareçam mais adequados ao gozo do estilo de vida em que agora acreditam, surge esse “hiato” entre uma sociedade atual, que passou a nutrir outros valores, e uma realidade institucional anterior – ou melhor, uma seleção e positivação de valores anterior, e agora ultrapassada (mas que permanece em vigor).

Tal hiato faz com que a população, mais cedo ou mais tarde, passe a sentir a anacronia do ambiente, o descompasso entre aquilo em que acreditam e aquilo que foi positivado em tempos passados, fruto da escolha das gerações anteriores – as quais, em algum momento,

---

463 CHASE, Oscar. *Op. cit.*, p. 164–168. No mesmo sentido, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

464 Mesmo que esse costume esteja sendo, de certa forma, atenuado, ao menos na primeira instância de nossas Varas Cíveis e Juizados Especiais.

465 Como “Vossa Excelência” e “Doutor”, este último sendo usado indiscriminada e inadequadamente, para dirigir-se até mesmo a indivíduos sem o título acadêmico reservado aos concluintes de doutorado.

466 No mesmo sentido, confira-se, mais uma vez, OSNA, Gustavo. *Op. cit.*, p. 53–54.

confiavam (espontaneamente ou por manipulação dos poderosos de sua época) naqueles valores, e na sua capacidade de levar adiante aquilo em que acreditavam.

Esse sentimento pode recuar, perdurar, ou evoluir para um mal-estar mais grave, a um ponto em que, para além da ridicularização e do estranhamento, os indivíduos passem a exigir o câmbio das normas postas, com a exclusão dos valores antigos e a seleção (e conseqüente positivação) de novos, mais alinhados ao seu contexto cultural.

Basta, para tratar dessa questão, virmos até aqui. Cremos ser suficiente, para encerrar a explicação, resumir a ideia de Chase no alerta que ele faz para o papel importante que a cultura desempenha, em todas as sociedades, na configuração do ordenamento jurídico, e especialmente no direito processual.

Nessa ordem, toda comunidade institucionaliza – através da positivação normativa – símbolos, ritos, e práticas, que procuram traduzir o que entendem como necessário para garantir uma resolução justa e adequada das controvérsias. Isto vale para os Azande, para os estadunidenses, e também para nós, brasileiros: o processo termina refletindo, necessariamente, as normas que o regem –as quais, por sua vez, são o resultado de escolhas dentre um “*pool* valorativo” que, em certo momento, estava disponível ao legislador.

Se a sociedade começa a mudar, pode ser que passe a rejeitar os valores antigos, que dão substrato às normas que compõem o sistema. Daí pode surgir o hiato anacrônico de que falamos. Mas o processo entre a percepção desse hiato, sua generalização na sociedade, e a efetiva alteração do conjunto de valores protegidos pela ordem jurídica positivada, é extremamente complexo e incerto, além de poder se desenvolver de modo totalmente diferente, de uma comunidade para outra. De qualquer forma, trata-se de algo que não nos cabe tratar em detalhes, nesta oportunidade.

Exposta nossa visão, tanto acerca da forma de surgimento das balizas cognitivas em uma dada ordem jurídica, quanto em relação à obra de Oscar Chase, resta (e com isto já estamos nos encaminhando para o final deste item), ainda, uma última série de esclarecimentos.

É que há autores que, por estarem excessivamente apegados ao paradigma cultural vigente em seu ambiente jurídico, criticam a obra de Chase, por entenderem que ela apenas seria capaz de oferecer uma visão de “justiça procedimental”, insuscetível de fazer o processo alcançar decisões justas “no conteúdo”. Ora, considerando que estamos adotando, aqui, em grande parte, as lições desenvolvidas pelo americano, julgamos necessário expor ao leitor como encaramos algumas dessas críticas.

Por todos, entendemos ser suficiente limitar-nos às discordâncias de um jurista diversas vezes citado neste trabalho: Michele Taruffo. O italiano critica o trabalho de Oscar Chase mais

de uma vez, em seu “Uma simples verdade”,<sup>467</sup> por ter, ao nosso ver, uma visão um tanto limitada<sup>468</sup> acerca do que constituiria uma “decisão justa”.

Taruffo tem, na nossa opinião,<sup>469</sup> um ceticismo exacerbado quanto às possibilidades do que chama de “justiça procedimental”. Ao nosso ver, sua obsessão com a defesa da sua “verdade relativa e objetiva” parece ignorar o aspecto material (ou substancial) que o devido processo legal sempre possuiu.<sup>470</sup> Afinal, contraditório, boa-fé, isonomia (e todas as outras componentes do devido processo legal) não apenas têm impacto formal – isto é, não atuam apenas para a estipulação e garantia do respeito *ao rito* a ser seguido no processo. E se isto pode ser dito mesmo de regimes processuais mais antigos, é ainda mais claro em se tratando da conformação atual do processo civil (independentemente de ele ter evoluído a partir de uma matriz de *civil* ou de *common law*).

Conforme mostraremos nos próximos itens, na dimensão que hoje possuem, tais garantias atuam para direcionar, também, o *conteúdo* que se espera da decisão, refletindo aquilo que o legislador quis impor ao comportamento cognitivo do julgador – e, conseqüentemente, aos pronunciamentos por ele lançados nos autos, tanto em uma perspectiva formal, quanto material.

Taruffo parece cair na armadilha de enxergar a realidade de outras culturas como inferior, ultrapassada ou inadequada,<sup>471</sup> pelo fato de nosso contexto global estar, *hoje*, permeado

467 Conferir, especialmente, o trecho entre as páginas 128–131, e entre as páginas 161–163, em TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*

468 A qual, a depender da interpretação, poder-se-ia até chamar de preconceituosa, ou até mesmo de imperialista, por pretender que todo e qualquer fenômeno processual seja medido pela régua dos modelos contemporâneos de *common* e *civil law* (ambos de origem europeia, e que se desenvolveram refletindo anseios e aspectos da cultura dos povos que nela habitaram).

469 É também na de ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção*, *op. cit.*, especialmente p. 62: “Daí a importância –negada por Taruffo – da noção de *procedural justice*, como elemento controlador da legitimidade do procedimento e da justiça da decisão. Inviabilizado o controle dessa atividade a partir da noção de ‘reconstrução da verdade dos fatos’, resta como forma de legitimação da atividade judicial a necessária observância do processo adequado, como já acentuado anteriormente. É, enfim, a atenção à justificação da decisão judicial e ao procedimento que a antecede, que hão de legitimar a atividade estatal” (grifos no original).

470 A respeito, consulte-se PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

471 Com todo o respeito à obra do italiano, não conseguimos afastar a sensação de que ela traz um certo tom de desdém e ironia para com o exemplo da cultura zande, utilizado por Chase. Para que o leitor possa ler, por si mesmo, o trecho que nos deixou com essa impressão – e só então decidir se concorda (ou não) com nossa leitura do modo como Taruffo se dirige à abordagem de Chase – confira-se, especificamente (para além dos trechos já indicados em notas anteriores), TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 224. Para uma crítica ainda mais generalizada, que abarca toda e qualquer norma em vigor capaz de obstaculizar a “função epistêmica do processo”, consulte-se, na mesma obra, o trecho entre as páginas 221–222. No início deste último trecho, chega a parecer, em um primeiro momento, que Taruffo vai ceder, e aceitar que as particularidades culturais de cada sistema processual deveriam ser aceitas como fruto das visões de mundo daqueles que o puseram em vigor (o que não torna os sistemas intrinsecamente melhores ou piores: apenas diferentes uns dos outros). No entanto, já na página 222, Taruffo volta à sua posição característica, questionando se o fato de normas de outros sistemas parecerem incapazes de fazer o processo alcançar a verdade (ou mesmo o fato de parecerem anacrônicas, estranhas, ou sem sentido) não indicaria que haveria algo de errado em todas elas.

pela cultura europeia, fruto da exploração (nos dois sentidos mais usuais da palavra) dos demais continentes. Ao tentar impor seu estilo de vida aos povos colonizados, os europeus espalharam sua cultura por todo o *globo* terrestre.<sup>472</sup>

O fato de termos, hoje, uma espécie de “cultura comum global”, relativamente partilhada – o que alguns veem como indicativo de que estaríamos caminhando para a “unidade” política<sup>473</sup> – é algo recente na história da humanidade, fruto das sucessivas invasões dos europeus a outros continentes. Se hoje temos algo como uma “cultura globalizada”, que ao menos *aparenta* ser, em certa medida, comum a vários povos bem diferentes – com instituições, práticas e símbolos difundidos globalmente (ainda que seu grau de concretização possa variar de maneira gritante de um país para outro, e mesmo que, em alguns Estados, tais ideias sejam apenas parte do discurso oficial, sem sair, contudo, do papel), tais como “constituição”, “direitos fundamentais”, “processo judicial de *common* ou *civil law*”, “direito internacional,” “corpo diplomático permanente” (para a representação dos interesses de cada Estado, no território dos demais e no âmbito da Organização das Nações Unidas), e um sem-número de normas comuns (que disciplinam a circulação de mercadorias, pessoas, e a prestação de serviços, entre partes situadas em Estados diferentes) – isto não quer dizer que esta seja uma condição (ou estilo de vida) inerente ao ser humano, e, tampouco, que seja a expressão de uma forma supostamente superior de lidar com a administração do Poder (e, no caso do Direito, dos conflitos).

A visão de Taruffo pode ser vista como preconceituosa e imperialista se considerarmos que o italiano toma o padrão de investigação científica desenvolvido na Europa, consagrado no Ocidente (aí incluída a totalidade da América), e depois espalhado para os continentes restantes (África, Ásia e Oceania), como o método definitivo para a resolução dos nossos problemas, de aplicação supostamente obrigatória para toda e qualquer sociedade contemporânea.

Na verdade, esse também é um modo contextualizado de enxergar a atividade investigativa (científica ou judicial), determinado histórica e culturalmente. Nada garante que o modelo de inquérito racionalista, aprimorado pelo Iluminismo, vá sobreviver, nem por quanto

---

472 Menciona esse ponto (isto é, o fato de que o imperialismo europeu terminou produzindo uma espécie de “unificação global” de alguns aspectos culturais) HARARI, Yuval Noah. *Sapiens, op.cit.*, p. 278–304. Embora discordemos do autor em seu otimismo quanto à humanidade estar caminhando para a unidade (*rectius*, para a criação formal de uma espécie de “governo global”), concordamos no tocante à homogeneização cultural que as explorações europeias lograram, até certo ponto, efetuar – “pasteurizando” diversas culturas heterogêneas, para harmonizá-las com a sua (até para facilitar, com isto, a própria aceitação do seu domínio pelas comunidades colonizadas).

473 *Ibidem*, p. 207–208.

tempo ele se manterá dominante. Deve, portanto, ser encarado apenas como mais um estágio na nossa longa história de confecção de métodos para resolver dúvidas e problemas humanos.

Ele não representa um ponto final, não garante a descoberta da “verdade” (e, à essa altura, acho que já deixamos suficientemente claro que a adição de qualquer adjetivo ao termo verdade, tal como “relativa”, “possível” ou “provável” não muda em nada, a nosso ver, a pretensão absoluta que a palavra carrega), e nem traz consigo uma concepção necessariamente mais adequada de “justiça”.

Todos esses termos permanecem (e permanecerão) invariavelmente imprecisos, e passíveis de sofrer diversas modificações, ao longo do tempo. A única particularidade da nossa época (e isto não é algo trivial, merecendo, realmente, ser destacado) é o fato de Estados que compartilhavam uma cultura mais ou menos “comum” terem conseguido globalizá-la, exportando-a (às vezes à força, e às vezes com total desatenção para as disparidades entre o modelo exportado e a realidade cultural do local em que estava sendo implantado) para os mais remotos lugares em que se pode encontrar grupamentos humanos não isolados.

Para o bem ou para o mal, esta é a nossa realidade: foi a exploração europeia que terminou interligando o globo, estabelecendo uma rede de interações humanas que, propulsionada pela tecnologia, possibilitou um nível de interação nunca antes visto na história da espécie.

Não estamos, com isto, querendo justificar toda a barbárie cometida pelos europeus na sua busca por riquezas nessas terras distantes: este não é o nosso propósito aqui. Apenas é de se ressaltar que, apesar (ou talvez por causa) de toda a destruição que causaram, sua cultura (principalmente política, jurídica e econômica, mas também religiosa e social) espalhou-se pelo planeta, de um modo que terminou universalizando algumas instituições e formas de enxergar o mundo *tipicamente europeias*.

Fizemos questão de abrir esse parêntese, antes de encerrar o item, para relembrar esse fato, porque é algo que Taruffo parece ignorar em sua crítica à Chase:<sup>474</sup> a realidade jurídica do processo investigativo de *civil law* (que o italiano entende ser plenamente compatível com a busca da verdade) é tanto uma expressão cultural como o processo zande de consulta ao oráculo. Ela não carrega consigo a garantia da verdade, e nem pode afirmar-se essencialmente superior a outras formas de resolução de conflitos.

---

474 Ou talvez (no mesmo sentido de algumas críticas que já foram dirigidas a Habermas), ele apenas compartilhe dessa “cegueira” pelo fato de só conseguir enxergar o mundo com os seus olhos de europeu – o que é perfeitamente compreensível: tudo o que dissemos até aqui parece confirmar que qualquer ser humano termina sendo, em maior ou menor medida, influenciado pelo contexto cultural em que foi (ou está) imerso.

Não obstante, apesar de tudo isso, é nessa tradição que nós, brasileiros, também estamos inseridos – de modo que, apesar de reconhecermos (concordando com Chase) o peso da influência cultural, nos mais variados instrumentos de resolução de conflitos, admitimos, também, que o objeto de nosso estudo é um modelo processual semelhante ao da terra natal de Taruffo.

Há décadas, o Brasil se inspira em ideias desenvolvidas na Itália, importando-as (por meio da positivação) e adaptando-as (às vezes de forma apressada e acrítica) ao nosso sistema processual. Isso faz com que, de fato, nossos modelos tenham muitas semelhanças. Apenas discordamos que eles (*assim como qualquer outro modelo de resolução de disputas*) sejam capazes de alcançar qualquer verdade – por entendermos que, no contexto brasileiro (e, aparentemente, isto também se aplica ao italiano),<sup>475</sup> o processo (e, conseqüentemente, a cognição judicial) deve obediência a outras normas, explícitas na Constituição, e nos diversos diplomas normativos que a concretizam. No máximo, se há algo como uma necessidade de busca da verdade, ela deve ser feita seguindo essas diretrizes, positivadas em cada Carta Magna.

Segundo entendemos, todas essas normas podem ser remetidas à cláusula do devido processo legal, norma que funda o *nosso* (sim, porque ao italiano não nos cabe mais fazer menção aqui) sistema processual, e que é explicitada por todos esses demais dispositivos espalhados em nosso arcabouço jurídico. Juntos, eles procuram definir o que o ordenamento jurídico brasileiro entende como componentes de um processo devido em nossa sociedade. E é a essas normas que faremos referência no próximo item.

## 5.2 Do devido processo legal ao "devido processo cognitivo": o desdobramento da norma fundante do sistema processual pátrio em relação à cognição

A Constituição da República estabelece, no inciso LIV do seu artigo 5º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Aí está contida a norma

---

475 Vide, por exemplo, algumas das garantias constantes da Constituição Italiana de 1947. Entre elas, cabe transcrever os seguintes dispositivos, que parecem compartilhar do mesmo propósito regulador (que termina alcançando a cognição judicial) que enxergamos no texto brasileiro:

“Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, *sia come singolo, sia nelle formazioni sociali* ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale;

Art. 101. La giustizia è amministrata *in nome del popolo*. I giudici sono soggetti soltanto alla legge;

Art. 111. La giurisdizione si attua mediante *il giusto processo regolato dalla legge*. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*” (todos os grifos são nossos). Vale mencionar, ainda, que o trecho supratranscrito do artigo 111 da Constituição Italiana já é o atual, fruto das modificações feitas no texto em 1999.

fundante do sistema processual brasileiro (seja ele civil, penal, administrativo, tributário, etc.). Todas as demais normas processuais (sejam elas princípios ou regras) são concretizações, explicitações, detalhamentos, daquilo que se entende por “processo devido” em nossa ordem jurídica.

A norma supramencionada é uma nítida *cláusula geral*, dotada de dupla indeterminação: tanto seu antecedente como seu consequente são abertos, indeterminados.<sup>476</sup> A rigor, o devido processo legal é a “cláusula geral por excelência” do direito brasileiro.<sup>477</sup> Isso porque, ao mesmo tempo, ela transmite uma noção capaz de abarcar a totalidade das normas processuais, sem (paradoxalmente) especificar, por si só, absolutamente nada sobre o que deveria compor essa mesma noção.

Por essa razão, o conteúdo da cláusula do devido processo legal precisa ser preenchido por outras normas, que irão dar as cores exatas do devido processo legal brasileiro (o que, aliás, já foi, em certa medida, adiantado por nós no item anterior).<sup>478</sup> Ao mesmo tempo, como seus corolários, tais normas devem obediência a esse “ascendente comum”, devendo guardar compatibilidade para com a cláusula.

Fredie Didier ressalta a necessidade de atentarmos para a historicidade do conteúdo do devido processo legal. Como bem afirma, a natureza aberta e indeterminada da cláusula permite que ela vá sendo preenchida por aquilo que cada comunidade, dentro do seu contexto histórico, entende como crucial para a configuração de um processo adequado.

Assim, aquilo que, no passado, era tido por processo devido, não é o mesmo que hoje, e nem o devido processo legal de hoje será o do amanhã.<sup>479</sup> Como o leitor pode observar, até aí tudo caminha no mesmo sentido das considerações que tecemos no item anterior, a respeito da influência da cultura no processo.

Didier entende, ainda, que, ao longo dos últimos séculos, esse preenchimento foi sendo feito na modalidade de um “acúmulo histórico-constitucional”, que paulatinamente agregou aos ordenamentos jurídicos novos detalhamentos da ideia de devido processo legal – os quais, segundo o autor, não poderiam revogar os corolários anteriores da cláusula, algo que seria vedado pela proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais.<sup>480</sup>

---

476 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 59–63.

477 Nesse mesmo sentido, Fredie Didier considera que “o devido processo legal é o principal exemplo de cláusula geral processual”. *Ibidem*, p. 62.

478 *Ibidem*, p. 74–78. Consulte-se, também, no mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?” *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 33, n. 163, setembro de 2008, p. 50–59.

