

STRECK, FONSECA COSTA, KAHNEMAN E TVERSKY: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo¹⁻²

STRECK, FONSECA COSTA, KAHNEMAN E TVERSKY: all against Michele Taruffo's
thesis os judges collecting evidence

Lúcio Delfino
Ziel Ferreira Lopes

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. O “juiz cientista” de Taruffo e a crítica hermenêutica de Lenio Luiz Streck; 3. A tese lógico-processual de Eduardo José da Fonseca Costa; 4. A contribuição da psicologia cognitiva de Daniel Kahneman e Amos Tversky; 5. Considerações finais.

RESUMO Enfrenta-se a temática dos poderes instrutórios do juiz com a finalidade de sublinhar seus prejuízos ao dever de imparcialidade dos juízes. De início, são expostos argumentos de Michelle Taruffo em defesa dos poderes instrutórios judiciais, juntamente com a crítica filosófica que lhes faz Lenio Streck. Na sequência, a tese desenvolvida pelo processualista Eduardo José da Fonseca Costa é anunciada a fim de também reforçar a incompatibilidade entre iniciativa probatória judicial e devido processo constitucional. Por fim, trabalha-se com a psicologia cognitiva de Kahneman e Tversky, sempre pontuando, ao longo de todo o texto, convergências entre aquilo que defendem com a processualística de Fonseca Costa e com a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Procurou-se demonstrar, enfim, a incoerência dogmática, a má apropriação científica e a deficiência na fundamentação filosófica do instituto, que seria expressão do ativismo judicial no campo probatório.

¹ Este texto foi elaborado em coautoria com a finalidade de ser utilizado como base para palestra ministrada por um dos autores (Lúcio Delfino) no *Congresso Pernambucano de Direito Processual Civil*, realizado pela OAB-PE, entre os dias 08 e 10 de julho de 2015, na cidade de Recife, coordenado cientificamente pelo professor Roberto Campos Gouvêia Filho. A versão final do trabalho sofreu aprimoramentos substanciais.

² Originalmente publicado: DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de Processo (RePro)*, 255, maio 2016.

· Pós-doutor em Direito Pública pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*. Advogado. E-mail: lucio.delfino.adv@gmail.com

· Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), sob a orientação do Prof. Lenio Luiz Streck. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq). Bolsista CAPES-PROEX. E-mail: ziel.lobes@outlook.com

Palavras-chave: poderes instrutórios do juiz; ativismo judicial; verdade; *confirmation bias*.

ABSTRACT This paper is about the powers of the judge to collect evidence. Our purpose is to discuss its damage to the duty of impartiality. First, we expose the arguments by Michele Taruffo, who defends judge's powers to collect evidence, and the critics that Lenio Streck make to his philosophical basis. Then, the thesis by the proceduralist José Eduardo da Fonseca Costa is announced to also reinforce the incompatibility of judicial evidentiary initiative and due constitutional process. Finally, we work with the cognitive psychology of Kahneman and Tversky, always clarifying, throughout the text, the convergences between what they advocate with the proceduralist of Fonseca Costa and the Hermeneutical Critique of Law Lenio Streck. We tried to demonstrate, finally, the dogmatic inconsistency, the scientific misappropriation and the problems in philosophical grounding of the institute, which would be an expression of judicial activism in the field of proof.

Keywords: judicial collect of evidence; judicial activism; truth; *confirmation bias*.

1. Introdução

A processualística brasileira entende, de modo geral e com gradações variadas, que o juiz contemporâneo tem por papel tornar realidade os chamados escopos da jurisdição (político, social e jurídico), se preciso for superando desigualdades técnicas e econômicas das partes e dos seus representantes. Não seria o juiz um "convidado de pedra"³ no palco processual, por estar compromissado em assegurar a igualdade de condições entre os litigantes, participando ativamente e influenciando no desenvolvimento do processo e na formação do conjunto probatório.⁴

A legislação processual brasileira segue tal orientação, como se constata pela leitura do art. 130 do CPC-1973, comando legal intensificado por outros mais específicos e com igual propósito (CPC-1973, arts. 342, 355, 382, 399, 416, *caput*, 418, II, 437 e 440). O novo Código de Processo Civil persiste nesse rumo (CPC-2015, art. 370). O que se tem, enfim, é um ativismo judicial probatório sistemático e não excepcional: o legislador atribuiu não só às partes, senão ao próprio juiz papel destacado na produção probatória.