479 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 75.

480 *Ibidem*, p. 76.

Concordamos com Didier nesse ponto, embora não possamos esquecer que esse acúmulo, a que ele se refere, só pode ser enxergado dessa forma se atentarmos para o fenômeno da globalização do direito de matriz europeia (de *common* ou de *civil law*). Como pontuamos no item anterior, não podemos esquecer que o fato de termos, hoje, instituições e noções jurídicas comuns à quase totalidade dos Estados do globo terrestre (mesmo que, em muitos deles, a afirmação dessas instituições, e da ideia de “direitos fundamentais”, seja apenas retórica, fictícia, ou mesmo gritantemente falsa) deve-se, em grande medida, às expansões e à colonização europeias, que nos levaram a um cenário de aproximação cultural inédito (e relativamente recente) na história da humanidade.

Dessa feita, só podemos enxergar esse acúmulo, esse fortalecimento progressivo do conteúdo do devido processo legal, se definirmos, como marco temporal inicial da análise, uma conjuntura que se formou em determinado contexto cultural na Europa, e que só depois chegou às terras brasileiras – *por influência da ação dos colonizadores, que trouxeram consigo aquelas mudanças iniciadas no Velho Mundo.*

Nessa perspectiva, mesmo as garantias mais arcaicas e elementares, que compõem a noção de devido processo legal, não podem, em nossa opinião, ser encaradas como conceitos lógico-jurídicos – no sentido de serem inerentes a qualquer sistema em qualquer época –, nem (infelizmente, embora desejássemos muito que isso não fosse verdadeiro) constituem garantia nenhuma contra o retrocesso e o retorno do autoritarismo.

São heranças de outros povos, fruto de uma seleção e positivação de valores feita em tempos remotos (em Roma, nas tribos germânicas de outrora, ou mesmo em comunidades ainda mais antigas). Algumas dessas noções de devido processo legal os europeus preservaram (embora, naturalmente, tenham dado a elas o desenvolvimento que julgaram mais adequado, para harmonizá-las com seus próprios interesses), e, posteriormente, espalharam pelo mundo.

Por sua vez, os países (como o Brasil) que sofreram a influência europeia mantiveram, ao menos parcialmente, algumas componentes daquilo que os colonizadores entendiam como processo devido. E, assim como os europeus, deram a essas noções cores próprias, além de lhes agregarem novas concretizações (enriquecendo ainda mais a cláusula).

*Assim, só se pode falar em “acúmulo” dentro do contexto dessas normas que foram sendo preservadas ao longo dos séculos.* E não há nada (nem mesmo a ideia de proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais) que impeça totalmente as futuras gerações de modificarem as componentes atuais da cláusula – ou mesmo de substituírem (democraticamente ou não) algumas delas por outras, que lhes pareçam mais adequadas.

Como já destacamos em várias partes deste trabalho, o papel da historicidade e da cultura no direito não pode ser menosprezado. Normas são, ao fim e ao cabo, valores positivados, conforme as imposições que cada sociedade entende como necessárias para a concretização do seu estilo de vida. Isso Didier expõe de maneira extremamente clara. Apenas discordamos (e o fazemos a contragosto) no tocante à compreensão do devido processo legal como uma espécie de acúmulo necessário e irreversível, incapaz de sofrer retrocessos.

Do ponto de vista da hermenêutica constitucional, aprendemos a respeitar os direitos já consolidados, a falar em cláusulas pétreas,<sup>481</sup> e a lutar para que o conteúdo do devido processo legal permaneça sempre em expansão. E seria, de fato, muito bom, se as coisas se dessem sempre dessa maneira. No entanto, como já dissemos por diversas vezes, a origem cultural das normas de um sistema jurídico tanto pode ser fruto de uma seleção ocorrida em um cenário democrático, como resultado da escolha autoritária dos detentores de poder. A depender da situação, estes últimos poderão romper a ordem estabelecida, pondo no lugar uma outra, que não se comprometa a respeitar as garantias do devido processo legal acumuladas, nos últimos séculos, no Ocidente.<sup>482</sup>

Feita essa ressalva de que não há conceitos lógico-jurídicos (imutáveis, perenes, válidos em qualquer ordem jurídica a qualquer tempo) em Direito (algo que a preponderância atual da herança europeia parece nos fazer esquecer), e que a dominação autoritária é um perigo sempre latente (embora essa parte da ressalva só valha, naturalmente, para casos extremos), reforçamos nossa concordância para com a generalidade do texto de Fredie Didier, no tocante à cláusula do devido processo legal.

Isso posto, considerando, agora, apenas a situação brasileira atual – de um Estado Democrático de Direito cuja Constituição preocupa-se em impedir o retrocesso em matéria de direitos<sup>483</sup> –, temos que é possível visualizar esse acúmulo histórico de séculos (no conteúdo do devido processo legal) a que alude o processualista baiano.

No nosso contexto – que não é, hoje, o de um Estado de exceção –, temos uma pletera de garantias processuais (constitucionais e infraconstitucionais) que foram sendo agregadas à

---

481 Nós mesmos falamos delas no item anterior.

482 Daí o perigo que circunda toda e qualquer proposta de realização de uma Assembleia Constituinte. Por mais que possa parecer absurdo do ponto de vista da segurança jurídica, um novo poder constituinte originário não tem compromisso algum com a ordem anterior: ele irá, afinal, destruí-la, e a nova Constituição inaugurará uma nova ordem. Pode parecer exagero, mas, segundo entendemos, defender a realização de uma nova Constituinte sempre importa assumir o risco de abrir uma “caixa de Pandora”, da qual só Deus sabe o que irá sair. Uma nova Constituição traz uma nova seleção de valores, e pode reconfigurar totalmente a ideia de devido processo legal que se tem em um determinado Estado. Com isto, ela pode romper com qualquer acúmulo histórico que vinha sendo observado na conformação da noção de “processo devido” naquela comunidade.

483 Se os poderes constituídos respeitam essas determinações, já é um outro problema, do qual não cabe tratar aqui.

cláusula ao longo do tempo, e que estabelecem uma definição muito mais rica – e precisa –, daquilo que o ordenamento brasileiro entende como devido processo legal em nossos dias. Essa “construção da ideia de processo devido”, como bem assevera Didier, é – ou ao menos deveria ser (em contextos democráticos) – uma “obra eternamente em progresso”.<sup>484</sup>

Contraditório substancial, isonomia material, juridicidade,<sup>485</sup> boa-fé objetiva, publicidade, motivação, duração razoável, cooperação, eficiência, primazia do julgamento do mérito, adequação procedimental, motivação/fundamentação<sup>486</sup> específica das decisões. Todos esses são exemplos de corolários do devido processo legal de hoje – detalhamentos que, ao longo do tempo, foram sendo agregados à nossa ordem jurídica. Juntos, eles explicitam o comando do inciso LIV do artigo 5º da nossa Carta Maior, informando-nos acerca das características de um processo adequado, correto, “devido”, em nosso sistema.

Todas essas normas – na medida em que tentam concretizar as escolhas do legislador, no tocante à definição do devido processo legal brasileiro – aplicam-se, também, à atividade cognitiva do juiz. Elas estabelecem as componentes do que chamaremos, neste trabalho, de “devido processo cognitivo”, verdadeiro guia para o comportamento dos nossos magistrados.

Essa expressão, apesar de parecer simplória, não tem sido usada (até onde temos conhecimento) pela doutrina pátria – ao menos não dessa maneira (isto é, com essas mesmas palavras). O “devido processo cognitivo” não é nada mais do que a aplicação do devido processo legal à cognição judicial. Ainda assim, apesar da simplicidade da nossa formulação, trata-se de uma noção da maior importância, por explicitar a existência de balizas normativas à atuação dos juízes brasileiros – balizas que já estão contidas no sistema, e que exigem que, no exercício da jurisdição, nossos magistrados se esforcem para atender às diversas garantias que concretizam a “noção brasileira” de devido processo legal.

Em um primeiro momento, pensamos que essas balizas ergueriam apenas limites formais à cognição judicial.<sup>487</sup> No entanto, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, fomos constatando que, se encarássemos o devido processo legal *em sua acepção substancial*, isso não seria totalmente correto: *a rigor, o devido processo cognitivo impõe exigências que, para além de propiciarem a consolidação de uma “justiça procedimental”, interferem no próprio conteúdo da decisão.*

---

484 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, op. cit., vol. 1, p. 77.

485 Expressão que nos parece mais correta, por ser mais abrangente do que “legalidade”.

486 Não cremos que haja diferenças essenciais entre ambas as expressões, e tampouco essa distinção constitui preocupação nossa neste trabalho, razões pelas quais as empregaremos como sinônimas.

487 Nesse sentido, GOMES, João Victor Silva. *Esboçando as bases do “devido processo cognitivo”* – um estímulo à análise processual da formação do convencimento. No prelo.

Explicamos. Desde o primeiro item do primeiro capítulo deste trabalho, afirmamos que o juiz exerce cognição a todo momento, em qualquer fase processual de qualquer procedimento. Independentemente dessa análise vir imediatamente sucedida por um pronunciamento publicado nos autos, cada documento, cada afirmação, cada pedido atua para a formação do convencimento do julgador. A mente do magistrado está, portanto, sempre em movimento: apreciando o conjunto probatório, intuindo conclusões, sopesando as versões das partes.

Todas essas atividades mentais<sup>488</sup> devem obediência ao devido processo legal, que aqui se manifesta como devido processo cognitivo. Esse é explicitado por um sem-número de normas que definem seus contornos, as mesmas que concretizam o devido processo legal brasileiro. Daí entendermos que não só as decisões (embora seja nelas que geralmente encontremos a exposição do percurso mental que levou o magistrado a tomar o caminho “a” na situação “x”), mas *toda e qualquer análise, que permeie a condução do processo*, deve respeito às balizas cognitivas existentes em nossa legislação.

Vistas as coisas dessa forma, cremos ser possível afirmar que o devido processo cognitivo fornece *standards* de qualidade para o comportamento judicial. Tais *standards*, que, repita-se, *já estão presentes no sistema*, regulam a condução formal do procedimento – isto é, definem os atos que devem ser praticados em cada procedimento, e a ordem em que os sujeitos processuais devem praticá-los. Isso (definição e ordenação) corresponderia ao que vínhamos chamando de “balizas formais” ao exercício cognitivo.

No entanto, fomos percebendo que o próprio rito, nos moldes atuais – embora não constitua (até porque não pretende constituir) um “guia epistêmico” para a ponderação entre afirmações e elementos probatórios – já conduz a um determinado tipo de análise (e, conseqüentemente, de decisão), estabelecendo uma espécie de “conteúdo mínimo” para que ela possa representar aquilo que nosso sistema entende como “pronunciamento judicial adequado”.

Sim, isso se origina de amarras procedimentais – mas impacta, ao mesmo tempo, no conteúdo das respostas jurisdicionais (sejam elas despachos, decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos). A forma termina, portanto, condicionando o que se entende como “conteúdo devido”.

Em outras palavras: ao impor condicionamentos às análises realizadas por nossos juízes, o devido processo cognitivo termina agindo tanto para 1) detalhar o desenrolar da marcha processual, como para 2) estabelecer um certo “controle de conteúdo” dos atos que os magistrados praticarão ao longo desse caminho. Ele pode levantar balizas que, ao mesmo tempo

---

488 Que, como vimos nos capítulos anteriores, advêm de um cérebro falível, incapaz de alcançar verdades absolutas, e conduzido por interações constantes entre razão e emoção, intuição e reflexão.

(a depender do modo como são encaradas as normas que o informam e explicitam), funcionem como limites formais e materiais ao exercício da cognição.<sup>489</sup>

Isso não quer dizer que essa “dimensão material” do devido processo cognitivo exija que as decisões judiciais alcancem a verdade; que, diante do conjunto probatório “x”, digam, exatamente, “a” ou “b”; ou que só exista, sempre, uma única resposta sistemicamente correta, para cada situação que exija um pronunciamento judicial.<sup>490</sup> *O controle de conteúdo não se confunde, portanto, com o controle do resultado de cada decisão.*

No entanto, ao encarar as normas que concretizam o devido processo cognitivo em uma perspectiva material, mais consentânea com a densidade atual desses dispositivos (contraditório substancial, desenvolvido em ambiente cooperativo; isonomia material; adequação do procedimento às necessidades específicas do caso concreto, etc.), começamos a constatar que elas parecem estabelecer, para além de uma estruturação formal da cognição (o que já seria algo digno de nota), algo como que um “mínimo existencial”, que todo pronunciamento de nossos magistrados deveria possuir.

Esse mínimo, embora não determine, por exemplo, que, diante do conjunto probatório “a”, a parte autora seja vencedora (ou, da mesma forma, que, diante da fragilidade da versão do demandante no processo “x”, à parte ré seja dada a razão), obriga o julgador a pensar e a redigir suas respostas (às manifestações das partes) seguindo determinadas regras, cuja obrigatoriedade termina fazendo com que siga uma certa estrutura textual – *a qual deve vir necessariamente acompanhada (e aqui está o potencial para servir de baliza material) de um conteúdo mínimo obrigatório.*<sup>491</sup>

---

489 Em certo momento, o contato com a epistemologia fez com que flertássemos com o desenvolvimento de algo que estávamos denominando “balizas materiais”, que seriam critérios epistêmicos para a valoração probatória. A ideia era criar regras gerais, aplicáveis a qualquer caso submetido à apreciação de um juiz togado, e que facilitassem a aferição do grau de verossimilhança das versões das partes. Percebemos, no entanto, duas coisas: primeiro, que isso fugiria das nossas pretensões, constituindo objeto suficiente para um outro trabalho; segundo, que a análise do conjunto probatório sempre será dependente do caso concreto. Estabelecer critérios gerais de valoração probatória terminaria nos levando à criação de um novo modelo de tarifação probatória – que seria, de certo modo, mais sofisticado (por ser baseado em standards epistêmicos) mas, de toda forma, não deixaria de representar uma tarifação. Quanto mais íamos mergulhando na psicologia e na epistemologia, mais percebíamos que o caso concreto traz particularidades que inviabilizam a criação de uma teoria geral para a análise probatória (a qual seria composta pelas “balizas cognitivas materiais”, que estávamos construindo). Ao reconhecer esse fato, percebemos, também, que o “devido processo cognitivo”, enquanto limite formal ao exercício da cognição judicial, também tinha aptidão para controlar, de certa forma, o conteúdo dos pronunciamentos judiciais. Por essas razões, resolvemos nos concentrar nele.

490 Tampouco que essa suposta “única resposta correta” já tenha sido previamente definida pelo sistema – de modo que estaria apenas esperando para ser “descoberta” por magistrados de rara virtude e profundo conhecimento jurídico (únicos capazes de percorrer o tortuoso caminho que levaria às “respostas ocultas” do ordenamento jurídico).

491 Insistindo na analogia com uma redação, poderíamos dizer que, para além de exigir que o texto tenha um começo (introdução, nesse caso também chamado de “relatório”), meio (desenvolvimento, ou “fundamentação”) e fim (conclusão, ou “dispositivo”), o devido processo cognitivo entrega o texto, para o magistrado, com algumas

Há, portanto, no devido processo cognitivo, uma espécie de combinação entre “estrutura textual pré-definida” e “conteúdo mínimo”, ambos de cumprimento obrigatório. Ao externalizar o resultado da sua análise, o juiz deve inserir nos seus pronunciamentos certas respostas, estruturadas de determinada maneira, que servem para que possamos verificar se ele atentou para o devido processo legal na atividade cognitiva desempenhada até ali: a decisão terá, por exemplo, de conter um diálogo efetivo com as afirmações feitas por ambas as partes (e eventuais terceiros intervenientes), dando explicações acerca do porquê de o processo ter sido conduzido daquela forma; de ter sido permitida, em certa situação, a inversão do ônus da prova; de ter considerado a prova documental “y” insatisfatória, e daí por diante.

Percebe-se, assim, que, mesmo não exigindo que a decisão tenha um resultado “x”, o devido processo cognitivo impõe que ela tenha, pelo menos, um conteúdo mínimo “x” – oportunidade em que o juiz deverá justificar como se portou diante das imposições das diversas garantias que o concretizam. Imaginem como se, no exercício da cognição, a mente do julgador estivesse permeada por essas perguntas do legislador (você respeitou o contraditório? Tratou as partes de forma equânime? Primou pela prolação de uma decisão de mérito, oportunizando a correção de vícios formais?), às quais, em algum momento (isto é, em algum pronunciamento), ele deverá dar uma resposta.

As balizas materiais do devido processo cognitivo não pretendem, portanto, impor uma definição exata de “justiça”, com a qual o resultado das decisões deva, necessariamente, coincidir.<sup>492</sup> As limitações de conteúdo terminam decorrendo naturalmente das próprias amarras procedimentais – que, ao obrigarem o julgador a se comportar de determinada maneira,

---

palavras já preenchidas, exigindo que ele proceda a partir delas (e dialogando com elas). As palavras da analogia nada mais são do que as normas que concretizam o devido processo cognitivo – que, por sua vez, não são nada mais do que as normas que explicitam o devido processo legal. Por imposição das escolhas feitas pelo legislador, essas normas devem estar presentes em todo e qualquer pronunciamento judicial (que terá de se comunicar com elas, justificando o proceder do juiz na situação particular de cada caso concreto). No mínimo, elas funcionam como perguntas, inseridas previamente no texto que o magistrado irá escrever – de modo que, na pior das hipóteses (isto é, no caso de ele não pretender atender às diversas garantias componentes do devido processo cognitivo), o magistrado deverá redigir seus pronunciamentos respondendo a (ou, em outras palavras, justificando-se perante) elas (*recitus*, ao que dele exigem).

492 Como já dissemos na introdução, não é nosso objetivo, neste trabalho, criar um conceito de cognição que desemboque em uma teoria da justiça. Mesmo que quiséssemos fazê-lo, muito provavelmente fracassaríamos, já que (assim como a ideia de “verdade”) as concepções de justiça variam muito de acordo com a visão de mundo de cada indivíduo. O máximo que conseguiríamos seria propor a nossa teoria de uma “cognição justa”, tão parcial e incompleta quanto as dezenas que já foram publicadas ao longo dos últimos séculos. Aliás, o próprio Michele Taruffo, ao criticar os defensores de uma “justiça procedimental”, reconhece a dificuldade de estabelecermos critérios de “justiça material”, ou “substancial”. Exatamente nesse sentido, TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, *op. cit.*, p. 130.

levam-no a inserir certas afirmações nos seus pronunciamentos (justamente para se desincumbir do seu dever de obediência para com essas condicionantes cognitivas).<sup>493</sup>

Mas como, exatamente, isso funcionaria? Exposta a teoria, como isso interferiria na prática? Ora, do mesmo modo que o devido processo legal. Como dissemos, todos os corolários da cláusula aplicam-se à cognição. Nos próximos dois itens, veremos, em mais detalhes, como alguns deles restringem a discricionariedade do julgador, impondo uma série de deveres, tanto para a condução do seu raciocínio, quanto para a redação dos seus pronunciamentos.

### 5.3 A atuação das componentes do “devido processo cognitivo” na formação do convencimento dos magistrados

Começemos os exemplos pelo contraditório (inciso LV do artigo 5º da Constituição)<sup>494</sup>. Nos moldes atuais, cremos que essa garantia tenha absorvido a noção de ampla defesa, além de sofrer uma série de outras modificações no seu conteúdo. Não é admissível, hodiernamente, falar em um exercício limitado do direito de dialogar com o órgão judicial. A ampla defesa (que, naturalmente, não se aplica apenas a quem está no polo passivo da demanda) passou a fazer parte do contraditório, *desde que este começou a ser visto em perspectiva substancial*.<sup>495</sup>

Se o Código de Processo Civil em vigor parece ter se esforçado para deixar claro que o conteúdo da noção de contraditório, hoje, vai além do mero direito a falar nos autos (e a ser cientificado das demais movimentações do processo)<sup>496</sup>, devendo permitir às partes que se utilizem de todos os meios lícitos disponíveis para tanto, é porque, em nosso ver, a “ampla

493 Talvez isso fique mais claro mais adiante, nos próximos itens, conforme formos elencando algumas das componentes do devido processo cognitivo, e apontando como entendemos que elas impactam as análises desenvolvidas por magistrados.

494 “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

495 A respeito do contraditório em dimensão substancial, confira-se, com muito mais detalhes, MESQUITA, Maira de Carvalho Pereira. *O contraditório no Estado constitucional brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

496 Como evidenciam, por exemplo, seus artigos 9º, 10, e 369, assim como o inciso IV do §1º do seu artigo 489: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

defesa” foi incorporada ao seu conteúdo. E essas modificações também se aplicam ao tipo de contraditório a que a cognição judicial deve obediência.

O conteúdo atual do contraditório preserva suas funções tradicionais, mas agrega a necessidade de o magistrado efetivamente responder às manifestações dos demais sujeitos processuais. Em dimensão substancial, o contraditório não equivale, apenas, a poder falar (ou a ser ouvido), mas também a receber do órgão jurisdicional respostas *congruentes com suas manifestações*, que propiciem, desde o início da marcha procedimental, a instauração de um debate processual *ativo*.

O contraditório impõe que o magistrado respeite o direito das partes de atuarem para influir no seu convencimento, que analise detidamente suas afirmações (bem como as provas que as sustentam), e que debata com elas, esclarecendo o porquê de estar conduzindo o processo da maneira “a” ou “b”, de ter indeferido a produção da prova “x”, ou de ter dilatado, diante da situação “y”, o prazo “z”.

Trata-se de um corolário do processo legal que, nas palavras de Antonio do Passo Cabral, impõe aos sujeitos processuais (e, entre eles, obviamente encontra-se o julgador) um direito de influência e um dever de debate.<sup>497</sup> Vê-se, portanto, que o processo civil brasileiro não se contenta mais com o contraditório formal (aquele que apenas dá às partes a fala, mas não exige escuta ativa ou respostas do julgador).

Cognição devida, portanto, é cognição exercida com respeito ao contraditório substancial. É análise que leva em conta as afirmações e as provas juntadas pelas partes, e que dialoga ativamente com elas. Claro que os pronunciamentos judiciais devem externar esse debate, permitindo que os jurisdicionados possam verificar como seu julgador lidou com cada uma das afirmações que lhe foram apresentadas (assim como com os elementos probatórios que lhes dão suporte). Mas a análise em si ocorre em momento anterior – e deve, também, ser permeada pelo respeito ao contraditório.

Poder-se-ia até discutir se a noção de cooperação processual – agora expressamente prevista no artigo 6<sup>a</sup> do Código de Processo Civil em vigor –<sup>498</sup> representaria uma “nova roupagem” do contraditório, ou se constituiria uma nova garantia, um novo detalhamento do devido processo legal. No entanto, embora acreditemos muito mais na primeira opção (isto é,

---

497 CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”, em GALDINO, Flavio; KATAOKA, Eduardo Takemi; e TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011, p. 193–210, e (também do mesmo autor) il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista de Diritto Processuale*. Pádua: Cedam, anno LX, n. 2, aprile-giugno 2005, p. 449–464.

498 “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

que o contraditório de hoje exige um comportamento cooperativo), a adoção de uma ou outra posição não parece trazer diferenças significativas.

A uma, porque, ao fim e ao cabo, tanto o modelo cooperativo, quanto o princípio da cooperação,<sup>499</sup> refletem nada mais que uma nova configuração do devido processo legal. Dessa feita, não faz sentido algum “brigar” pela suposta “autonomia” dessa noção, já que, a rigor, ela já deriva da conformação atual da cláusula. Diante da normatividade posta, o processo de hoje parece clamar por uma estruturação cooperativa. O fato de a cláusula do devido processo legal não o dizer diretamente decorre, justamente, de sua natureza de cláusula geral. Como vimos, ela precisa de outras normas que “falem por ela” nessas situações, detalhando-a.

A duas, essa discussão parece inócua porque nenhuma das garantias processuais opera isoladamente. Como veremos ao longo deste item, muitos dos comportamentos que as componentes do devido processo cognitivo impõem podem ser reclamados por mais de uma delas – o que, mais uma vez, se dá em função de serem todas tentativas de explicar um mesmo fenômeno: o que constituiria um processo adequado na ordem jurídica brasileira.

Assim, seja a cooperação entendida como algo independente do contraditório, seja ela vista como a sua nova conformação, o fato é que o julgador deve, por imposição da ordem jurídica, pautar sua análise por ela. Ele deve atuar para que o ambiente de desenvolvimento do contraditório funcione de maneira cooperativa: deve *consultar* e *esclarecer* os demais sujeitos processuais (e também esclarecer-se junto a eles), principalmente antes de tomar decisões; usar dos seus poderes para *auxiliá-los*, sempre que encontrem empecilhos à defesa do seu direito em juízo; e *preveni-los* das consequências que podem advir de erros formais em suas petições, ou mesmo de algumas escolhas nelas manifestadas.<sup>500</sup>

Na condução do processo, o juiz deve, ainda, evitar proferir decisões-surpresa, estranhas ao que vem sendo debatido nos autos.<sup>501</sup> Isso não é apenas uma exigência do contraditório – que busca impor ao juiz um diálogo franco, constante e direto com as partes. O debate processual (assim como as análises feitas ao longo dele pelo magistrado) deve ser um debate leal, permeado pela boa-fé objetiva.

---

499 Para a apresentação da cooperação como modelo e como princípio, consulte-se, mais uma vez, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, *op. cit.*

500 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Normas fundamentais no novo CPC brasileiro em CAPELO, Maria José; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SILVA, João Calvão da; e THOMAZ, Osvir Guimarães (orgs.). *Processo civil comparado...*, *op. cit.*, p. 115–119. Para a formulação original da ideia de “dividir” a cooperação nos quatro deveres mencionados (“esclarecimento”, “prevenção”, “consulta” e “auxílio”), confira-se SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62–67.

501 Como consta do próprio diploma processual em vigor: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O juiz está vedado de efetuar uma análise particular dos autos, que destoe daquilo que vinha discutindo com as partes. Também não pode incorrer em comportamento contraditório, quebrando as expectativas dos litigantes – por exemplo, reputando desnecessária a produção de uma prova para, no momento da sentença, julgar desfavoravelmente à parte que a requereu (ou que deveria tê-la produzido), justamente sob o argumento de que faltou aquele testemunho, documento, perícia, etc.

Em um Estado Democrático de Direito, os órgãos jurisdicionais devem ser leais com todos aqueles com quem se relacionem no curso do processo.<sup>502</sup> Isso exige que restrinjam sua análise àquilo que foi efetivamente discutido nos autos – o que, conseqüentemente, fará com que suas decisões também estejam balizadas pelo debate. O devido processo cognitivo impõe que o julgador se comporte de acordo com a boa-fé – sob risco, por exemplo, de ver anuladas suas decisões, para além de eventuais punições (de natureza administrativa ou mesmo penal, a depender do caso) à pessoa física do magistrado.<sup>503</sup>

A cognição também deve levar em conta as reais capacidades de atuação das partes. Com isso, queremos dizer que o juiz deve conduzir o processo tentando promover a isonomia material. O artigo 7º do Código de Processo Civil prevê exatamente isso.<sup>504</sup>

Assim como nas demais componentes do devido processo cognitivo, a isonomia de hoje não se confunde com a isonomia formal, com o “tratar todos de maneira rigorosamente idêntica”, a despeito das suas diferenças. “Igualdade perante a lei” corresponde, no contexto presente, a tratar os sujeitos de acordo com suas efetivas possibilidades de atuação processual – o que impõe, por exemplo, que, em caso de desequilíbrio econômico patente<sup>505</sup> entre os litigantes, o julgador interfira para tentar reequilibrar a balança, a fim de conceder uma real possibilidade de defesa à parte (ou terceiro) em posição de desvantagem.

Do contrário, corre-se o risco de ocorrer um debate processual “capenga”, raso e desproporcional – o que não promoveria um contraditório efetivo, e só serviria para beneficiar quem já estivesse em posição de vantagem perante o outro (ou os outros) litigante(s).

O próprio Código de Processo Civil traz dispositivos que detalham a previsão do seu artigo 7º. Apenas para ficar em algumas dessas normas extraíveis do texto do nosso diploma

---

502 Confirma-se, a propósito, a dicção literal do artigo 5º do Código de Processo Civil: “Aquele *que de qualquer forma participa do processo* deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

503 Para uma defesa bem mais ampla da necessidade de pormos em prática um modelo de juiz leal, consulte-se, mais uma vez, FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual...*, *op. cit.*

504 “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, *competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*”.

505 Algo que, naturalmente, terá de ser devidamente fundamentado.

processual, lembremos que o juiz pode inverter o ônus da prova,<sup>506</sup> dilatar prazos,<sup>507</sup> ou remarcar audiências<sup>508</sup>, de acordo com a situação particular de cada litigante, demonstrada na conjuntura peculiar de cada processo. Cognição adequada é sinônimo de cognição sensível às diferenças (de capacidade de atuação) eventualmente existentes entre os litigantes.

Há outra componente que parece gritantemente óbvia – mas que, ainda assim, temos o dever de mencionar. O juiz deve pautar sua atuação pela juridicidade. Como já dissemos, preferimos essa expressão a “legalidade”, já que o julgador não está adstrito somente à “lei” (em sentido estrito), mas a todo o ordenamento jurídico (o que abarca, também, a Constituição, convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, medidas provisórias, costumes internacionais, etc.).<sup>509</sup>

---

506 “Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou *diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*

§ 2º *A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*”.

507 “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

VI - *dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;*

Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.

[...]

§ 2º *Poderá o juiz, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação*”.

508 “Art. 362. A audiência poderá ser adiada:

[...]

II - *se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar;*

§ 1º *O impedimento deverá ser comprovado até a abertura da audiência, e, não o sendo, o juiz procederá à instrução*”.

509 Também aqui podemos destacar o Código de Processo Civil, que, com preocupação idêntica à nossa, substituiu a adjetivação dos órgãos do Ministério Público. De “fiscais da lei”, passaram a ser rotulados de “fiscais da ordem jurídica”:

“Art. 176. O Ministério Público atuará *na defesa da ordem jurídica*, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir *como fiscal da ordem jurídica* nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Art. 179. Nos casos de intervenção como *fiscal da ordem jurídica*, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer”.

Compare-se com a redação do *caput* do artigo 83, e do §2º do artigo 499, ambos do revogado diploma processual de 1973, que traziam a expressão “lei”:

“Art. 83. Intervindo como *fiscal da lei*, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

A cognição judicial deve respeito aos ditames da ordem jurídica. O raciocínio dos julgadores deve guardar harmonia com os preceitos normativos, pois estes dão os limites do seu agir. Em verdade, todas as componentes do devido processo cognitivo só são imponíveis aos magistrados porque podem ser extraídas (direta ou indiretamente) de textos normativos – e, no caso brasileiro, de textos normativos que, em sua esmagadora maioria, foram elaborados em um contexto democrático.

O respeito à juridicidade é, então, uma condição anterior, primeira e indispensável, para que possamos cogitar falar em “devido processo *legal*”.<sup>510</sup> Concordamos que isso seja evidente, leitor, mas, mesmo assim, entendemos que valha a pena fazer esse “reforço”. Cognição adequada é cognição que caminha de acordo com a Constituição, e com as demais normas com ela compatíveis.

Não pretendemos fazer uma lista exaustiva neste trabalho. O objetivo, nesta oportunidade, é muito mais o de ilustrar alguns exemplos de garantias que integram o devido processo cognitivo. Convidamos todos os processualistas a continuar expandindo esse rol, apontando outras normas que interfiram na atividade cognitiva dos magistrados brasileiros. No entanto, para o momento, ainda julgamos que faltam alguns exemplos que merecem ser mencionados: publicidade, duração razoável, eficiência, primazia do julgamento de mérito e adequação.

Lembremos que, para além de exigir que as decisões judiciais sejam devidamente *fundamentadas*,<sup>511</sup> o inciso IX do artigo 93 da Constituição determina, como regra, que elas respeitem a publicidade. O mesmo dispositivo já inclui, em sua parte final, as únicas situações em que a ordem jurídica autoriza que se excepcione a regra: quando houver a necessidade de proteger a intimidade das partes, e apenas quando o sigilo não causar prejuízo ao interesse

---

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

[...]

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como *fiscal da lei*”.

Vê-se, portanto, que o próprio legislador preferiu utilizar a expressão “ordem jurídica”, para evitar confusões que eventualmente adviessem de interpretações mais restritivas do vocábulo “lei”. Claro que, em sentido amplo, “lei” pode significar todo e qualquer texto jurídico, independentemente da fonte da qual emane. No entanto, em se tratando de interpretação, precauções nunca parecem suficientes. Sendo assim, preferimos, ao invés de “lei” e “legalidade”, falar em “ordem jurídica” e em “juridicidade”.

510 Tudo bem, aqui a expressão que se consagrou foi “legal”. Cremos, no entanto, que o fato de termos convencionado a adjetivá-la assim não invalida em nada o que dissemos antes.

511 Chegaremos a essa importantíssima garantia logo mais, no próximo item, por razões que explicaremos no momento devido. Por ora, basta dizer que a percepção da sua importância central, para o bom cumprimento do “devido processo cognitivo”, fez com que resolvêssemos dedicar-lhe um item específico.

público na informação (interesse que, uma vez demonstrado, constitui uma “exceção da exceção”).<sup>512</sup>

Processo adequado é aquele em que os pronunciamentos judiciais são públicos, para possibilitar o controle, tanto pelos litigantes, como pelo público em geral. O controle das manifestações dos juízes é uma preocupação constante do devido processo legal, tanto que é advogado por diversos dos seus corolários – como os já mencionados contraditório, fundamentação e boa-fé. Além deles, a publicidade também é parte importante do controle.

Ora, de pouco adianta que o julgador afirme atender aos ditames do devido processo cognitivo, se a leitura de seus atos não for disponibilizada às partes e, sempre que possível, à generalidade dos jurisdicionados. Só permitindo um acesso amplo aos atos judiciais é que poderemos aferir se a cognição dos nossos juízes está, de fato, sendo conduzida de modo compatível com as imposições do nosso sistema normativo<sup>513</sup>.

O juiz deve analisar o conjunto probatório, e então tomar decisões, em tempo *razoável*, sob o risco de inviabilizar a proteção do direito pleiteado. “Duração razoável” – que é o que o inciso LXXVIII do artigo 5º da nossa Constituição prevê –<sup>514</sup> não se confunde, contudo, com rapidez: cognição adequada não é cognição “Usain Bolt”, feita aos atropelos, com desatenção para as necessidades específicas do caso concreto.

Quando a Carta Magna fala em “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, ela não quer dizer que o processo tenha de ser rápido “a todo custo”. Apenas dispõe que a marcha procedimental não tenha retardos desnecessários, capazes de obstaculizar a atuação das partes.

O mesmo se aplica à eficiência. Ela também não se confunde com celeridade na condução do procedimento. Mas o equívoco é compreensível. Há uma tendência de associarmos

---

512 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos*, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

513 Algo que parece ter ganho ainda mais importância nos últimos anos, em tempos de universalização do processo eletrônico. Estranhamente, ao mesmo tempo em que a consulta pública passou a ser disponibilizada na *internet*, os tribunais passaram a exigir cadastros e *tokens* para acesso à íntegra dos processos – mesmo dos que não correm em segredo de justiça, e ainda que o interessado na consulta seja uma das partes. De fato, é algo paradoxal, preocupante, e que merece estudos aprofundados. Agradecemos a Débora Barbosa da Costa Pereira, que foi quem despertou nossa atenção para esse problema. Realmente, os sistemas de cadastro e certificação digital, desenvolvidos pelo Judiciário brasileiro, podem obstaculizar a consulta aos pronunciamentos judiciais – o que dificulta o seu controle e termina reduzindo o grau de concretização do devido processo cognitivo.

514 Mais uma vez, transcrevemos, para a comodidade do leitor, a íntegra do inciso: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

a ideia de eficiência, no processo, à eficiência *quantitativa*, tradicional na administração de empresas, na economia, e, desde a Emenda Constitucional 19/1998, aplicável à administração pública das três funções que compõem o Estado brasileiro<sup>515</sup>.

Essa faceta da eficiência é geralmente conceituada como *a obtenção dos melhores resultados com o menor dispêndio de recursos possível* (o que, realmente, “casa” com as ideias de celeridade e economia processuais, incentivando ainda mais a confusão). No entanto, no âmbito do Judiciário, essa noção de eficiência quantitativa só se aplica ao gerenciamento das unidades jurisdicionais (*court management*) – por respeito, justamente, ao *caput* do artigo 37 da nossa Carta Magna.