³ A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira, em artigo já clássico: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54. Esse o trecho a ser destacado: "(...) para quem não simpatize (...) com a ideia de reduzir o papel do juiz ao de um 'convidado de pedra', o que se impõe é estimular o exercício dos mencionados poderes, proporcionando ao magistrado condições de trabalho capazes de permitir-lhe atuar com maior intensidade no particular, e acima de tudo promovendo um câmbio de mentalidade: o juiz tem de convencer-se de que podemos e devemos, sempre que necessário, cobrar-lhe maior contribuição na averiguação dos fatos."

⁴ Por todos, os ensinamentos de: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Há entendimentos divergentes, mas nada capaz de afetar minimamente o cotidiano forense. De todo modo, aqueles que se opõem ao entendimento majoritário procuram demonstrar que a postura ativa do juiz com relação à produção probatória afeta a sua imparcialidade⁵ e, por conseguinte, compromete uma das substâncias do *modelo constitucional do processo*, a saber, o direito fundamental ao juiz natural.⁶ Em contrapartida, os defensores da iniciativa probatória oficiosa trabalham com um raciocínio bastante sedutor e que, a cada dia, conquista mais adeptos: o juiz é incapaz de profetizar o resultado da prova determinada por sua própria vontade e, portanto, de saber a quem ela favorecerá, razões pelas quais não seria correto falar em adulteração da cláusula de imparcialidade.⁷

No atual momento histórico em que se situa o Estado Democrático de Direito, tendo-se em vista todo patrimônio teórico que se acumula contra o ativismo judicial, questiona-se mais seriamente, e *com argumentos novos*, a constitucionalidade de dispositivos legais que conferem ao juiz poderes para determinar, de ofício, a produção probatória. Mais ainda, trata-se de situar a questão dos poderes instrutórios em todo um estado da arte: desde uma reavaliação de sua própria coerência dogmática, passando pela correção no conteúdo e no uso das premissas empíricas assumidas, articulando tudo isso em uma autocompreensão paradigmática.

Para tanto, parte-se da emblemática tese de Michele Taruffo a favor dos poderes instrutórios do juiz e a crítica hermenêutica que lhe faz Lenio Luiz Streck. No plano da fundamentação filosófica, quer-se ressaltar a não superação do esquema sujeito-objeto pela linha doutrinária que epistemologiza (num sentido

⁵ Segundo pontua Fonseca Costa, a “[i]mparcialidade é atributo essencial de um juiz, não acidental. Trata-se de elemento integrado ao conceito mesmo de jurisdição. *Grosso modo*, o legislador cria o direito; o juiz aplica o direito como um terceiro revestido de garantias de imparcialidade; o administrador aplica-o como parte ou como um terceiro não revestido dessas garantias. Daí por que o juiz deliberadamente parcial não é juiz. É administrador travestido em juiz. É assistente social fantasiado com toga. É insurgente, que aprisiona o processo civil nos cárceres do direito administrativo. Como se não bastasse, “parcialidade positiva em favor do autor” equivale logicamente a “parcialidade negativa em desfavor do réu”. No entanto, inúmeros textos normativos nacionais e internacionais garantem ao réu um juiz imparcial (...). Se assim é, o “juiz positivamente parcial” não passa de fonte inexaurível de nulidades.” (FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 153-173).

⁶ Como se não bastasse o fato de que a doutrina geralmente extrai a cláusula da imparcialidade do direito fundamental ao juiz natural, lembre-se que o sistema constitucional brasileiro é *materialmente* aberto e, por isso, compõe-se também de direitos e garantias não previstas expressamente em seu texto. É o que se verifica da leitura do parágrafo 2º. do art. 5º. da Constituição Federal. Fiquemos apenas com o Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual toda pessoa possui o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (art. 8º.).

⁷ SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 117.

forte⁸) o processo judicial. A fim de engrossar o caldo doutrinário envolvido nesse debate, articula-se à crítica hermenêutica dois argumentos de registros distintos: ii) no plano da dogmática jurídica, a tese lógico-processual recentemente apresentada por Eduardo José da Fonseca Costa; iii) numa interlocução com outras áreas de conhecimento científico, a reafirmação do “*confirmation bias*” pela psicologia cognitiva de Daniel Kahneman e Amos Tversky.

2. O “juiz cientista” de Taruffo e a crítica hermenêutica de Lenio Luiz Streck

Em seu livro “Uma simples verdade”⁹ Michele Taruffo desenvolve o *realismo crítico* no direito, por meio do qual se reabilitaria a *concepção correspondentista da verdade*. 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. E vai além, sugerindo espécie de equiparação entre *processo* e *modelo de pesquisa científica*, por entender que a atividade jurisdicional deve estar *epistemologicamente* compromissada com a descoberta dos fatos da causa.