O princípio da eficiência, *no âmbito da condução do processo* (previsto no artigo 8º do Código de Processo Civil)<sup>516</sup>, isto é, no gerenciamento de casos concretos (*case management*), está ligado ao que poderíamos chamar de “eficiência qualitativa”. Essa, por sua vez, caracteriza-se pela necessidade de o juiz produzir decisões mais adequadas e, portanto, mais capacitadas para a solução dos conflitos, *ainda que isto requeira uma dilatação do tempo do processo*.

Se for possível chegar a essas decisões adequadas com um baixo custo de recursos (principalmente do recurso “tempo”), será ainda melhor. Mas eficiência processual, em sentido qualitativo, correlaciona-se com a aptidão do julgador para captar o cerne da controvérsia, e, a partir daí, traçar (com as partes) o melhor caminho para a confecção de uma decisão que a solucione.

Dentro de processos específicos, portanto, a dimensão quantitativa da eficiência confundir-se-ia com a garantia da duração razoável – que, como vimos, também não está necessariamente relacionada com a redução do tempo do processo: cognição exercida em duração razoável será aquela que, após diálogo com as partes, defina quais questões são relevantes (e, portanto, merecem análise mais detida), e quais apenas retardarão a entrega da prestação jurisdicional.

A depender das peculiaridades do caso concreto, duração razoável pode ser, até mesmo, sinônimo de um processo mais demorado, *mas que produza, ao final, uma decisão de melhor qualidade* (decisão que respeite as garantias dos litigantes, e solucione aquele conflito específico de forma mais adequada). O importante é que essas escolhas de dilatação ou de

---

515 “Art. 37. A administração pública direta e indireta *de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

516 “Art. 8º *Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*”.

redução do tempo do processo sejam feitas, tanto quanto possível, em colaboração com as partes (mais uma vez, vemos como as garantias se comunicam).<sup>517</sup>

Por último, resta destacar duas noções que parecem bem mais recentes que as demais. Como estamos vendo nesse capítulo, as relações entre cultura e processo fazem com que este nunca fique estático: ele está constantemente em movimento, passando por metamorfose atrás de metamorfose, conforme o legislador vai incluindo, no sistema, normas que alteram sua configuração. Dentre essas normas, queremos destacar duas, para encerrar este item: a primazia do julgamento de mérito e a expansão das possibilidades de adequação procedimental.

O diploma processual em vigor deu um passo adiante em relação às reformas que já vinham sendo feitas no Código de 1973 – incluindo, já nos seus primeiros artigos, a necessidade de o juiz respeitar o direito das partes de obter uma “solução integral do mérito”, que ponha fim ao conflito (preferencialmente, de maneira definitiva).<sup>518</sup>

Da instrumentalidade das formas, parece que evoluímos para a primazia do julgamento de mérito, uma nova garantia que passa, agora, a compor o rol daquelas normas que nos informam o que constitui um processo devido no sistema jurídico brasileiro.

O julgador de hoje, ainda que submetido a metas do Conselho Nacional de Justiça, não deve lidar com seu acervo de processos apenas como um número a ser reduzido. A lógica do processo de hoje não pode ser a de “matar processos” para “zerar” pendências. O juiz deve, sempre que possível, oportunizar a correção de vícios formais, alertando as partes para que priorizem o encerramento da discussão com uma sentença que declare quem tem razão.

Seu pensar deve ser perspicaz e sensível, para que esteja apto a identificar situações em que as partes possam ser encaminhadas para resolver seu conflito, de maneira definitiva, pela via da autocomposição (artigo 3º do Código de Processo Civil).<sup>519</sup> Deve, ainda, evitar pronunciar nulidades desnecessárias, aproveitando, sempre que possível, partes não viciadas de

---

517 A respeito da eficiência no processo, com muito mais detalhes, consulte-se, mais uma vez, CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência...*, *op. cit.*, especialmente p. 76–82, e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência...*, em *op. cit.*, especialmente p. 75–78.

518 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a *solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

519 “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º *A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”.

Confira-se, ademais, o que prevê o inciso V do artigo 139 do Código:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

*V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;*”

atos defeituosos.<sup>520</sup> O julgador de hoje não pode guiar-se pela atitude de “caçar nulidades”, para encerrar o processo sem julgar o mérito.<sup>521</sup> Isso só prolongará o conflito entre as partes, ampliando o mal-estar e a ansiedade delas diante da ausência de uma resposta definitiva.

É preciso, portanto, que o julgador conduza o procedimento respeitando a primazia do julgamento de mérito. Seu raciocínio deve buscar uma solução desse tipo para o processo. No entanto, se, a despeito de todas as tentativas, as partes não colaborarem, é evidente que o magistrado também não poderá suprir toda e qualquer falha (intempestividade, por exemplo). Buscar julgar o mérito é um dever do juiz de hoje, mas ele dificilmente terá êxito nessa tarefa sem uma participação ativa e responsável das partes.<sup>522</sup>

Chegamos, finalmente, à adequação procedimental. Como ressaltamos no capítulo 3, o paradigma racionalista gerou no processo uma espécie de sacralização ao procedimento comum (antes chamado “procedimento ordinário”), considerado o rito mais capacitado para dar respostas adequadas aos problemas dos litigantes.<sup>523</sup> Isso ainda podia ser facilmente percebido no Código de Processo Civil de 1973, algo que também já mencionamos no capítulo anterior.

O que nos interessa, agora, é chamar a atenção do leitor para a inclusão de um dever de adequação, que foi progressivamente ganhando força em nosso processo civil, com a inclusão de novas possibilidades de flexibilização procedimental – e que, naturalmente, também se aplica à cognição judicial.

Não só as partes têm direito a tentar “moldar o procedimento”, de modo a compatibilizá-los com seus interesses. O próprio julgador deve tentar otimizar o rito, adequando-o às necessidades de cada processo específico (novamente, tudo por meio de um diálogo com os

520 Confira-se, a propósito, os artigos 276 a 283 do Código, que tratam das nulidades. Entre eles, merecem transcrição os artigos 277, 282 e 283:

“Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte”.

521 Até porque isso de nada adiantará, já que, muito provavelmente, a parte prejudicada ingressará novamente em juízo – agora ciente de que não deve repetir o erro (sob o risco de novamente não chegar a uma decisão que julgue integralmente o mérito).

522 Acerca da primazia do julgamento de mérito, merecem leitura as lições de CUNHA, Leonardo Carneiro da. Normas fundamentais..., *op. cit.*, p. 108–110, e LINS, Artur Orlando. *A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro* – fundamentos, concretização e limites dogmáticos. Salvador: Juspodivm, 2019.

523 Mencione-se, mais uma vez, as críticas de SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia...*, e *Epistemologia das ciências culturais. Op. cit.*

litigantes). Lançando mão de mais uma figura de linguagem, o julgador deve olhar para o rito como se estivesse encarando uma “sanfona”: para que toque o som requisitado, ela pode ser alongada ou encurtada. Mas só até certo ponto, e sempre de modo a alinhar o som às necessidades da plateia, e não do “tocador”.

É exatamente assim que pensamos que o julgador deva se portar, quando estiver diante de cada caso concreto. Cite-se, mais uma vez, o §2º do artigo 327 do Código, que possibilita a mistura de técnicas de procedimentos distintos, sempre que essa “importação” seja compatível.<sup>524</sup> Temos, aqui, a situação peculiar de uma cláusula geral que atua para efetivar a necessidade de adequação procedimental – adequação que, por sua vez, é uma componente de uma outra cláusula, a do devido processo legal.<sup>525</sup> Os juízes brasileiros vão ter de se adaptar a essa nova realidade, aprendendo a combinar técnicas procedimentais, para otimizar o resultado da prestação jurisdicional.<sup>526</sup>

O próprio legislador já entregou alguns modelos procedimentais “prontos”, que impõem etapas e desafios distintos para o magistrado. Embora sempre haja cognição, é evidente que o raciocínio do juiz deverá se adaptar para seguir um conjunto diferente de balizas cognitivas, conforme esteja diante do rito comum “cheio” (isto é, aquele que se inicia com a petição inicial, e termina com uma sentença declaratória de mérito), de situação de incidência do 332 do Código de Processo Civil,<sup>527</sup> de demanda possessória,<sup>528</sup> ou de impetração de mandado de segurança (rito regulado pela Lei 12.016/2009).

Essa pluralidade de ritos pré-definidos não é novidade. O que, de certa forma, representa uma inovação do Código de 2015 é que, para além de tudo isto, o julgador agora deverá estar

524 Repise-se que quem merece os créditos por enxergar, nesse dispositivo (§2º do artigo 327), uma cláusula geral de flexibilização procedimental são CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da e DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais...*, *op. cit.*

525 É, temos cláusulas dentro de cláusulas. Nada que cause espanto a qualquer um que já tenha assistido ao filme *Inception* (no Brasil inusitadamente traduzido para “*A origem*”).

526 Para mais sobre a ideia de “adequação”, consulte-se, mais uma vez, DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 130–136.

527 “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241 .

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias”.

528 Artigos 554 a 568 do Código de Processo Civil.

preparado para, eventualmente, saber como lidar com a combinação, em um mesmo processo, de técnicas de mais de um desses ritos. E, a partir do momento em que o sistema mudou para incluir essas novas previsões, o devido processo cognitivo também ganhou uma nova componente.

As necessidades contemporâneas de adequação e flexibilização demandam, portanto, capacidade de adaptação cognitiva dos nossos julgadores, para que possam conduzir o processo da melhor maneira possível – o que, espera-se, irá direcioná-lo para uma decisão efetiva, “personalizada”, construída artesanalmente (com a participação das partes), e com o propósito específico de dar conta daquele conflito em particular.<sup>529</sup>

#### 5.4 O papel especial do dever de fundamentação específica no âmbito do devido processo cognitivo: a “filha” incumbida de vigiar suas outras “irmãs”

“Preciso que você tome conta de seus irmãos”. Quem os tem, já deve ter escutado essa frase dezenas de vezes. A rigor, mesmo quem é filho único (nosso caso) tem certa familiaridade com essas palavras (ainda que não as receba com a mesma carga emocional). Na verdade, ela geralmente vem em modo imperativo (“Tome conta dos seus irmãos!!!”), e às vezes é acompanhada de alguma ameaça, em caso de descumprimento (“senão...”; “se acontecer alguma coisa, quando eu voltar...”). Mas o comando tem como (nobre) objetivo fazer com que o encarregado da missão se empenhe na preservação da vida e da integridade física da família – ou, em termos mais gerais, na salvaguarda da segurança e do bem-estar dos seus membros.

O mesmo ocorre com o devido processo legal – e, conseqüentemente, com sua projeção em relação à cognição. Se imaginarmos a cláusula como a “mãe” da estória, e as demais normas que a concretizam como suas “filhas”, podemos insistir na analogia, e dizer que a fundamentação é, justamente, a “filha” que foi incumbida de tomar conta, de “vigiar” suas “irmãs” contraditório, isonomia, boa-fé... (é, a família é grande).

Tangenciamos a questão da fundamentação das decisões ao longo dos itens anteriores. Chegamos a mencionar que as balizas procedimentais do devido processo cognitivo terminam

---

529 Reconhecemos que essa personalização não irá ocorrer em todos os casos. Destaquemos, novamente, que o objetivo da adequação é adaptar o rito às necessidades do caso concreto. O que se busca é deixar essa possibilidade em aberto, para o caso de o processo precisar recorrer a ela como quem recorre a uma ferramenta. Se o magistrado estiver diante de demanda que se opõe a jurisprudência vinculante, ele estará obrigado a seguir um raciocínio diverso – para verificar, por exemplo, se é o caso de aplicar o artigo 332. Não sendo situação de *distinguishing* – isto é, caso o julgador verifique que está diante de hipótese de improcedência liminar –, logicamente não haverá nada para adaptar: sua cognição se encerra com a sentença de improcedência. Da mesma maneira, se o processo não tiver nenhuma peculiaridade perceptível, e se as partes não reclamarem nenhuma adaptação: aqui, o devido processo cognitivo dispensa o juiz de promover adequações, *mas para que possa atender à eficiência e a duração razoável* (as quais, diante da ausência de particularidades que justifiquem o prolongamento da marcha processual, determinam que encerre a discussão, evitando retardos inúteis).

impactando a redação dos pronunciamentos judiciais, não apenas na forma, mas também no seu conteúdo (como se estivessem apresentando ao magistrado um texto com algumas palavras já preenchidas). Mas evitamos, até este momento, falar diretamente em fundamentação.

Em primeiro lugar, cabe alertar que, embora o dever de fundamentação seja um corolário do devido processo legal, ele não atua no momento da cognição, mas só *a posteriori*. Analisar e decidir antecedem a redação da fundamentação.

Assim, fundamentar não é, propriamente, uma componente do devido processo *cognitivo*, embora com ele esteja intimamente relacionada. Ela deve funcionar como uma espécie de “espelho da cognição”, mostrando aos litigantes (e, quando possível, ao público geral) como o julgador lidou com cada uma das normas que balizavam seu exercício cognitivo. Ao fazê-lo, permite que fiscalizemos o “grau de concretização” do devido processo cognitivo em cada caso concreto.

Afinal, de que adiantaria prever um sem-número de condicionantes cognitivas, se o juiz não tivesse de prestar contas, reportando-se, direta e expressamente, a elas, em todos os seus pronunciamentos (despachos, interlocutórias, sentenças, acórdãos, decisões monocráticas...)? Por essa razão, nossa Constituição, atenta ao imperativo democrático de exigir justificativas dos que exercem o poder,<sup>530</sup> inseriu, na nossa ordem jurídica, o dever de fundamentação, uma filha do devido processo legal encarregada de zelar pela proteção das suas irmãs.

Essa garantia visa a forçar o julgador a explicar às partes o *iter* mental percorrido até a publicação de cada um dos seus pronunciamentos. Ao redigi-los, o juiz deverá apontar o caminho lógico que o conduziu ao resultado alcançado. E, quanto mais detalhada for a exposição desse caminho, mais fácil será verificar se o magistrado comportou-se da maneira determinada pelo ordenamento. O devido processo cognitivo procura, assim, controlar de maneira ainda mais intensa o trabalho dos nossos órgãos jurisdicionais.

Claro que, quando falamos em controle do raciocínio, da atividade mental dos julgadores, não estamos pretendendo defender um “controle sináptico”, ou que o juiz seja capaz de expor todas as intrincadas operações mentais que estão ocorrendo em sua mente ao longo do processo.<sup>531</sup> Não é isso que estamos defendendo. O esclarecimento do “processo mental”, da

---

530 Nesse sentido, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. O dever de fundamentação das decisões judiciais no CPC brasileiro, em CAPELO, Maria José; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SILVA, João Calvão da; e THOMAZ, Osvir Guimarães (orgs.). *Processo civil comparado...*, *op. cit.*, p. 329–330. De forma mais ampla, defendendo o *status* de cláusula pétrea do dever de fundamentação, e relacionando-o com os imperativos de um Estado Democrático de Direito, SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

531 Afinal, como vimos no capítulo 2, nem os neurocientistas, em suas pesquisas recentes, e com toda a tecnologia de que hoje dispõem, conseguiram, até o momento, pintar um retrato realmente fiel do funcionamento do cérebro

formação do convencimento, exige que o magistrado exponha (mesmo que parcialmente) as razões lógicas que o fizeram a decidir “a” ou “b”: por que razão deferiu aquela antecipação da tutela; o que o levou a crer que a versão do réu estava mais bem fundamentada; por quais motivos inverteu o ônus da prova, ordenou a realização de uma segunda perícia, considerou frágil um certo elemento de prova. *Essa explicação ele tem de dar, por imperativo tanto do dever de fundamentação, como para demonstrar que atendeu às diversas exigências do devido processo cognitivo (ou, pelo menos, ao maior número possível delas – justificando, de qualquer forma, o porquê de ter privilegiado umas em detrimento de outras).*

Deve o julgador dizer o que o levou a analisar o processo da forma que analisou, em linguagem clara, que permita às partes não apenas compreender o que ocorreu (cognoscibilidade), como – acaso não se sintam conformadas com a maneira com que as coisas foram conduzidas – recorrer da decisão, dando continuidade ao debate processual, seja em outra instância ou na mesma (como na oposição de embargos de declaração).

Postas as coisas dessa maneira, bem se vê que nossas exigências não têm nada de absurdo: não estamos pedindo para que o julgador disseque seu próprio cérebro.<sup>532</sup> Apenas queremos que ele se desincumba do ônus de demonstrar que toda a sua análise foi realizada com respeito ao devido processo cognitivo – que define tanto o que se entende como decisão racional, como o que se entende por decisão correta, adequada, compatível com nosso sistema. Sem fundamentação adequada, não há sentido falar em devido processo cognitivo, nem em qualquer outra forma de controle da atividade judicial.

E nisso o legislador parece concordar conosco. Os §§1º e 2º do artigo 489 do nosso Código de Processo Civil detalharam ainda mais o que se entende como fundamentação adequada,<sup>533</sup> dando maior concretude ao comando do inciso IX do artigo 93 da nossa Carta

---

humano – e provavelmente nunca o conseguirão, já que também a neurociência foi criada (e é, hoje, operada), por humanos falíveis.

532 Na verdade, recomendamos fortemente que não tentem fazê-lo.

533 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*  
*I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

*II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

*III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

*IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

*V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*

*VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Maior. A partir da sua entrada em vigor, tais dispositivos passaram a impor ônus argumentativos reforçados aos juízes brasileiros – o que, em nossa opinião, tem como propósitos 1) impeli-los a dedicar mais respeito às normas que compõem o devido processo cognitivo, e 2) facilitar a própria aferição desse “grau de cumprimento”.

O dever de fundamentação *específica* (*standard* do processo civil atual), funciona (ou ao menos deveria funcionar), portanto, como “irmã protetora”, como “vigia”, como “espelho da cognição”, como “termômetro” do grau de cumprimento do devido processo cognitivo. Assim se dá sua relação com este último. Mesmo que não seja, ele mesmo, parte das amarras cognitivas postas pelo legislador (uma vez que a redação da decisão é processo subsequente à formação do convencimento), ele é crucial para garantir o respeito a essas balizas – e, na pior das hipóteses, para viabilizar uma decisão clara e compreensível, que permita à(s) parte(s) inconformada(s) o exercício do direito de recorrer.<sup>534</sup>

Antes de encerrar o item, cabe uma última observação: o que ocorre se só percebermos que o julgador não respeitou o devido processo cognitivo na hora da leitura da decisão? Bem, *supondo que o magistrado também não tenha descumprido o seu dever de fundamentação*, entendemos que o que poderá ocorrer é um *funcionamento retroativo* daquelas amarras cognitivas – mas que, infelizmente, só poderá ser “ativado” mediante recurso.

Não somos ingênuos ao ponto de construir uma teoria pensando que ela vá ser rigorosamente seguida pelos juízes brasileiros, mesmo em se tratando de uma proposta *de lege lata* – isto é, *que não requer mudanças legislativas, e que também não está baseada na nossa visão particular de “justiça”, mas nas normas postas<sup>535</sup> pelo legislador pátrio (constitucional e infraconstitucional)*. Assim, aplica-se, aqui, o mesmo que em qualquer caso no qual magistrados eventualmente violem (ou estejam prestes a violar) preceitos normativos: pode-se tentar alertar o julgador para que não o faça, ou (caso a violação já tenha se aperfeiçoado) recorrer.

Logo, se a parte (ou um terceiro, ou mesmo o Ministério Público, quando estiver atuando na condição de fiscal da ordem jurídica) percebe sinais que indicam que a violação (ao contraditório, à isonomia, à primazia do julgamento de mérito, etc.) vai acontecer, ela pode,

---

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

534 Para mais uma obra dedicada exclusivamente ao dever de fundamentação (embora seu autor prefira a expressão “motivação”), indicamos a leitura de LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais* – Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

535 Algumas das quais, apesar da plurivocidade característica dos textos jurídicos, parecem “sair do texto sozinhas”, prontas para aplicação.

antes mesmo da publicação do ato que confirme suas suspeitas, atravessar nos autos uma petição simples, exortando o julgador a respeitar o devido processo cognitivo (já que, pelo que o comportamento anterior do magistrado está a indicar, uma ou mais de suas integrantes se encontram na iminência de serem vulneradas).

Agora, se isso não impedir o juiz, a única ferramenta de controle que restará, infelizmente, será o recurso – oportunidade em que o recorrente (parte, terceiro, ou fiscal da ordem) poderá mostrar, de maneira detalhada, quais componentes do devido processo cognitivo foram desrespeitados (e em que medida), pedindo ao órgão *ad quem* que as faça valer, *mesmo que retroativamente, e ainda que isto leve à anulação do pronunciamento atacado*.

Se nada funcionar, só nos resta dizer que o que estamos tentando construir, aqui, é uma teoria minimamente sólida, cuja solidez se assenta no fato de estar fortemente ancorada nos ditames da nossa ordem jurídica. Acreditamos no seu potencial para alavancar a qualidade da prestação jurisdicional em nosso país, e até admitimos que nada do que estamos defendendo aqui seja, exatamente, uma novidade: todas as normas mencionadas como componentes do devido processo cognitivo já foram objeto de análises bem mais detalhadas que a nossa.<sup>536</sup> Mas, o fato é que, independentemente desse esforço doutrinário, sua imponibilidade aos juízes brasileiros parece patente. No entanto, se nenhum dos nossos argumentos convencer, só nos cabe avisar que “mágica” não é bem a especialidade da casa...

#### 5.5 Condicionantes biológicas + limitações cognitivas (psicológicas e epistemológicas) + particularidades procedimentais + contraditório substancial + dever de fundamentação específica, exaustiva, ou “forte” = inexistência de cognições “parciais” e “sumárias” em nosso sistema processual civil

Como o título já indica, este item surge como consequência de tudo o que já foi dito até este momento. De certo modo, ele é uma “pré-conclusão” da nossa pesquisa, já que tudo o que vimos até agora parece convergir para essa ideia, que defenderemos aqui, *de que todo exercício cognitivo realizado por magistrados sempre é, dentro dos limites do caso concreto, “completo”, “total” e “exauriente”*.

Recapitulemos as principais ideias apresentadas nesta obra, do primeiro capítulo ao item anterior do presente. Já abrimos o trabalho afirmando que o julgador está sempre exercendo cognição, independentemente da sua vontade, do tipo de procedimento ou da fase em que este se encontre. Partimos da premissa – que ao nosso ver parecia não apenas intuitiva,

---

<sup>536</sup> O que, inclusive, justifica o porquê da referência a tantas dessas análises, tanto em diversos trechos do texto principal, quanto em várias notas de rodapé, espalhadas por este trabalho.

mas altamente verossímil – de que, desde o contato com a primeira peça do processo, a mente do juiz já começa a trabalhar: traçando um contorno geral do caso concreto; comparando-o com outros com os quais já tenha lidado; e antecipando, a todo momento, conclusões e possíveis caminhos a trilhar. Tudo isso é feito, obviamente, com base naquilo que o julgador analisou até aquele momento.

O mesmo princípio pode ser aplicado para qualquer outra fase de qualquer procedimento. Seja para aferir a presença dos pressupostos processuais, seja para checar a tempestividade de uma contestação, seja para sopesar provas e argumentos e sentenciar declarando quem tem razão, o julgador está *sempre* analisando. Para nós, tudo isso é cognição judicial. E ela vai se formando, paulatinamente, em momento anterior aos pronunciamentos dos magistrados (mesmo que apenas possamos aferir como o juiz analisou o caso quando estes forem publicados).

Nossas considerações sobre o estado da arte não ajudam em nada aqui. Como vimos, a doutrina nacional costuma limitar-se a repetir a tese dos planos cognitivos de Kazuo Watanabe, que separa a cognição em planos horizontal (extensão) e vertical (profundidade), sem maiores questionamentos acerca da correção dessa teoria, *do ponto de vista dos fenômenos cognitivos que ocorrem na mente dos julgadores ao longo da marcha processual*. A falta de bagagem interdisciplinar do trabalho de Watanabe termina, portanto, contaminando a quase totalidade da doutrina processual pátria, com raras exceções, todas já mencionadas acima. Passemos, portanto, às *nossas* “aventuras extrajurídicas”.

As noções de biologia, psicologia e neurociência, apresentadas no capítulo 2, reforçaram a nossa impressão inicial de que o cérebro humano (e, naturalmente, também o dos magistrados) estaria sempre “ligado” – correlacionando eventos, sugerindo “caminhos” e decisões para os mais diversos problemas, e refletindo acerca da correção das nossas escolhas (tanto antes da tomada da decisão, como *a posteriori*). Vimos que, por imperativos biológicos, estamos sempre, de certa forma, em “estado de alerta”. Ao mesmo tempo, quando estudamos os vieses cognitivos, constatamos também que, embora nunca consigamos nos libertar totalmente das armadilhas da nossa mente, podemos, pelo menos – em alguns casos, e geralmente com muito esforço –, respirar fundo, e pensar de forma menos impulsiva acerca do rumo que iremos tomar em uma dada situação.

Essa capacidade reflexiva pode melhorar o nível de qualidade das nossas decisões. Ainda assim, o fato é que nunca conseguimos “desligar a máquina”: o cérebro está sempre funcionando, mesmo quando estamos em repouso. E, de qualquer forma, mesmo nos casos em que gastamos mais tempo sopesando decisões, teremos, em algum momento, de pôr um ponto

fim na cadeia reflexiva, sob o risco de inviabilizarmos a condução normal de nossas vidas (viveríamos como Elliott, o desafortunado paciente com lesão ventromedial mencionado por António Damásio).

Ainda no capítulo 2, descobrimos que o cérebro funciona de maneira complexa, combinando diversas operações ao mesmo tempo. Mencionamos que, para facilitar a explicação de alguns desses processos, Daniel Kahneman lançou mão de uma figura de linguagem simplificadora, trabalhando com esse “entrelaçamento” de atividades cognitivas em uma perspectiva dual (“Sistema 1”, para atividades “automáticas”, e “Sistema 2”, para reflexões mais lentas e demoradas). Essa ideia é didática, e serve para explicar o que são (e como funcionam) os vieses cognitivos – mas, admitidamente, não corresponde de maneira exata ao que, até agora, descobrimos sobre o funcionamento da nossa mente.

Daí termos utilizado Kahneman no início, e enriquecido nossa visão com Damásio – que mostra que divisões binárias como “Sistema 1” e “Sistema 2” e “razão” e “emoção” são incorretas: a rigor, o cérebro funciona como uma grande orquestra em constante movimento, com seus diversos setores trabalhando e se comunicando em um conjunto intrincado de relações.

A cognição dos juízes, portanto (como a de qualquer ser humano), funciona em qualquer fase de qualquer procedimento; o juiz não consegue “desligá-la”, ela está sujeita a falhas (vieses), e funciona através de um intercâmbio cerebral permanente, do qual participam influxos emotivos e operações de cálculo, interpretação e correlação de eventos. A soma de tudo isso é o que chamamos de “racionalidade”.

Vimos, enfim, no capítulo 3, que o conhecimento humano é tão limitado como seu criador, não podendo garantir alcançar verdade alguma em qualquer área do conhecimento. Por fim, ressaltamos, neste capítulo 4, que o devido processo legal (fruto da escolha e positivação de valores realizada pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional) condiciona a cognição dos nossos julgadores, impondo uma “camada adicional” de restrições cognitivas (para além das limitações biológicas, psicológicas e epistemológicas, que já o acometeriam independentemente da sua vontade).

Relembrado todo o caminho percorrido, podemos, agora, retomar o curso deste item, expondo ao leitor porque defendemos que a cognição judicial seja sempre total e exauriente – discordando, portanto, da tese dos planos cognitivos de Watanabe.

Em nossa opinião, a ideia de cindir a cognição – no “plano vertical” em rarefeita, sumária e exauriente; no plano horizontal, em parcial e completa – até tem sua utilidade (do contrário, não teria logrado conquistar aceitação tão ampla na doutrina e jurisprudência pátrias), mas está totalmente equivocada do ponto de vista da própria cognição. Decorre, em verdade,

de uma confusão entre vários institutos diferentes: cognição, mérito, decisão e coisa julgada – que surge aliás, em consequência do dogma de sacralização da sentença declaratória de mérito do processo de conhecimento.

Percebam: qual a comparação feita quando se fala em cognição superficial, sumária, rarefeita, parcial? Ora, a comparação é quase sempre com um determinado tipo de *decisão*, considerada o exemplo da cognição “cheia”, total, exauriente: a sentença declaratória que julga o mérito em caráter (pretensamente) definitivo – afirmando que, analisado o conjunto probatório “x”, a versão da parte “a” parece estar mais alinhada ao Direito e, portanto, é a que merece a chancela do Judiciário. Essa decisão é *pretensamente* definitiva porque, embora ainda possa ser impugnada por recurso, visa a pôr fim ao conflito *naquele momento*.

Cognição exauriente é explicada por Watanabe (e por todos aqueles que o seguem) como aquela análise “que mais se aprofunda no exame da controvérsia” – com o juiz apreciando, amplamente, alegações e provas, apresentadas ao longo de um processo com fase postulatória e instrutória regulares. Por essa razão, ela seria digna de receber o manto da coisa julgada material: sua profundidade seria a garantia de termos alcançado um julgamento baseado na “certeza” (e o Direito, para os partidários de tal teoria, só admitiria conferir a indiscutibilidade da coisa julgada em situações de “certeza”, ou, pelo menos, de “elevado grau” desta).<sup>537</sup>

Por outro lado, a ideia de cognição sumária parte do pressuposto de que o julgador decidiu com poucos elementos probatórios, ou mesmo apressadamente, com base em um “mero juízo de verossimilhança” – a falta de aprofundamento faria com que tais decisões (como, por exemplo, as que apreciam pedidos de antecipação de tutela) fossem incapazes de conferir a “certeza” proporcionada por uma decisão ancorada em cognição “cheia”, exauriente –, e que, por essa razão, seria inadmissível conferir-lhe a estabilidade da coisa julgada.<sup>538</sup>

O mesmo é feito em relação ao suposto “plano horizontal da cognição”: cognição parcial seria aquela em que o juiz não pudesse apreciar “todas as matérias” – o que também toma como “modelo” uma suposta situação ideal de procedimento “cheio”, na qual o julgador poderia examinar toda e qualquer matéria referente à controvérsia discutida no caso concreto. Nos casos de cognição parcial, o julgador estaria impedido *ex ante*, por restrição do procedimento, de apreciar certas matérias – e, por essa razão, a cognição que exurgisse daí jamais seria “total”, nem mesmo para o contexto daquele processo em que proferida.

---

537 WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil, op. cit.*, p. 120–122.

538 *Ibidem*, p. 132–134.

Ora, conforme vimos ao longo deste trabalho, não existe algo como garantia de obtenção de certeza na cognição humana. Verdade e certeza objetivas são utopias,<sup>539</sup> tipos ideais, nos quais jamais chegaremos. Se até mesmo as ciências exatas já admitiram trabalhar no campo da incerteza,<sup>540</sup> como pretender que uma decisão judicial, sujeita a um número muito maior de condicionamentos (sobretudo temporais), vá dar conta dessa tarefa?

Independentemente da quantidade de provas produzidas, e da qualidade das hipóteses obtidas, todo e qualquer juízo cognitivo será, sempre, um juízo de *verossimilhança*: em qualquer situação (e também nos processos judiciais), não julgamos com base na “verdade”, mas conforme a opção que *pareça* melhor, de acordo com o que temos à nossa disposição em cada momento.

Alguns gostam de chamar isso de verdade “relativa e objetiva” (Taruffo), outros de “verdade provável”, outros de “verdade possível”. Preferimos “verossimilhança” porque, por um lado (como já repetimos diversas vezes), o vocábulo “verdade” sempre traz uma pretensão absoluta; e, por outro, porque não somos relativistas, e discordamos daqueles que defendem que o fato de não podermos chegar à verdade torna sem sentido até mesmo qualquer tentativa de nos aproximarmos dela. Preferimos esse meio-termo, que pode desagradar defensores desses dois extremos. Se, em uma situação “x” qualquer, tivermos de tomar uma decisão, que o façamos com base naquilo que soe mais verossímil, diante do conjunto de informações de que dispomos.

Reconhecemos que isso jamais representará “a verdade”, mas nos contentamos em que, diante do conjunto probatório “y”, aquela opção seja escolhida, *por “parecer mais próxima do verdadeiro”*.<sup>541</sup> Pelo menos ela *parece, naquele momento, melhor* (para dar conta do problema com o menor risco aparente) *que as outras opções conhecidas (dentro, claro, daquilo que conhecemos)*.

É isso que fazemos no nosso dia a dia (para escolher a rota que utilizaremos para ir ao trabalho, para fazer compras, e para decidir o que fazer nos finais de semana), é isso que os cientistas fazem, e é isso que os julgadores fazem. Em graus diferentes de tempo e quantidade de informação, mas com o mesmo *modus operandi*: escolhemos o que parece melhor, diante do

---

539 A rigor, “certeza objetiva” é um contrassenso.

540 Confira-se, mais uma vez, HEISENBERG, Werner. *Physics and Philosophy*, *op. cit.*

541 E esse é um processo multifatorial, no qual a linguagem e o discurso, sem dúvida, são muito importantes, mas não constituem o único fator.

tempo que estamos dispostos a gastar, do risco de uma escolha errada, e da quantidade de dados que possuímos.<sup>542</sup>

Quanto à “certeza”, cabe dizer que até podemos, em certos casos, estar plenamente convictos de que nossa opção veicula a verdade. Nesse sentido, essa convicção pode, sim, ser chamada de “certeza”, significando termos crença (*credere*, crédito, confiança) de que nossa opinião é a mais correta. Sem dúvida, isso é algo importante para nos ajudar a cortar o curso da reflexão e escolher uma opção, sem que fiquemos perdidos indefinidamente no processo de análise.<sup>543</sup>

Ainda assim, isso jamais pode extrapolar o plano da crença (importante, do ponto de vista da psicologia e da neurociência) para um plano objetivo – como se a confiança de um pesquisador, ou mesmo de um juiz (ou mesmo de toda uma comunidade de pesquisadores e juízes), transformasse, em um passe de mágica, a incerteza incontornável da nossa existência em algo claro e ordenado.

Logo, se a ideia é falar em “certeza” da decisão, é preciso que os autores deixem bem claro – tanto para outros juristas, como para o público em geral – que essa não é nada mais que um sentimento do julgador, incapaz de traduzir a “verdade”, ou de reconstruir o que “realmente aconteceu” (seja lá o que isto for). Nenhuma decisão, independentemente do nível de aprofundamento da análise, atinge verdade alguma. Sempre há uma margem para a dúvida, que nem mesmo o ordenamento jurídico fecha por completo.

Ele simplesmente autoriza que, em certo momento, o julgador escolha o que lhe parece melhor, *diante do que lhe foi apresentado*. Mas essa escolha (que está condicionada por um sem-número de normas, como vimos nos itens anteriores), mesmo em caso de formação de coisa julgada material, *não quer dizer que o que foi decidido se transforme em certeza, ou que “vire verdade”*.

Considerando que não se trate de caso de rescisória (ou que passem dois anos sem que essa seja proposta), ou de *querela nullitatis*,<sup>544</sup> a declaração apenas não poderá mais ser alterada

542 Nisso Taruffo tem razão, quando afirma que até os relativistas precisam prestar atenção nos horários dos seus voos, e em tantos outros eventos do seu cotidiano. Por mais que não concordemos com ele no tocante às possibilidades humanas de obtenção da verdade (e muito menos às possibilidades do julgador), também não nos alinhamos aos relativistas que pregam que tudo está no texto, tudo é consenso, etc. Já tratamos das ideias deles, e das críticas que lhes foram dirigidas por Taruffo, no capítulo 1, de modo que remetemos os leitores mais “esquecidos” para lá.

543 Não ignoramos, portanto, que a convicção tenha papel importante em nossas vidas. Ela viabiliza a tomada da decisão. Entretanto, vale dizer que até mesmo a neurociência ainda está repleta de dúvidas acerca de como funciona essa “transição cerebral para a certeza”. A respeito, por todos, vale conferir a obra de BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza* – como a neurociência explica a convicção. São Paulo: Blucher, 2017.

544 Sobre a *querela nullitatis*, confira-se CUNHA, Leonardo Carneiro da; e DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 3, p. 575–580.

– *por questões pragmáticas, para atender à segurança jurídica*. A dúvida quanto ao que “realmente aconteceu” continuará, e não é, sequer, um problema do “jurídico”: é, no máximo, como diz Beclaute Oliveira Silva, um “problema do real”.<sup>545</sup> Em casos assim, o Direito já fez sua parte.