É em razão dessa sua perspectiva que aposta no juiz, agente pessoalmente desinteressado a quem competiria a *função epistêmica fundamental* na atividade jurisdicional. Assim, faria jus a amplos poderes instrutórios a fim de otimizar a apuração dos fatos, não se admitindo, de outro lado, que as partes sejam alçadas ao papel de atores institucionais mais relevantes no processo, haja vista que se apresentam pessoalmente interessadas no seu resultado.¹⁰ A passividade do juiz terminaria por desenvolver um papel contra-epistêmico: o palco processual seria dominado pelas partes que, na maioria das vezes, são indiferentes, e até mesmo *hostis*, em relação à verdade. Taruffo antecipa algumas defesas dessa proposta, entre as quais: i) nega que os poderes judiciais instrutórios entrem em contradição com o princípio dispositivo, pois as partes ainda poderiam produzir contraprovas ao juiz¹¹; e ii) minimiza a tese da contaminação judicial pela prova que mandou produzir (“*confirmation bias*”)¹².

Esse *status* epistemológico conferido ao processo judicial, e à ode que Taruffo elabora em homenagem a um tipo de “juiz-cientista”, foram combatidos

⁸ Moderno, metodológico.

⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

¹⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 201.

¹¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 207.

¹² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 204-205.

por Lenio Luiz Streck, em artigo intitulado “Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo”.¹³

Em suma: o fundador da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) contrapõe que os fatos não interessam ao processo segundo os mesmos critérios da verificabilidade empírica das Ciências Exatas. A pesquisa científica não é o procedimento ideal para o processo judicial. *Direito e ciência exata* não são coincidentes. O processo não pode ser espelho da realidade, correlação forçosa entre um suposto de fato e um tipo legal, porque trata do acontecer da norma no caso concreto, em que vários fatos e direitos já estão implicados. Eventualmente, determinado tipo legal não se seguirá de seu suposto de fato, sendo atravessado por outros elementos de um arranjo normativo complexo (v.g.: renúncia, prescrição, perda do objeto, ônus da prova e etc.). Mas isto não precisa ser menos verdade, menos controlável intersubjetivamente e etc.

De sua parte, ainda que Taruffo fale em controle intersubjetivo, nessa investigação do que realmente ocorreu, em que, curiosamente, o juiz seria o único cognitivamente qualificado, há uma mixagem insustentável de objetivismo e subjetivismo. Superando este esquema, Streck assinala a solução civilizada de conflitos que, inexoravelmente, abaliza-se por um “mínimo é” condicionante da tutela jurisdicional. Assim, não se trata de procedimentalização do direito num sentido estrito, pois não há renúncia aos aspectos contenciosos de correção; em última análise, trata-se da substancialização do processo.¹⁴

Na articulação entre teoria do conhecimento e política, é insustentável, no Estado Democrático de Direito, a obstinação em cultivar as bases teóricas do instrumentalismo processual, ideologicamente atreladas ao movimento de socialização do processo,¹⁵ sobretudo porque divorciadas da preocupação com o estabelecimento das condições de legitimação do provimento jurisdicional.¹⁶

¹³ STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo. **Revista Sequência** – estudos políticos e jurídicos, no prelo 2015

¹⁴ Trata-se de questão das mais complexas da Teoria do Direito contemporâneo. Para o momento, basta deixar claro que o substancialismo aqui defendido não é anti-procedimental, pois afirma o procedimento como “condição necessária” das Respostas Corretas; o nega apenas como “condição suficiente”. Aprofundando essa discussão, ao contrastar as categorias rawlsianas de justiça procedimental (pura, perfeita e imperfeita) com uma visão hermenêutica do constitucionalismo brasileiro: HOMMERDING, Adalberto Narciso. Procedimentalismo versus substancialismo: una vuelta de tuerca. In: BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro. (Org.). **Diálogo e entendimento**. v. 3, 2012, p. 257-268.

¹⁵ Por todos: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

¹⁶ Cf. CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2a. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. Ainda, ver interessante estudo de Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding em que demonstraram existir harmonia entre o procedimentalismo (de corte habermasiano, na leitura feita pela Escola Mineira de Processo – Ronaldo Brêtas, Aroldo Plínio Gonçalves, Dierle Nunes, André Leal, Marcelo Cattoni) e a postura substancialista (elaborada com base nas lições de Ronald Dworkin e Lenio Streck). Segundo esclareceram, a questão central do direito contemporâneo está no estabelecimento das condições de legitimação democrática do direito, em especial na problematização das condições de