Isso posto, se nenhuma decisão, independentemente da quantidade de informação analisada, pode chegar à verdade, como falar que a sentença do processo de conhecimento seria mais confiável que outras decisões? Não seria ela mais “completa” apenas pelo simples fato de o rito ter sido mais longo – e de terem sido produzidas mais provas no seu curso?

Mas, e se, mesmo o rito sendo, em tese, mais longo, não forem produzidas tantas provas, as partes não quiserem debater, e o julgador considerar que, ainda assim, já dispõe de elementos para proferir uma sentença que julgue o mérito? Mesmo usando da classificação tradicional dos planos da cognição, faria sentido falar que houve, aqui, cognição exauriente (ainda que essa sentença declare o direito, e fique, após o trânsito em julgado, coberta pela indiscutibilidade da coisa julgada material)?

Compare-se, por exemplo, um caso em que 1) o autor junte amplo conjunto probatório (perícia paga do seu próprio bolso, além de diversos documentos relevantes, robustos, e sem falhas perceptíveis), e faça, já na inicial, afirmações congruentes com esse material, pleiteando antecipação de uma tutela de urgência, com outra situação, em que 2) o demandante não apresente praticamente nenhum elemento probatório (um ou dois documentos, de baixo valor epistêmico para comprovar o que alega, acompanhado de um pedido de produção de prova testemunhal), e redija sua exordial com afirmações mais genéricas, confiando-se no peso dessas poucas provas que trouxe (as quais, segundo afirma, revelam-se suficientes para a obtenção de uma sentença de procedência).

Imaginem, ainda, que, no primeiro caso, o autor peça a estabilização da tutela de urgência, e que essa ocorra, diante da total inércia do réu. No segundo caso, o réu faz uma contestação genérica – limitando-se a atacar os poucos documentos juntados pelo autor, afirmando que não são suficientes para comprovar o seu direito –, e não requer produção de nenhuma outra prova. Feita a audiência, são ouvidas as testemunhas do autor, que pouco acrescentam: o demandante as questiona de modo a reforçar as conclusões da exordial, e o réu as confronta – tentando, da mesma forma que o autor, convencer o juiz de que o que as testemunhas têm a dizer, na verdade, reforçam os argumentos contidos na contestação. Encerrada a audiência, o julgador considera que não há mais provas a produzir, e encerra o

---

545 SILVA, Beclaute Oliveira. *A prova: (in)subsistência dos modelos...* em *op. cit.*, p. 23.

processo com uma sentença que declara que o autor (ou o réu, pouco importa para o nosso exemplo) tem razão.

No primeiro caso, a doutrina que segue Watanabe afirma que a decisão seria baseada em cognição sumária – porque, independentemente da qualidade do conjunto probatório, foi uma decisão tomada no âmbito de uma antecipação de tutela – mesmo o réu, devidamente citado, tendo *escolhido* não resistir à pretensão do autor, deixando a decisão estabilizar. No segundo caso, diz-se que tratar-se-ia de cognição exauriente, porque o processo foi julgado por uma sentença que, ao fim de fases postulatória, de saneamento, e instrutória regulares, declarou existirem elementos suficientes para afirmar que o autor (ou o réu) tinha razão (o que só podia ser um indicativo de que o caso teria sido “profundamente” analisado pelo julgador).

Em qual dos casos, afinal, temos uma decisão baseada em cognição exauriente? O leitor pode pensar: no primeiro caso, o julgador analisou mais elementos. Já no segundo, várias foram as etapas pelas quais o processo passou, embora isso não tenha refletido em um conjunto probatório mais robusto: as fases foram passando rapidamente, pouquíssimas provas foram apresentadas, e o réu limitou-se a contestá-las.<sup>546</sup> O primeiro caso não é acobertado pela coisa julgada material, enquanto o segundo é. Mas será que podemos falar que algum deles foi julgado com base em cognição exauriente?

Sim! Em verdade, ambos foram julgados com base em cognição exauriente. Nos dois casos, o julgador examinou tudo aquilo que lhe apresentaram, apreciando o conjunto probatório com o mesmo objetivo: verificar qual das versões parecia mais verossímil (no primeiro caso, em que o réu sequer apresentou versão, o juiz teve de aferir se as afirmações do autor, embasadas no robusto conjunto probatório apresentado, pareciam suficientemente verossímeis, ao ponto de merecer uma resposta favorável). *O fato de fazer ou não coisa julgada material, e de ter havido ou não julgamento do mérito, é totalmente irrelevante, do ponto de vista da cognição, e não pode servir para fundamentar uma teoria que cinde a cognição em “níveis”.*

Vedado o *non liquet*, o julgador *sempre* tem de decidir (mesmo para dizer que, diante do que lhe trouxeram, não há como julgar o mérito e declarar o direito). Ao mesmo tempo, o devido processo cognitivo impõe contraditório substancial e fundamentação específica. Isso quer dizer que o juiz deve pronunciar-se a respeito de todas as afirmações e provas apresentadas

---

546 Relembre-se que, *em ambos os casos, todas as provas foram trazidas apenas pelo autor*. A diferença do primeiro para o segundo caso é que, naquele, o réu sequer quis instaurar o contraditório (por que motivo, não nos interessa), enquanto neste houve ao menos alguma discussão (contraditório meio “pobre” e “capenga”, mas houve).

pelas partes, afirmando o porquê de entender que algumas delas lhe pareceram mais convincentes.

Isso deve ocorrer em qualquer processo judicial em nosso país. Independe do rito, da quantidade de tempo, de fases processuais, e da quantidade de informação disponível para análise do julgador. Independe, até mesmo, da complexidade do caso. Em todo e qualquer processo, o julgador tem de fazer uma “varredura completa”, analisando tudo o que estiver nos autos. Ultimada essa verificação, terá de emitir pronunciamentos que dialoguem com as informações examinadas. Isso é o que chamamos de cognição exauriente, e ela ocorre em todo e qualquer processo.

É descabido, portanto, falar em cognição rarefeita, superficial ou sumária. Essas categorias partem de um raciocínio comparativo que mira a sentença (que julga o mérito) de um processo de conhecimento como o “símbolo maior” da cognição exauriente – incorrendo, com isso (consciente ou inconscientemente), no erro de enxergar o procedimento comum como algo intrinsecamente superior, um modelo ou parâmetro do qual todos os demais ritos deveriam tentar se aproximar.<sup>547</sup> Em consequência, terminam encarando estes últimos como manifestações “inferiores” do exercício da jurisdição, supostamente incapazes de conferir o mesmo grau de “certeza” e “confiabilidade” de uma sentença de procedência.

Da mesma forma, não há sentido falar em limitação horizontal da cognição. A limitação é, em verdade, do procedimento, fruto da necessidade de adequação reconhecida *ex ante* pelo legislador. Dentro dele (isto é, dentro das limitações previamente impostas pelo legislador), o julgador deve analisar todas as afirmações e provas juntadas pelas partes.

Se, eventualmente, alguma parte trazer para a discussão algo que não cabe no procedimento, isso realmente não poderá ser apreciado. Mas não porque a cognição seja “parcial”, e sim porque o rito escolhido (ou o rito que cabia, no caso de o autor não ter tido opção de escolher a via para ingressar em juízo) não foi projetado para incluir aquele tipo de discussão. A parte, ainda que leiga, deveria saber, por intermédio de seu patrono, que, naquela oportunidade, só poderiam ser discutidas algumas coisas.

Como vimos, a adequação procedimental também compõe o devido processo cognitivo. Às vezes, o legislador já promove a adequação, criando um rito especificamente para dar conta de um determinado tipo de problemas. Isso, contudo, não dispensa o julgador de, em outros casos, zelar pelo respeito à adequação, ou mesmo de fazer modificações compatíveis com o procedimento preestabelecido.

---

547 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, *op. cit.*, passim.

Assim, em caso, por exemplo, de possessória, o legislador escolheu priorizar a discussão da posse, reservando a discussão da propriedade para outro momento. Isso não faz com que o julgador tenha uma cognição parcial “dentro da possessória”. Só se pode falar em parcial e total em uma perspectiva comparativa, ou “externa” – que tente contrapor um rito mais curto (personalizado, feito para lidar com as particularidades de um certo conjunto de caos concretos) a um modelo de rito “completo”, em que tudo poderia ser discutido.

Entretanto, do ponto de vista “interno” – isto é, olhando do interior de cada rito individualmente considerado –, o julgador sempre tem de ter uma cognição completa: ele sempre tem de analisar tudo aquilo a que o rito se dispõe. Ainda que o procedimento tenha limitações, isso não permite afirmar que o julgador analise apenas “um pedaço” das questões: todas as questões a serem discutidas *naquele rito* tem de ser analisadas (e aqui se aplica, mais uma vez, tudo o que já dissemos em relação ao devido processo cognitivo). Isso, para nós, faz com que toda cognição, para além de exauriente, sempre tenha de ser completa.

No mesmo sentido – afirmando que toda cognição sempre tem de ser completa e exauriente, devendo ser apreciado tudo o que constar dos autos (e decidido tudo aquilo que “couber” no procedimento, isto é, tudo aquilo que o legislador autorize o juiz a analisar *naquele caso*) – pensa Beclaute Oliveira Silva. Embora em sua tese de doutorado isso já tivesse sido brevemente afirmado,<sup>548</sup> o pensamento apenas foi desenvolvido posteriormente, em aulas e palestras das quais o autor participou nos últimos anos.<sup>549</sup>

Em verdade, grande parte das noções elaboradas neste item tiveram como alicerce as lições de Beclaute, que utilizamos, em um primeiro momento, como hipótese. Conforme íamos avançando na pesquisa (principalmente na pesquisa “extrajurídica”), fomos nos convencendo

---

548 Na tese, Beclaute limita-se a mencionar o seguinte, em relação às decisões no âmbito do rito do mandado de segurança: “Destá forma, não é o nível de cognição que determina o tipo decisório. Quem o determina é a lei, ou melhor, são as normas de estruturas presentes na Constituição e nas leis infraconstitucionais que estabelecem quem, quando, como e onde uma nova norma será criada, modificada, revogada ou confirmada. *Mas há cognição no mandado de segurança? Há! Todas elas exaurientes, ou simplesmente cognição, pois só o apelo a categorias da ciência natural concebe o escalonamento da cognição*”. Não há, contudo (ao menos em nossa opinião), um aprofundamento da ideia na tese. A passagem consta de SILVA, Beclaute Oliveira. *A cognição no mandado de segurança...*, op. cit., p. 264.

549 Não nos consta que o autor tenha escrito um artigo ou livro específico para veicular essa opinião. Consultando o currículo lattes de Beclaute, catálogos de bibliotecas de tribunais (TRF-5, TJPE e TJAL), sítios eletrônicos de várias lojas e editoras que comercializam livros jurídicos (Amazon, Americanas, Saraiva, Forense/GEN, Juspodivm, Revista dos Tribunais), e os sumários de revistas especializadas (Revista de Processo e Revista Brasileira de Direito Processual), não encontramos nenhum trabalho dedicado especialmente a essa tese de que toda cognição será sempre exauriente. Há, entretanto, um vídeo do autor, de pouco mais de nove minutos, no qual ele expõe essa ideia. O vídeo pertence ao “falando de processo”, canal de vídeos sobre processo civil mantido pela Associação Brasileira de Direito Processual (Abdpro) – que até hoje, disponibiliza alguns desses vídeos no Youtube. No entanto, embora tenhamos o vídeo em arquivo, não o encontramos mais na página do canal neste sítio eletrônico (<https://www.youtube.com/channel/UC5CUG6bai1gUg5A-b2rqWHA/videos>), e tampouco conseguimos acessá-lo em consulta direta à página da Abdpro na internet (<http://www.abdpro.com.br/wp/>). Último acesso em 15.1.2020.

cada vez mais de que essa hipótese não só fazia sentido do ponto de vista do direito processual, como estava muito mais alinhada com a realidade da cognição enquanto fenômeno intelectual humano.

A elaboração da ideia de devido processo cognitivo reforçou ainda mais essa impressão. Afinal, pelas suas componentes vemos a imposição de uma série de deveres que incidem em todo e qualquer processo: dever de respeito ao contraditório substancial, à adequação procedimental, à cooperação, à publicidade, etc. Deveres que só podem ser fiscalizados mediante o respeito a um outro dever: o de fundamentação. E esse controle do comportamento do juiz é feito com o mesmo rigor, independentemente do rito ou do estágio em que se encontra o processo.

Tudo isso nos deu subsídios suficientes (em nossa opinião) para transpor as ideias de Beclaute da posição de “hipótese” para a de “alicerce” do nosso pensamento. Depois de tudo o que dissemos, estamos (ao menos no momento) *certos* de que toda cognição sempre tem de ser exauriente, cheia, completa, de acordo com o que pode ser decidido nos autos no momento da análise. Eventuais discussões sobre a formação de coisa julgada, e a existência de decisão que julgue o mérito, em caráter definitivo, dizem respeito a esses institutos (“coisa julgada” e “mérito”), não interferindo em nada no conceito (e, conseqüentemente, de um modo mais amplo, na teoria) da cognição.

Mas esta é a *nossa* certeza. Acreditamos na correção de nossa posição, embora não pretendamos que ela reflita verdade alguma. Discordâncias e críticas serão muito bem-vindas. Estamos dispostos a debater a respeito da nossa posição, desde que os questionamentos sejam feitos nas mesmas bases dos nossos: através de uma discussão sadia (ainda que inflamada) de ideias, e sem argumentos *ad hominem*.

## 5.6 Nossa proposta de conceito para a cognição judicial: combinando ideias “como quem junta tijolos”

Como deixamos claro desde o princípio, nosso objetivo, neste trabalho, nunca foi rejeitar, desconsiderar, “destruir” o conceito tradicional de cognição judicial. Apenas consideramos que ele é incorrigivelmente incompleto. Dizer que cognição é um “processo mental de análise de fatos e provas” está, de certo modo, correto, mas não diz *absolutamente nada* a respeito das suas nuances.

E se o conceito não diz nada a respeito do fenômeno ao qual se refere, qual sua utilidade, e como podemos esperar construir qualquer coisa (teoria ou prática) a partir dele? Pior: se não tivermos noção alguma acerca das particularidades do funcionamento da cognição humana,

como saberemos até que ponto é possível estabelecer balizas à formação do convencimento dos magistrados?

Com base nessas preocupações, a trajetória que percorremos nestas páginas teve o objetivo de acrescentar novos predicados ao conceito – *aproveitando, contudo, essa parte mais genérica, que já existia*, e que servia, ao menos, como um começo, um ponto de partida. A ideia, portanto, era reconstruir o conceito, *reutilizando o material que já estava disponível*.

E foi isto que fomos fazendo, paulatinamente, ao longo do texto: em cada item de cada capítulo, fomos colocando um tijolo após o outro, e cimentando (na medida do possível para as dimensões da nossa pesquisa) a conexão entre eles, visando a levantar um “edifício conceitual” mais rico, mais útil, e mais alinhado com os conhecimentos de que dispomos nos dias atuais.

Nesse sentido, o “analisar fatos e provas” é, ao mesmo tempo, mantido e reciclado, para que possamos compatibilizá-lo com o projeto arquitetônico desse outro edifício, que agora pretendemos erguer. Para suportar o peso dos novos andares, o conceito tradicional precisa, primeiro, ser desmontado.<sup>550</sup>

Só depois de remover aqueles “vícios conceituais”, decorrentes da forma de utilização do edifício antigo, é que podemos incluir novamente a “matéria-prima” reaproveitável, erguendo a nossa estrutura como um todo mais ou menos harmônico (mas que não se pretende uma construção definitiva, tampouco algo “intrinsecamente melhor” que outras obras que possam ser edificadas).

Nesse passo, no primeiro capítulo nós vimos a “ferrugem”, as “infiltrações”, o “mofó” da estrutura antiga. Ao tentar apresentar ao leitor uma visão panorâmica do estudo da cognição judicial em nosso país, constatamos como a falta de aprofundamento do conceito tradicional torna o instituto refém de ideias racionais-iluministas – e, especialmente, da crença na capacidade de o homem encontrar a verdade.

Conscientemente ou não, os processualistas brasileiros continuaram a trabalhar com a cognição como se os “furos” na estrutura mal projetada não existissem. Assim, concentraram seu trabalho no estudo das dicotomias entre questões (questão de fato x de direito; prejudicial x preliminar, etc.), e nas relações entre cognição, mérito e coisa julgada. Fizeram tudo isso de dentro do edifício conceitual antigo – imperfeito, genérico, e vulnerável a ser preenchido por

---

550 Etapa em que passaremos ao conserto e à reciclagem das ferragens, tijolos e demais matérias-primas da antiga construção, reciclando o que puder ser reaproveitado, e removendo a ferrugem e os demais frutos do desgaste do tempo.

qualquer ideologia com força suficiente para se impor –<sup>551</sup>, ignorando que ele já apresentava desgastes aparentes há um tempo considerável.

Com isso, a ideologia em torno da “verdade” foi a que terminou se firmando no estudo da cognição, e envolvendo seu conceito tradicional. Ela remete ao otimismo dos iluministas, que tentaram levar a cabo as promessas epistemológicas do racionalismo. De lá para cá, muita coisa mudou: encontramos novos limites; as ciências exatas reconheceram sua falibilidade; tivemos a virada linguística; descobrimos um sem-número de novas tecnologias, que possibilitaram o avanço nas pesquisas em todos os ramos do saber.<sup>552</sup> Mas não alcançamos nem a verdade e nem o progresso prometidos.

Enquanto as outras áreas do conhecimento foram aprendendo a lidar com nossa falibilidade, os processualistas continuaram ignorando-a, mantendo a cognição judicial centrada na ideia de verdade (que passou, então, a ser chamada de “relativa”, “processual”, “possível”, “provável”, etc.). Alheios ao que acontecia “nos prédios ao lado” (isto é, naqueles outros ambientes em que se estudava a cognição humana), continuamos a defender, como um “mantra”, que o objetivo da tal “análise cerebrina de fatos e provas” seria “alcançar a verdade” e a “certeza”, “reconstruindo os fatos” para “descobrir o que realmente aconteceu”. Em consequência da nossa dificuldade de interação com outros pesquisadores, paramos no tempo.

Detectando essa falta de “atualização conceitual”, resolvemos estudar a cognição de modo diferente. Não “novo” nem necessariamente melhor. Apenas diferente. Entendemos que as limitações do conceito tradicional exigiam uma reconstrução completa, que só poderia ser feita mediante um trabalho interdisciplinar. Não tínhamos condições de abordar todas as disciplinas que estudam a cognição. Sequer tínhamos espaço para apresentar de maneira minimamente aprofundada algumas noções de uma ou duas áreas do conhecimento. Mas, mesmo assim, consideramos que era preciso tentar recuperar ao menos parte do atraso no estudo da matéria – agregando, dentro das nossas possibilidades, noções de outras áreas para, posteriormente (ao fim do trabalho), incorporá-las ao Direito (*rectius*, ao conceito de cognição judicial).

Dadas as limitações desta obra, nos concentramos em duas frentes: antes de voltar às limitações impostas pelo Direito propriamente dito (capítulo 4), resolvemos buscar alguns

---

551 Afinal, quando a esmagadora maioria da doutrina não se preocupa em definir de modo mais preciso em que consiste a tal “análise de fatos e provas”, ela fica refém de um ou outro conjunto de ideias, que consiga preencher esse conceito da maneira que lhe parecer mais adequada, e impô-lo ao restante da comunidade acadêmica.

552 Entre vários outros eventos igualmente importantes, que não temos espaço para mencionar aqui.

aportes básicos de neurociência, psicologia (capítulo 2) e epistemologia (capítulo 3).<sup>553</sup> E tudo o que trouxemos pode, segundo pensamos, ser agregado ao conceito tradicional, para nos ajudar na construção do nosso “edifício”.

Primeiro, temos de repetir que a cognição é exercida pelo magistrado em qualquer momento do processo, e em qualquer fase deste. Essa é uma premissa que já constava do início do capítulo 1, e que foi confirmada pelos nossos estudos da mente, empreendidos no capítulo 2. Não se pode, portanto, falar em processo sem cognição. Mesmo em caso de inépcia total da inicial (ou seja, mesmo quando o autor anexa um arquivo em branco como exordial), o julgador ainda tem alguma coisa para analisar. Ele deve oportunizar a emenda, e mesmo que essa não seja feita, não se pode dizer que não houve exercício cognitivo. Afinal, o juiz analisou tudo o que tinha para analisar nos autos, constatando, ao final, que houve um erro insanável do autor – razão pela qual extinguiu o processo sem declarar o direito. Até em casos como esse há exercício cognitivo.

Vimos que o cérebro humano é uma máquina complexa, porém limitada, que funciona através de análises multifatoriais, das quais participam influxos emotivos e operações mais “calculadas”. Algumas das nossas análises são mais apressadas, outras mais demoradas, por uma variedade de fatores: pressa, falta de informação, baixo risco aparente de uma escolha não-ótima, etc.

A racionalidade humana abarca todo esse conjunto de análises, sendo, portanto, passível de erros (vieses cognitivos). Ainda assim, mesmo que jamais possamos garantir que nossas escolhas sejam “perfeitas”, decidir é um imperativo da vida humana. Temos, então, de tentar refletir, para tomar a opção que pareça melhor em cada caso, de acordo com as informações ao nosso alcance em cada momento.

Tudo isso se aplica à cognição judicial, independentemente da vontade dos nossos julgadores, e das prescrições do direito positivado. Decorre do fato de nossos juízes serem humanos. Logo, para além de estar sempre exercendo cognição, o julgador o faz por intermédio de um cérebro limitado, sujeito a vieses cognitivos e a influxos emotivos. A “análise de fatos e provas”, portanto, está sujeita a essas limitações – que podem, até certo ponto, ser

---

553 Como já dissemos na introdução, outros campos importantes (como retórica, hermenêutica e teoria da linguagem) tiveram de ser “cortados”, sob o risco de inviabilizar o término da pesquisa. Não era, ademais, nosso objetivo tratar deles: há muitos trabalhos recentes, mesmo em processo civil, estudando princípios, interpretação, signos, virada linguística, e análise do discurso. Há diversos autores trabalhando com Heidegger, Gadamer e Wittgenstein, e até mesmo com Viehweg e Perelman. Mas praticamente não encontramos estudos falando das contribuições que a psicologia e a epistemologia podem dar ao estudo da cognição judicial (aqueles que encontramos, citamos ao longo do texto). Por essas razões, focamos nesses dois campos (o que, de qualquer forma, ainda foi feito de maneira extremamente superficial).

compreendidas e atenuadas (de acordo com aquilo que se queira privilegiar em cada análise judicial), mas nunca totalmente superadas.

Se as limitações cognitivas de nossos cérebros não pareciam argumento suficiente para comprovar que não podemos alcançar a verdade, então os estudos epistemológicos serviram para lançar a pá de cal nesse (reconfortante, porém utópico) conceito. A combinação de biologia, neurociência, psicologia e epistemologia parece deixar claro que o ser humano é incapaz de alcançar respostas definitivas sobre qualquer assunto.

Antes de chegarmos nas teorias que rotulamos “contemporâneas”,<sup>554</sup> tivemos de conduzir o leitor por um percurso pela epistemologia, para mostrar como a ideia de verdade foi sobrevivendo, de Platão e Aristóteles, até os nossos dias. Esperamos que o passeio não tenha sido de todo enfadonho. O objetivo era mostrar como a verdade entrou (e permaneceu) na ciência do Direito – isto é, tentar esboçar como chegamos àquele cenário de “culto” à busca da verdade, denunciado no capítulo 1.

Pode ter ficado longo (ou curto) demais, e a exposição das ideias dos vários pensadores citados pode até soar “caricata” e “grosseira” aos que já se aprofundaram em suas obras. No entanto, considerando que grande parte dos processualistas não costuma sequer mencionar nenhum desses autores de epistemologia, optamos por fazer algo mais simples – que expusesse, de modo relativamente didático, as ideias que julgávamos mais importantes, sem mergulhar muito fundo em um *habitat* que pudesse causar desconforto aos juristas.

Ao fim da análise epistemológica, constatamos que a verdade é um ideal inalcançável, e mais uma vez destacamos que várias áreas do saber já aceitaram as limitações inerentes à produção humana de conhecimento.

Apesar disso, afirmamos, ao final do capítulo 3, que, mesmo diante da impossibilidade de alcançarmos a verdade, não podemos desconsiderar as nossas possibilidades (ainda que limitadas) cognitivas. Afinal, foi com esse aparato falível que chegamos ao nível de conhecimento que hoje possuímos. E, apesar de essas descobertas não terem trazido o progresso prometido pelos iluministas, consideramos que a ciência ao menos traz um *potencial* de melhoramento da nossa qualidade de vida.<sup>555</sup>

---

554 Embora reconheçamos que o adjetivo não é de todo correto, já que as teorias mencionadas têm algumas décadas de formulação.

555 Respeitamos opiniões discordantes, mas cremos que, apesar das novas mazelas, a qualidade de vida de hoje pode ser muito melhor que a de dois ou três séculos atrás.

Assim, entre a verdade dos iluministas (defendida até hoje pela maioria da doutrina processual que estuda a cognição) e o relativismo radical dos “pós-Modernos”, qual o meio-termo? Qual o equilíbrio?

Bem, em nossa opinião, equilíbrio mesmo não há. Nunca haverá. A partir do momento em que removemos a verdade e a certeza, passamos a trabalhar no plano da incerteza, do falibilismo, do conjectural, do provisório, daquilo que serve “por enquanto”. Dentro desse contexto, a determinação do equilíbrio é sempre algo discricionário, arbitrário.

Ainda assim, cremos que isso seja melhor do que os dois extremos, e temos nossa proposta: segundo pensamos, precisamos apostar em *standards* epistêmicos realizáveis, mais humildes. Na falta de outra expressão que parecesse melhor que “probabilidade”, “confiabilidade”, e de qualquer outra que surja como uma tentativa de adjetivação da verdade (“verdade relativa”, “verdade possível”, etc.), ficamos com “*verossimilhança*”. Não no sentido de compatibilidade com o que ordinariamente acontece, mas como aquilo que, *no caso concreto* (isto é, diante das informações ao nosso dispor *naquele momento*), *pareça* mais correto.

Afinal, a busca da verdade prega uma utopia inalcançável, e o relativismo radical termina conduzindo à inação. Verossimilhança é, sim, palavra que alude a uma *aproximação* da verdade (uma verdade que nunca chegará), mas apenas isso: aproximação.

Diante da necessidade de decidir, que optemos, então, pelo que parece melhor, e que afirmemos o porquê de entendermos essa opção como mais adequada. De todo modo, isso deve ser feito com uma certa “humildade”, sem nenhuma pretensão de que a resposta represente uma escolha perfeita, definitiva, ontologicamente superior. Toda resposta humana, para qualquer problema, será sempre uma solução provisória, precária (uma “gambiarra”, como menciona Feyerabend). Ela pode até continuar a nos servir bem por anos a fio, mas permanece indefinidamente em aberto.

Por outro lado, entendemos que toda decisão tem de estar baseada em alguma coisa. Do contrário, só nos restaria a dominação, a arbitrariedade pura no exercício do poder. E com isso não conseguimos concordar.<sup>556</sup>

Assim, temos que o conhecimento, embora imperfeito, tem sua função, e consegue servir como parâmetro para a tomada de decisões que ao menos *pareçam* adequadas (embora jamais tenhamos garantia alguma de que realmente o sejam). Ele serve, como já dissemos no item anterior, para que enfrentemos os mais variados problemas que nos sejam apresentados: guardadas as devidas proporções, serve para escolhas banais do nosso cotidiano, para a

---

556 Opinião que veiculamos como premissa na introdução, e que mantivemos, mesmo após todas as leituras feitas ao longo da elaboração deste trabalho.

produção de conhecimento, e para a análise cognitiva que precede a redação de pronunciamentos judiciais.

O julgador, portanto, está sempre exercendo cognição; esta é feita por intermédio de um cérebro limitado e propenso ao erro; e sua capacidade de análise epistêmica – isto é, sua capacidade de fazer a tradicional “análise de afirmações e provas” – é incontornavelmente limitada e incapaz de garantir o alcance da verdade. Ainda assim, vedado o *non liquet*, ele tem de decidir, elegendo a versão que lhe pareça mais verossímil.

Mas não é só isto! Além dos condicionantes biológicos, psicológicos e epistêmicos, o julgador ainda está sujeito às previsões normativas, àquela seleção de valores transposta, pelo legislador, do plano axiológico para o deontológico.

Nessa “seleção da melhor versão”, o julgador deve respeitar o devido processo legal – que, para regular a cognição, desdobra-se em “devido processo cognitivo” e dever de fundamentação específica. Desta feita, tanto os pronunciamentos judiciais, como a cognição que lhes precede, hão de ser realizados conforme os ditames da ordem jurídica (respeito ao contraditório, isonomia, juridicidade, etc.).

Por fim, detectamos que a combinação de todos esses elementos, desenvolvidos ao longo de todo o trabalho, revelavam que, dentro dos limites de todo e qualquer caso concreto, o julgador não apenas está sempre exercendo cognição, como o faz de modo total e exauriente – *já que, em toda e qualquer fase de qualquer caso, o ordenamento exige que o julgador analise tudo o que conste dos autos, e se pronuncie minuciosamente a respeito de como essa análise foi feita.*

Chegamos, por fim, ao ponto final deste trabalho. Ao menos por enquanto, nosso edifício fica assim: *a cognição judicial é 1) uma análise complexa de versões apresentadas no processo – apresentadas por meio do conjunto probatório composto pelas alegações e pelas provas, já que, como dissemos, nisto estamos plenamente de acordo com o conceito tradicional; análise que 2) necessariamente antecederá todo e qualquer pronunciamento judicial, e que 3) sempre estará invariavelmente sujeita às contingências do funcionamento do cérebro humano: influxos emotivos, vieses cognitivos e incerteza inevitável, decorrente das limitações das nossas possibilidades de conhecimento da realidade.*

*Essa análise não é, de modo algum, livre, devendo 4) atender aos imperativos do devido processo cognitivo (aos quais o julgador deverá reportar-se, quando do exercício do seu dever de fundamentação). Como fruto da atuação combinada de várias componentes do devido processo cognitivo, impõe-se ao julgador que, antes de decidir, aprecie tudo o que estiver nos*

*autos – o que faz com que 5) todo exercício cognitivo do magistrado seja sempre total e exauriente.*

## 6. Conclusão

Iniciamos este trabalho com a impressão de que o estudo da cognição judicial vinha sendo feito de forma inadequada pela doutrina processual civil brasileira. Nossas suspeitas se confirmaram ao longo da pesquisa. De fato, constatamos que o tema não é só é pouco estudado, como, quando o é, é abordado de maneira extremamente superficial.

Diante da imensidão do tema, e dos nossos limites espaciais e temporais, buscamos voltar nossas atenções para aquilo que parecia mais urgente a um tratamento adequado da matéria. Decidimos, então, concentrar nossos esforços no conceito de cognição judicial, transformando este trabalho numa espécie de “primeiro passo”, ou “primeiro degrau”, para uma retomada do estudo da temática.

Fizemos isto não só para melhor alinhar o texto às limitações inerentes a esta pesquisa. Era preciso começar pelo conceito de cognição, porque a formulação tradicional que a doutrina costuma dar-lhe revela-se, se não equivocada, irremediavelmente incompleta.

Cognição é, sim, análise sobre alegações e provas apresentadas diante do magistrado em um processo judicial. Mas em que consiste tal análise? Quais os seus limites? E o que se pretende provar, ou melhor, o que o ordenamento exige que se prove?

Estas foram algumas perguntas que tentamos enfrentar. Obviamente, são perguntas que jamais poderiam ser respondidas apenas com este trabalho – mas decidimos, ainda assim, enfrentá-las, mesmo que nossa abordagem também se revelasse incompleta. Este trabalho pretende ser, como já dissemos inúmeras vezes, um trabalho de exortação à comunidade acadêmica. Não tínhamos problema algum com isto antes de começarmos a elaborá-lo, e saímos da pesquisa com a convicção ainda mais fortalecida no sentido de ser impossível pretender elaborar um trabalho completo sobre cognição (mesmo que se dedique uma vida inteira apenas para o estudo do tema).

O que descobrimos? Constatamos que, se quisermos saber em que consiste a cognição judicial, precisamos, primeiro, aceitar que o juiz é um ser humano. Parece algo óbvio, mas traz consequências importantes no estudo da matéria. Enquanto humano, o julgador está sujeito às mesmas limitações e contingências de qualquer componente da espécie. Essas limitações não são estudadas pelo Direito, mas por outras áreas do conhecimento, como psicologia, neurociência e epistemologia. Se quisermos respostas, precisamos, primeiro, ir até elas, compreender sua linguagem, para, só depois, retornar ao Direito, compatibilizando suas contribuições com as restrições específicas que o ordenamento jurídico impõe aos nossos magistrados.

Foi isto que tentamos fazer. Na medida do possível, tentamos angariar algumas noções dessas áreas, com o intuito de realizar um estudo interdisciplinar da cognição. Percebemos que, como o Direito não fornece, sozinho, respostas para as nossas preocupações, a única alternativa, para que pudéssemos tentar respondê-las, e oferecer um conceito de cognição mais completo, seria recorrer à interdisciplinaridade.

Se não nos aprofundamos suficientemente em nenhum dos assuntos, acreditamos ao menos ter conseguido introduzir algumas ideias que não costumam chegar ao conhecimento dos juristas. Os iniciados no estudo da psicologia, da filosofia e da epistemologia podem até achar grosseiras nossas abordagens. Mais uma vez, reconhecemos as dimensões limitadas do nosso estudo, e ressaltamos o caráter introdutório da obra. Para aqueles que já estudaram as matérias não-jurídicas aqui abordadas, nossas observações podem, de fato, parecer até infantis. No entanto, pensamos, também, naqueles que jamais tiveram contato algum com as ideias aqui expostas (tais como as noções referentes a vieses cognitivos, limitações biológicas do conhecimento, papel das emoções na tomada de decisões, e limites ao conhecimento da realidade fenomênica) – tentando, na medida do possível, elaborar algo que fosse, a um só tempo, didático e suficientemente aprofundado para os nossos propósitos.

Aqueles que julgarem insuficiente podem, aliás, consultar diretamente as obras referenciadas, muitas incluídas especificamente com este objetivo: como muito do que lemos não “cabia” mais no texto, incluímos vários livros e artigos como sugestão de aprofundamento. Ainda assim, é preciso, mais uma vez, advertir o leitor acerca da impossibilidade de esgotar o tema, por mais que ele pretenda “mergulhar” nele.

Verificada a influência da nossa biologia, dos vieses cognitivos, das emoções e, ainda, as limitações de toda e qualquer forma de conhecimento humano, concluímos que a análise cognitiva realizada por magistrados é imensamente mais complexa do que a doutrina costuma afirmar. Nunca seremos totalmente livres do influxo dos vieses e das emoções, e jamais poderemos afirmar, em definitivo, termos chegado à verdade sobre qualquer fato ou objeto observado.

Para piorar ainda mais nossa compreensão do tema, o Direito impõe suas próprias restrições, exigindo não só fundamentação, mas determinando como o julgador deve portar-se, isto é, como deve exercer cognição diante das versões apresentadas pelos demais sujeitos processuais (partes, eventuais terceiros intervenientes, testemunhas, peritos, etc.). Esse “direcionamento jurídico” é, além disto, fruto da positivação (democrática ou autoritária) de determinados valores, componentes da ideologia aceita, ou simplesmente dominante, em determinada comunidade humana historicamente situada.

No caso do nosso país, que hoje constitui um Estado Democrático de Direito, enxergamos o conjunto dessas prescrições, que condicionam o exercício cognitivo dos magistrados, como uma projeção ou desdobramento do devido processo legal, que aqui chamamos de “devido processo cognitivo”. Este é concretizado pelo conjunto das garantias processuais dos litigantes, encaradas não apenas em perspectiva *formal*, mas *substancial*.

Contraditório e isonomia materiais, cooperação, duração razoável e fundamentação detalhada são apenas algumas das componentes mais facilmente detectáveis do devido processo cognitivo. Seu papel é guiar a análise realizada pelo magistrado, com o objetivo de conduzi-la na direção daquilo que determinada sociedade entendeu como sinônimo de decisão sistemicamente adequada, razoável ou, se se preferir, “justa”.