Perceba-se que muitas das tais restrições “contra-epistêmicas” de que Taruffo faz alusão são *condições de possibilidade* para a própria atuação legítima da atividade jurisdicional, sendo impossível separar cirurgicamente cada qual delas, inerentes ou não ao procedimento (o respeito ao devido processo constitucional; a permissibilidade de uma instrução probatória adequada para que as partes tenham condições de confirmarem as afirmações sobre os fatos que alegaram; a reverência à legalidade constitucionalizada; uma adequada interpretação jurídica direcionada ao alcance de uma resposta correta à Constituição), a fim de se alcançar a “justiça” da decisão,¹⁷ como se tudo ocorresse em lances distintos e incomunicáveis. Aliás,

validade/legitimidade do provimento jurisdicional. E tal preocupação não se encontra presente no plano da teoria *bulowiana* da relação jurídica, que serve de aporte teórico ao instrumentalismo processual. Conferir: BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 73. Porto Alegre: AMP/RS, 2013. p. 183-206.

¹⁷ Sobre a problemática questão da “justiça”, é sempre prudente trazer à memória a advertência de Eugenio Bulygin: “*Now even if we admit that all legal authorities (kings, emperors, dictators, presidents, legislators, judges, etc.) necessarily make the claim that the norms issued by them are morally correct or just, what guarantee do we have that all of them understand the same thing by ‘moral correctness’ or ‘justice?’*” (BULYGIN, Eugenio. Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. In: **Ratio Juris**, 13. Junho 2000. Bologna: Carla Farralli. p. 133-137). Também sobre o sentido da “justiça”, conferir interessante ensaio de Atahualpa Fernandez: FERNANDEZ, Atahualpa. **Justiça e igualdade**: De onde surge o sentido do que é justo nos humanos (Parte 1). Disponível em: <www.emproiododireito.com.br>. Acessado: 17/07/2015. Na mesma linha, Georges Abboud e Guilherme Lunelli abordaram a temática da “justiça” atrelando-a ao ativismo judicial: “(...) a grande discussão é saber, mormente em sociedades plurais como a brasileira ou norte-americana, como e quem deve definir o que é justo, certo ou errado. Isto, pois, não parece ser possível relegar o problema a uma mera questão de escolha ou de convicção pessoal do julgador, como se este fosse uma espécie de ‘senhor dos sentidos’, legitimado a, de forma individual e *solipsista*, impor à toda coletividade o seu senso de justiça. Nos EUA, o ativismo judicial é alvo de constantes críticas exatamente porque, naquele país, já fora compreendido que posturas ativistas, em última medida, permitem que a magistratura, sem qualquer *accountability* eleitoral ou fidelidade aos textos legais, imponha suas preferências políticas à sociedade. O ativismo, então, é estudado enquanto um problema de legitimidade democrática. No Brasil, entretanto, longe de discutirmos a questão, presenciamos uma constante aposta (inclusive da própria doutrina) no protagonismo e no ativismo judicial.” (ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia*. **Revista de Processo**, 242 (RePro 242). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 19-45). Consultar ainda a excelente obra de Clarissa Tassinari: “Uma postura ativista deriva (...) de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não condicionados (...) a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam aparência de juridicidade. Esta noção de aplicação do direito mediante um ato de vontade pode ser encontrada na obra de Hans Kelsen (‘Teoria Pura do Direito’), assim como a caracterização do ativismo por este enfoque pode ser extraída da obra de Antoine Garapon (que trata a decisão ativista como movida por desejos) como do posicionamento do autor norte-americano Christopher Wolfe (para quem, nos momentos mais intensos de interferência da Suprema Corte, abandonou-se o critério de julgamento, e a decisão judicial passou a ser uma questão de vontade). A partir disso, afirma-se dois importantes aspectos: primeiro, que o ativismo judicial aparece como um problema criado exclusivamente pelo âmbito jurídico, isto é, cuja origem, à diferença da judicialização, não está condicionada a acontecimentos externos ao Direito; e, segundo, que, no fundo, o problema do ativismo judicial é de cunho interpretativo, de observar se a intervenção do Judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos”. (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial** – Limites da atuação do Judiciário (versão eletrônica). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 185).

dirimindo qualquer paradoxo aparente, Francisco Motta mostra inexistir cisão entre as dimensões *interpretativa da decisão jurídica* e *procedural*, pois ambas se apresentam conjugadas, de maneira que a interpretação construtiva e legitimada “opera sobre as questões procedimentais, explicitando-as e tornando concretas as suas exigências”.¹⁸

Taruffo perde de vista que o processo, enfim, não simplesmente atende ao Estado para ser usado na prática de uma das suas funções. Trata-se genuinamente de *garantia constitucional do cidadão* cuja presteza está não propriamente em servir de instrumento para o desenrolar da jurisdição: seu mister é controlar, legitimar e coadjuvar na formação das próprias razões do provimento jurisdicional, impondo limites aos poderes judiciais e reclamando seja assegurada a participação efetiva dos interessados por intermédio de uma estrutura institucional e de pensamento¹⁹.

Qualquer cidadão brasileiro possui o direito fundamental a um processo *devido*. Está lá, no rol dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens *sem* o devido processo legal” (CF/88, art. 5^o., LIV).²⁰ É por intermédio desse ambiente procedimentalmente constitucionalizado (e constitucionalmente processualizado), demarcado pelas “restrições epistemológicas” oriundas do sistema jurídico como um todo,²¹ que a verdade será construída e desvelada em contraditório. Para tanto, é indispensável deferência para os aportes probatórios levados aos autos “unicamente pelas

¹⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014, p. 260-261.

¹⁹ FERREIRA LOPES, Ziel. Constitucionalização do processo (e processualização da Constituição): aproximação hermenêutica à estrutura do novo Código de Processo Civil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Lúcio Grassi de Gouveia; Celso Hiroshi Iocohama. Eloy Pereira Lemos Junior. (Orgs.). **Processo e jurisdição III**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 191. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=63168d42036e611d>>. Acesso em: 07/08/2015.

²⁰ Nunca é demais lembrar, a respeito disso, as elucidativas lições de Calmon de Passos, para quem o devido processo constitucional não é sinônimo de formalismo, tampouco culto da forma pela forma, e sim complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir. Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar ou agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, mas favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízes e tribunais. É apadrinhar o poder, não os cidadãos, dilatando o espaço dos governantes e restringindo o dos governados, circunstância que se afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar. (CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo** – julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 69-70).

²¹ As “restrições epistemológicas” que se verificam no processo não se limitam àquelas decorrentes diretamente do conjunto de direitos processuais fundamentais que dão conteúdo ao modelo constitucional do processo. É que há regras processuais outras, cujo propósito se atrela à tutela do direito material, e que inexoravelmente criam empecilhos para o desvelamento dos fatos envolvidos na causa. Alguns exemplos: i) efeito material da revelia (presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor); ii) presunção de veracidade dos fatos que, por meio da coisa ou do documento não exibido pelo requerido, o requerente pretendia provar; iii) julgamento com base em presunções; iv) previsão legal liberando determinadas testemunhas de deporem em juízo (CPC-2015, art. 448); v) confissão ficta; v) preclusões de toda sorte em matéria de prova; vi) proibição de provas ilícitas; vii) o decurso do prazo decadencial de dois anos para rescindir sentença fundada em perícia ou testemunho falso; entre outros.

próprias partes: o juiz não deve descer à realidade apesar das partes; é sim a realidade que tem de dialeticamente ascender ao juiz mediante o debate travado entre elas”.²²

A tese favorável aos poderes instrutórios do juiz sofre uma impugnação de cunho paradigmático. 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.²³

Ainda, são expressamente citados os argumentos dependentes, que seguem rumo à possibilidade de contraprova e minimizam o “*confirmation bias*” como restrição ao ativismo probatório. Além de questionados em sua própria solidez, são refutados por um contra-argumento de princípio.

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 e 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,

²² FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 153-173.

²³ Lenio Streck também traz, no artigo já referido, uma série de argumentos contrários ao ativismo judicial probatório: i) à falta de cientistas, e dentro das possibilidades institucionais, contenta-se com um juiz dotado de amplos poderes probatórios, o que não é bom para a democracia, tampouco para a emancipação do cidadão; ii) a cidadania relaxa sob a tutela da tecnocracia estatal, porquanto uma visão epistemológica do processo segue subestimando as partes, que não podem assumir as vantagens e desvantagens da condução dos próprios interesses (disponíveis) em juízo, já que obrigadas a manter-se sob a tutela de um juiz supostamente imparcial na persecução da verdade; iii) o procedimento judicial não precisa estar estruturado para a descoberta da “verdade dos fatos; tem que estar democraticamente estruturado para fornecer aos litigantes a “resposta adequada à Constituição”; iv) se as partes conduzem mal seus interesses em juízo, devem arcar com a perda de um direito, da mesma forma que estão autorizadas a dispensar direitos que possuem fora do juízo; v) o controle intersubjetivo das decisões não deve se fundar numa objetividade da realidade exterior, nem numa epistemologia virtuosa de um sujeito “não envolvido”. Funda-se, isto sim, naquilo que a “com-uniidade” já compartilha, e que não se pode alcançar em sua total radicalidade: a indisponibilidade histórica dos sentidos. Não se justifica, por isso, o apego à verificação empírica como estruturante do procedimento, muito menos o empoderamento dos juizes. (STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo. **Revista Sequência** – estudos políticos e jurídicos, no prelo 2015).

no limite, o Ministério Público como fiscal da lei. Para que sobrepor-lhes a função com um juiz inquisidor?²⁴

Aderindo à crítica de base que Streck faz a Taruffo, tenta-se continuar a impugnação da coerência dogmática e correção empírica deste último, aproveitando argumentos de outros registros (Teoria do Processo e Ciências Cognitivas) sem perder de vista o paradigma hermenêutico antes assumido.