*Para tanto, os Poderes constituídos (democraticamente, no caso brasileiro) selecionam aqueles valores, que consideram capazes de traduzir adequadamente a noção abstrata e indeterminada de “justiça”, e os transpõem do plano axiológico para o deontológico, típico das normas jurídicas. Ao fazê-lo, concedem (certa) determinação a noções abstratas como “justiça”.*

Entendido nesses termos, o devido processo cognitivo é o *standard* de qualidade de qualquer pronunciamento judicial em nosso país. Ele impõe amarras não só à *redação* da decisão, mas a *toda e qualquer análise* realizada por magistrados ao longo da condução de *qualquer tipo de procedimento*. Logo, o que se exige do juiz, no processo, não é o ideal abstrato de “busca da verdade”, mas o cumprimento, na maior medida possível, das componentes do devido processo cognitivo. Estas, se encaradas em uma perspectiva material, traduzem o parâmetro do que se entende por decisão correta em um Estado Democrático de Direito.

Além disto, já trazem exigências suficientemente rigorosas para o magistrado, impondo, no processo, a escolha da versão que lhe pareça mais alinhada aos ditames do direito positivo – e isto somente após administrar o cumprimento do contraditório efetivo, da isonomia, do direito à prova, da duração razoável, da cooperação, da publicidade, etc. É a tais exigências, portanto, que o juiz deve obediência. Elas estipulam o “sarrafo” a ser alcançado – sarrafo este que, ao menos em nosso sistema, já é consideravelmente alto para as limitações cognitivas humanas, e para as limitações temporais ligadas à efetividade do processo.

Combinando tudo isto, chegamos à conclusão de que um conceito mais completo de cognição judicial seria, para além de uma análise de alegações e provas (conceito tradicional, até certo ponto correto, mas inacabado), o de uma análise complexa de versões apresentadas no processo (apresentadas por meio do conjunto probatório composto pelas alegações e pelas provas: nisto estamos plenamente de acordo com o conceito tradicional); *análise que*

*necessariamente antecederá todo e qualquer pronunciamento judicial, e que sempre estará invariavelmente sujeita às contingências do funcionamento do cérebro humano: influxos emotivos, vieses cognitivos e incerteza inevitável, decorrente das limitações das possibilidades de conhecimento da realidade.*

Essa análise ainda é determinada pelo *devido processo cognitivo*, que nada mais é do que a projeção, sobre a cognição judicial, das exigências do devido processo legal, estipuladas na tentativa de explicitar o que determinada sociedade entende como “cognição adequada”. Almejando dar um grau maior de concretude a valores abstratos e destituídos de caráter deontológico, transfere-se uma determinada concepção destes valores às normas, por meio da positivação, com o objetivo de deixar claro aos juízes as balizas que o Direito impõe à sua atividade cognitiva.

Também em decorrência do devido processo cognitivo, toda cognição exercida pelos nossos magistrados há de ser, necessariamente, total e exauriente. *Como todo pronunciamento judicial deve ser precedido da análise de tudo aquilo que constar dos autos até aquele momento, e tendo em vista que essa análise tem de ser devidamente exposta na fundamentação (momento em que poderemos fiscalizar se o julgador realmente cumpriu aquilo que o ordenamento exige dele), entendemos que a noção de “processo devido” vigente em nosso sistema impõe que todo exercício cognitivo dos nossos juízes seja sempre completo, total e exauriente.*

*Reforce-se, no entanto, que ele será completo, total e exauriente para aquele momento – e dentro, obviamente, dos limites procedimentais preestabelecidos pelo legislador (os quais, relembremos, constituem mais uma manifestação do devido processo cognitivo, que também é concretizado pelas noções de flexibilização e adequação procedimental).*

Este é o nosso conceito de cognição judicial. Ele admitidamente permanece em aberto, incompleto, inacabado. Mas isto é uma consequência natural do estudo do tema. Esperamos, sinceramente, que outros processualistas percebam o quão defasados estamos no estudo do assunto, e retomem as pesquisas de onde paramos, superando nossa singela contribuição por meio do acréscimo de novas “partes” ao conceito – ou mesmo partam de premissas totalmente diversas, apontando nossos erros e nossas contradições, e propondo formulações totalmente diferentes. Não é nosso objetivo, de maneira alguma, oferecer um conceito pronto e acabado – e, muito menos, um que se pretenda imune a críticas (o que seria, aliás, impossível) – de cognição judicial.

Na verdade, se há uma conclusão “secundária” que tiramos deste trabalho é, justamente, *que o conhecimento é dinâmico, e sempre provisório, pela própria impossibilidade humana de*

*atestar, em caráter definitivo, ter-se chegado à verdade na resposta a qualquer problema.* O ciclo da ciência é constante, um fluxo permanente de hipóteses e refutações, no curso do qual cremos (com um otimismo meio pueril, embora estejamos cientes dos entraves e das arbitrariedades que geralmente interferem no funcionamento desse mecanismo) ser possível chegar a proposições ao menos aparentemente mais confiáveis. Talvez possamos, até mesmo, em determinadas situações, chegar a enunciados extremamente verossímeis – no sentido de “aparência de verdade”, e não no de *id quod plerumque accidit* (isto é, de “aquilo que geralmente acontece”), mais relacionado à noção de “máxima da experiência”. Ainda assim, mesmo estes casos jamais podem pretender-se definitivamente verdadeiros.

Chegamos até aqui, conseguimos algumas respostas, mas saímos da pesquisa com ainda mais perguntas. Não só em relação à cognição humana (perguntas sobre esta nunca nos faltarão), mas em virtude de algumas dúvidas específicas, que surgem das afirmações feitas no capítulo 4. Afinal, se todo e qualquer pronunciamento judicial é precedido de cognição, o que isto diz em relação ao conceito de mérito? Se toda cognição é exauriente para o momento em que exercida, então todo pronunciamento judicial é, em um certo sentido, uma análise de mérito? Ou, para além de sê-lo, ele já representaria um certo julgamento do mérito, julgamento este que não se confundiria com aquele relacionado à sentença declaratória, que se pretende definitiva e aspira à formação de coisa julgada material? O que, afinal, é mérito? E como uma reconstrução do seu conceito impactaria a ciência e a prática do processo civil brasileiro?

Eis a “eterna magia” da pesquisa: quando feita com seriedade, paixão e afinco, ela tem esse costume de nos seduzir com uma promessa de respostas – só para, ao final, transformá-las em outras perguntas, deixando-nos, quase sempre, com um “gostinho” de “quero mais”.

## Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito – Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, v. 1.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Verdade e conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, ano de 2011, número 2, abril de 2011, p. 1–39.
- ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v. 1 e 2.
- \_\_\_\_\_. *Prova e convicção*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- ARISTÓTELES. Tópicos e Dos argumentos sofisticos em *Coleção Os Pensadores – Aristóteles*, Vol. 1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Metafísica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a Alma*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010.
- AROCA, Juan Montero. *La paradoja procesal del siglo XXI – los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- \_\_\_\_\_. *La prueba en el proceso civil*. 5ª ed. Madri: Civitas, 2007.
- ASK, Karl; e GRANHAG, Pär Anders. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. Vol. 2, número 1, janeiro de 2005, p. 43–63.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, tomos I e II.
- AVELINO, Murilo Teixeira. *O controle judicial da prova técnica e científica*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?” *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 33, n. 163, setembro de 2008, p. 50–59.
- AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

- BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico* – contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BOEHNKE, Kevin. Heuristics take flight! *Thought and Awe*. Publicado originalmente em 05.03.2014, e disponível em <http://www.thoughtandawe.net/general-science/heuristics-take-flight/>. Último acesso em 30.1.2020.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRAGA, Paula Sarno, DIDIER JR, Fredie e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza* – como a neurociência explica a convicção. São Paulo: Blucher, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”, em GALDINO, Flavio; KATAOKA, Eduardo Takemi; e TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011, p. 193–210.
- \_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista de Diritto Processuale*. Pádua: Cedam, anno LX, n. 2, aprile-giugno 2005, p. 449–464.
- \_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da e DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais* – dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- CARROLL, Lewis. *Alice's adventures in wonderland and through the looking-glass*. Nova Iorque: Signet Classic, 2000. Versão digital (e-book).
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. *O “direito vivo” das liminares*: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. Normas fundamentais no novo CPC brasileiro em CAPELO, Maria José; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SILVA, João Calvão da; e THOMAZ, Osvir Guimarães (orgs.). *Processo civil comparado – análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017, p. 89–138.

\_\_\_\_\_. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 233, julho de 2014, p. 65–84.

\_\_\_\_\_; e DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 3.

DAMÁSIO, Antonio R. *Descartes Error: emotion, reason and the human brain*. Nova Iorque: Avon Books, 1995.

\_\_\_\_\_. *Em busca de Espinosa – prazer e dor na ciência dos sentimentos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. *Looking for Spinoza – Joy, Sorrow and the feeling brain*. Londres: William Heinemann, 2003.

\_\_\_\_\_. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

D’ANCONA, Matthew. *Pós-verdade – a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DELFINO, Lúcio e FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 255, Maio 2016, p. 141-166.

- DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Editora Perspectiva–Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Meditações Metafísicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito processual civil*. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1975.
- \_\_\_\_\_. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 34, abril-junho de 1984, p. 20–46.
- \_\_\_\_\_; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- EERLAND Anita; KUIJPERS Ilse; e RASSIN, Eric. Let's find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. Vol. 7, número 3, outubro de 2010, p. 231–246.
- EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. *Witchcraft, oracles, and magic among the azande*. Oxford: Clarendon Press, 1937.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Pádua: CEDAM, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FEYERABEND, Paul. Galileu e a tirania da verdade em *Adeus à razão*. São Paulo: Editora da Unesp, 2010, p. 295–314.
- \_\_\_\_\_. *Against Method*. 3ª ed. Nova Iorque: Verso, 1993.
- \_\_\_\_\_. How to defend society against Science. *Knowledge, Science and Relativism*. Philosophical papers, Vol. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 181–191.
- FINUCANE, Melissa L.; MACGREGOR, Donald G.; PETERS, Ellen; e SLOVIC, Paul. Risk as analysis and risk as feelings: some thoughts about affect, reason, risk, and rationality. *Risk Analysis*. Vol. 24, número 2, abril de 2004, p. 311–322.

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

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. O dever de fundamentação das decisões judiciais no CPC brasileiro em CAPELO, Maria José; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SILVA, João Calvão da; e THOMAZ, Osvir Guimarães (orgs.). *Processo civil comparado – análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017, p. 329–344.

GARNER, Bryan A. e SCALIA, Antonin. *Reading law: the interpretation of legal texts*. Saint Paul (Minnesota): West, 2012.

GIGERENZER, Gerd. Out of the frying pan into the fire: behavioral reactions to terrorist attacks. *Risk Analysis*. Vol. 26, número 2, abril de 2006, p. 347–351.

\_\_\_\_\_ ; HERTWIG, Ralph; e PACHUR, Thorsten (eds.). *Heuristics – the foundations of adaptive behavior*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

\_\_\_\_\_ ; e TODD, Peter M. Fast and frugal heuristics – the adaptive toolbox em GIGERENZER, Gerd; e TODD, Peter M. (orgs.). *Simple heuristics that make us smart*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 3–34.

GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a social world*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

GOMES, Fábio Luiz e SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, João Victor Silva. *Esboçando as bases do "devido processo cognitivo" – um estímulo à análise processual da formação do convencimento*. No prelo.

\_\_\_\_\_ ; e PROTO, Nathália de Carvalho Grizzi. *Thomas Vesting e a força simbólica da Constituição*. No prelo.

GROOTAERS, Jan-Lodewijk. *A history and ethnography of modernity among the Zande*. Tese de doutorado. Chicago: Departamento de Antropologia da Universidade de Chicago, 1996.

GRUETTER, Rolf; MCKENNA, Mary C.; SCHOUSBOE, Arne; SONNEWALD, Ursula; e WAAGEPETERSEN, Helle S. em ALBERS, R. Wayne; BRADY, Scott T.; PRICE, Donald L.; e SIEGEL, George J. (eds.). *Basic Neurochemistry – molecular, cellular and medical aspects*. 7ª ed. San Diego: Academic Press, 2006.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; e WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*. Ithaca (Nova Iorque): Cornell Law Faculty Publications, vol. 93, número 1, novembro de 2007, p. 1–43.

HAACK, Susan. *Evidence Matters – Science, proof and truth in the law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

- \_\_\_\_\_. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 99, julho-setembro de 2017, p. 15–41.
- \_\_\_\_\_. Post “Post-Truth”: Are we there yet? em HANSSON, Sven Ove (ed). *Theoria*. Oxford: Wiley, v. 85, número 4, Agosto de 2019, p. 258–275.
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – A brief history of humankind*. Nova Iorque: HarperCollins, 2015.
- HEISENBERG, Werner. *Physics and Philosophy. The revolution in modern Science*. Nova Iorque: Harper & Brothers, 1958.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2013.
- \_\_\_\_\_; e TVERSKY, Amos. Choices, values and frames em *Thinking, fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2013, p. 433–448.
- \_\_\_\_\_; e TVERSKY, Amos. Judgement under uncertainty: heuristics and biases em KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2013, p. 419–432.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory – A translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão de questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Prova judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise – contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. da UERJ, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Estratos do tempo – estudos sobre história*. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. da PUC-Rio, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Futuro passado – contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. da PUC-Rio, 2006.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. The essential tension: tradition and innovation in scientific research em *The essential tension – Selected studies in scientific tradition and change*. Chicago: The University of Chicago Press, 1977, p. 225–239.

- LAKATOS, Imre. *Proofs and refutations – the logic of mathematical discovery*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Investigaciones generales sobre el análisis de las nociones y las verdades*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Los elementos del derecho natural*. Madri: Ed. Tecnos, 1991.
- LEITE, George Salomão. A tópica jurídica como técnica de interpretação constitucional em LEITE, George Salomão; e STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Interpretação, retórica e linguagem*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 29–70.
- LIEBERMAN, Matthew D. *Social – why our brains are wired to connect*. Oxford; Oxford University Press, 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1.
- LINS, Artur Orlando. *A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro – fundamentos, concretização e limites dogmáticos*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual – os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese de doutoramento. São Paulo: USP, 2018.
- \_\_\_\_\_. *O dever de motivação das decisões judiciais – Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- LUD, Natanael; NUNES, Dierle e PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- LUNA, Rafael Alves de. *De Íkarus a Prometheus: o uso da prova científica no atual processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2018.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2009.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o novo direito processual civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência – Uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- \_\_\_\_\_. Epistemologia falibilista e teoria do Direito. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 1, 2014, p. 197–260.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação Jurídica – (in)compatibilidades entre a tópica e o processo*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo de Conhecimento & Cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2014.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

\_\_\_\_\_. *La logica delle prove in criminale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1895.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

MATTEI, Ugo e NADER, Laura. *Pilhagem – quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MCINERNY, Ralph e O'CALLAGHAN, John. “Saint Thomas Aquinas” in ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition). Disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas/>. Último acesso em 7.8.2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MESQUITA, Máira de Carvalho Pereira. *O contraditório no Estado constitucional brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Editor A. A. da Cruz Coutinho, 1871.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e questões preliminares em Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- NEVES, António Castanheira. *Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – por uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- PEREIRA, Mateus Costa. *A teoria geral do processo e seu tripé fundamental – racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica – nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1.
- PLATÃO. *Diálogos – I – Mênon, Banquete e Fedro*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Timeu–Crítias*. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo I.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV.
- \_\_\_\_\_. *O problema fundamental do conhecimento*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- \_\_\_\_\_. *The two fundamental problems of the theory of knowledge*. Abingdon: Routledge, 2009.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal – Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ROCHA, José de Moura. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1 e 2.

RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1979.

ROSA, Alexandre Morais da; e WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Entenda o que é a atuação contraintuitiva no processo dual. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual> Último acesso em 1.8.2019.

RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, livros 1, 2 e 3.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia – secularização e crise do pensamento jurídico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949, v. 1.

SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil de 2015 em COSTA, Eduardo José da Fonseca, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEREIRA, Mateus Costa (coord.). Coleção grandes temas do novo CPC, v.6, *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 319–342.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A História do Direito contemporâneo: um projeto possível? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, número 36, agosto de 2017, p. 20–35.

SHAYO, Moses e ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, número 3, Agosto de 2011, p. 1.447–1.484.

SICA, Heitor Victor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin*. Tese de doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

\_\_\_\_\_. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato em CAPELO, Maria José; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SILVA, João Calvão da; e

THOMAZ, Osvir Guimarães (orgs.). *Processo civil comparado – análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017, p. 1–27.

\_\_\_\_\_. Verdade como objeto do negócio jurídico processual em FREIRE, Alexandre, MACÊDO, Lucas Buril de e PEIXOTO, Ravi. *Provas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 283–306.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Teoria da ação cautelar em *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 63–79.

\_\_\_\_\_. *Do processo cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Processo e ideologia – O paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SLOVIC, Paul. *The perception of risk*. Nova Iorque: Earthscan, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>. Último acesso em 22.1.2020.

\_\_\_\_\_. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Último acesso em 22.1.2020.

\_\_\_\_\_. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios>. Último acesso em 21.1.2020.

\_\_\_\_\_. “O NCPC e as esdrúxulas “regras de experiência”: verdades ontológicas?” *Consultor jurídico*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas#_ftn1). Último acesso em 17.1.2020.

\_\_\_\_\_. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo. *Revista sequência*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, n. 74, dezembro de 2016, p. 115–136.

TALAMINI, Eduardo e WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, vol. 2.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- \_\_\_\_\_. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- \_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: CEDAM, 1975.
- \_\_\_\_\_. *La prova dei fatti giuridici – nozioni generali*. Milão: Giuffrè, 1992.
- \_\_\_\_\_. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990 v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1.
- TOMKOWSKI, Fábio Goulart. *Direito Tributário e Heurísticas*. São Paulo: Almedina, 2017.
- TOULMIN, Stephen Edelston. *The uses of argument*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- VESTING, Thomas. Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne em VESTING, Thomas e KORIOTH, Stefan (orgs.). *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung? Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 71–94.
- VIDA, Inmaculada Szmolka. Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos. *Revista de estudios políticos*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, n. 147, janeiro-março de 2010, p. 103–135.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. 2ª ed. Madri: Thomson-Civitas, 2007.
- WAAL, Frans de. *Good natured – the origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- WATANABE, Kazuo *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil – como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.