3. A tese lógico-processual de Eduardo José da Fonseca Costa

Recentemente, Eduardo José da Fonseca Costa publicou, na *Revista Brasileira de Direito Processual 90 (RBDPro 90)*, artigo, intitulado “Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias”²⁵, por meio do qual ataca a fundação teórica utilizada pela doutrina publicista para defender que o ativismo judicial probatório não compromete a imparcialidade do julgador. Chega à seguinte conclusão: longe de prestigiar a *máxima igualdade efetiva* entre as partes, a iniciativa do juiz no terreno probatório é a explícita consagração da própria *desigualdade efetiva*.²⁶

Esclarece o processualista que, quando o juiz ordena oficiosamente uma prova para afastar seu estado de dúvida, pode ser que: i) já saiba que ela favorecerá o autor; ii) já saiba que ela favorecerá o réu; e iii) não saiba quem ela favorecerá.

Se o juiz sabe que a prova determinada por ele favorecerá autor ou réu (itens “i” e “ii”), é patente a quebra de imparcialidade. Estará trabalhando para uma das partes. O juiz já haverá escolhido quem será seu favorecido, sem contudo poder beneficiá-lo naquele momento em razão da ausência de respaldo para tanto no quadro probatório. Decide, por isso, abandonar a equidistância e abraçar precipitadamente a causa de uma das partes. Atua coadjuvando-a. Empenha-se em assegurar uma vitória que, embora almejada, até então não vingou. A assimetria de forças é inequívoca: de um lado, uma parte conta consigo e com o juiz; de outro, tão apenas consigo.

A doutrina ativista, porém, se afeiçoa especialmente à situação “iii” e, como já adiantado, abusa do chavão de que a iniciativa probatória judiciousa é legítima

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo. *Revista Sequência* – estudos políticos e jurídicos, no prelo 2015.

²⁵ FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 153-173.

²⁶ FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 153-173. Toda essa parte do artigo foi elaborada tendo por alicerce o texto de Eduardo José da Fonseca Costa, muitas vezes via reprodução integral de suas próprias palavras. Este registro justifica a opção pelo *não* uso (excessivo) de *notas de rodapé*.

porque o juiz não é capaz de vaticinar o resultado da prova, tampouco de antever quem dela se beneficiará. Por sinal, Taruffo também se apoia nisso²⁷.

Ocorre que, apesar de festejado, o raciocínio não é de todo verdadeiro. Perceba-se: quando o juiz ordena uma prova à míngua de requerimento da parte, somente cinco resultados se apresentam possíveis: 1) prova de fato constitutivo do direito do autor; 2) prova de fato impeditivo do direito do autor; 3) prova de fato extintivo do direito do autor; 4) prova de fato modificativo do direito do autor; e 5) prova *de nada*.

É importante a constatação de que os resultados (2), (3), (4) e (5) revelam uma dilação probatória inútil na medida em que se prestará a favorecer o réu, que já estava, no momento em que a prova foi determinada, em posição de superioridade. Naturalmente que se o juiz utiliza de poderes instrutórios o faz porque se encontra em *estado de dúvida* e, em tal circunstância, não houvesse dilação probatória, a consequência seria a improcedência *por ausência de provas*. Sem provas, a improcedência *por falta de provas*; com provas, também a improcedência, mas *por abundância de provas*. Nada muda com relação à tutela jurisdicional (afinal, o resultado é sempre a improcedência), a não ser no que tange ao tempo para a sua concretização, já que, no segundo caso, haverá alongamento desnecessário da jurisdição, em manifesto atentado ao direito fundamental à duração razoável do processo.

Daí o arremate peremptório de Fonseca Costa: é indiferente se o juiz sabia ou não qual seria o resultado da prova porque, diante da incerteza sobre os fatos envolvidos, a determinação oficiosa de provas só será mesmo capaz de favorecer o autor. Ao buscar a verdade, o juiz é mesmo incapaz de prever o resultado da prova por ele determinada, mas compreende perfeitamente a quem a atividade probatória quer (e pode) beneficiar. Concluída a instrução probatória, e permanecendo o estado de incerteza, eventual ativismo probatório está irremediavelmente a serviço da procedência.

A nosso ver, a tese ora mencionada merece sutil ajuste, o que decerto não afeta em nada sua base conclusiva. É que casos há em que a iniciativa judicial probatória funcionará em prol da improcedência. Em outros termos: o juiz vez ou outra não sabe de antemão a quem favorecerá a prova por ele determinada de ofício, mas tem ciência de que o resultado da referida prova somente tem potencial para beneficiar o réu. Não raro o juiz estará trabalhando, de forma consciente, em favor da improcedência, quando a atividade probatória, desempenhada para eliminar seu estado de dúvida, só não terá sido inútil se beneficiar o réu. Não será capaz de vaticinar o resultado da prova que determinou por iniciativa própria, mas

²⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 204-205.

sabe que ela somente atende a improcedência.²⁸ Duas hipóteses que elucidam o que ora se defende: i) quando o réu confirma fato constitutivo do direito do autor, porém alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo;²⁹ e ii) inversão do ônus probatório, quando a prova de fato constitutivo do direito do autor é transferida para o réu.

Daí a pequena adaptação por nós proposta: o juiz que exerce iniciativa probatória, independentemente das suas intenções, atua como se parte fosse, sem imparcialidade objetiva (*imparcialidade, terceiridade*), *determinando provas cujo resultado tem aptidão exclusiva de sempre beneficiar aquele que tem sobre suas costas o ônus da prova.*

Registre-se que nem toda a sofisticada obra de Eduardo Fonseca seria compatível com a CHD, como ele mesmo adianta³⁰, por trabalhar sob referencial pragmatista. Compartilha algumas referências com Taruffo, mas, pelo pouco citado, vê-se como lhes dão encaminhamentos diferentes. Em todo caso, a apropriação desse argumento específico (em nível lógico-processual)³¹ não

²⁸ A tese referida foi testada no grupo de debate "Os 300 do processo", ativo via aplicativo Telegram. Na ocasião, Lucas Burill, Ravi Peixoto e Leonardo Carneiro da Cunha lançaram uma série de dúvidas. Fonseca Costa procurou rebatê-las pontualmente. Depois, em viagem à Belo Horizonte, Lúcio Delfino e Fernando Rossi travaram diálogo sobre a tese, aproveitando os aportes do debate ocorrido no grupo acima aludido. E a conclusão a que chegaram está posta neste artigo e foi entregue para Fonseca Costa para o fim de verificar sua coerência e, se caso for, ajustar sua proposta.

²⁹ Um exemplo que abaliza nossa hipótese: "A" promoveu *ação de cobrança* contra "B" afirmando que lhe fez empréstimo verbal. "B" se defendeu, de um lado confirmando o empréstimo, de outro dizendo que nada deve pois já realizou o pagamento (fato extintivo). "B", em sua contestação, a despeito de ter confirmado o fato constitutivo do direito de "A" (empréstimo), alegou *fato novo*, com isso alternado e ampliando o contexto fático desenhado pela petição inicial e os contornos da causa de pedir. Valeu-se, pois, de *defesa material indireta*. Tendo-se em vista a confirmação da tese de "A" por "B", a relação obrigacional (empréstimo) tornou-se incontroversa depois da contestação. Portanto, cabe a "B" (réu) provar o fato extintivo. A instrução ocorre mas "B" não se desincumbe de seu ônus. Não obstante, uma das testemunhas ouvidas deixa o juiz em *estado de dúvida*: ela nada viu, mas esclareceu que um terceiro sabe dos fatos e poderia confirmar se houve ou não o pagamento. Então, o juiz, *sem provocação das partes*, determinou fosse essa pessoa intimada para prestar testemunho em outra audiência, designada por ele já de imediato. Possibilidades: i) a prova é positiva (o pagamento é provado) e o juiz julga o pedido improcedente; ii) a prova é negativa (o pagamento não é provado) e o juiz julga procedente o pedido, razão pela qual a atividade probatória mostrou-se inútil porque ter-se-ia a procedência mesmo antes da determinação oficiosa da prova. Resultado: a iniciativa probatória aqui se deu unicamente a serviço da improcedência. O juiz coadjuvou "B" (réu) e tinha plenas condições de sabê-lo!

³⁰ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O "direito vivo" das liminares**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

³¹ Frise-se que Fonseca Costa vai além dessa sua proposta lógico-processual e aborda uma variedade de questões tormentosas atinentes à iniciativa probatória judicial. Adiante alguns exemplos das conclusões a que chegou: i) é uma falácia a afirmação de que os poderes instrutórios judiciais só implicariam a quebra de parcialidade se exercidos "de maneira parcial" (com a intenção de auxiliar uma das partes), porquanto é impossível devassar o *mundo intrapsíquico* do juiz para perquirir as suas reais intenções e verificar se ele objetiva favorecer uma das partes ou descobrir a verdade; ii) é mero apego ao *panprincipiologismo*, um dos subprodutos do neoconstitucionalismo à brasileira, a defesa de uma relativização da imparcialidade judicial, a uma porque a imparcialidade é regra e não princípio, a duas porque uma relativização de tal cariz eliminaria o núcleo do direito fundamental que está por detrás da imparcialidade, e a três porque a imparcialidade integra o próprio conceito de

apresenta dificuldades pela hermenêutica, pois sua crítica ao dogmatismo não dispensa a dogmática³². Este ponto não deve ser mal-compreendido: falar em revolvimento do chão linguístico é recuperar uma dimensão estruturante ao discurso jurídico, que não opera no vácuo, não pode se auto-fundar. Contudo, isso não exige os juristas de estabilizar conceitos e guardar coerência na sua inter-relação³³.

jurisdição e, só por isso, inadmite flexibilizações; iii) há estudos empíricos (Kahneman e Tversky) realizados por grandes centros de pesquisa de psicologia comportamental cognitiva que identificam inúmeras propensões cognitivas a influenciar juizes em suas decisões; iv) contraditório e fundamentação são incapazes de conter enviesamentos por parte dos julgadores; v) há alternativas que possibilitam a proteção do vulnerável sem a necessidade de quebra da imparcialidade judicial; vi) o juiz que julga pedido improcedente por falta de provas não atua com parcialidade (não existe "parcialidade por omissão"), mas com a *convicção ficta* de que a pretensão alegada pelo autor não existe; vii) a busca da "verdade real" é um mito, já que ao se investigar o passado o que se percebe é um "conjunto de significantes", ou seja, um amálgama poroso de fragmentos vestigiais; viii) o termo *confirmação* é superior ao termo *prova*, pois o segundo está castiçamente vinculado à ideia de "demonstração da verdade" (a prova no foro tem sentido pragmático na medida em que jamais vai além da reafirmação da probabilidade de uma afirmação); ix) o processo civil não é método investigativo, mas método pacífico de debate, isto é, não possui dimensão epistêmica mas simplesmente *compositiva* (provar no processo civil é algo assemelhado à composição de uma melodia a partir de ecos ambíguos, e não voltado à reconstrução, assentada e resolvida, de um quebra-cabeças); x) o processo civil, inquestionavelmente, transige vez ou outra com equívocos e mentiras, razão pela qual a verdade é um dos seus muitos objetivos, cuja conquista é meramente acidental; xi) a aplicação direta do valor "justiça" ao processo, como forma de advogar a iniciativa probatória judicial, é nada mais que uma tentativa mal disfarçada de permitir ao juiz fazer o que bem quiser, ou seja, uma maneira de infundir no âmbito processual o "reino do altruísmo judicial", afastando assim o valor "segurança". (FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 153-173).

³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 48-49.

³³ "A partir de Heidegger, a hermenêutica terá raízes existenciais porque se dirige para compreensão do *ser-dos-entes*. Se nos paradigmas anteriores vigia a crença de que primeiro interpretamos – através de um método – para depois compreender, Heidegger nos mostra, a partir da descrição fenomenológica realizada pela analítica existencial em *Ser e Tempo*, que *compreendemos para interpretar*. A interpretação é sempre derivada da compreensão que temos do *ser-dos-entes*. Ou seja, originariamente o *Ser-aí* compreende o ente em seu ser e, de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da interpretação. Na interpretação, procuramos manifestar onticamente aquilo que foi resultado de uma compreensão ontológica. A interpretação é o momento discursivo-argumentativo em que falamos dos entes (processo, Direito etc.) pela compreensão que temos de seu *ser*" (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 273). Antes da dimensão lógico-explicativa, há uma dimensão compreensiva-estruturante que a sustenta. Esse chão hermenêutico é condição de possibilidade do discurso (que não se sustenta autonomamente), mas também não o desonera de manter sua própria coerência interna. Tratando especificamente do discurso jurídico, observa-se um duplo aspecto: (i) crítica ao dogmaticismo, que autonomiza o discurso jurídico e reduz seus problemas à mera disputa conceitual; e (ii) restauração da dogmática, pois segue havendo necessidade de estabilização conceitual, desde que se resguardem os sentidos que estão em jogo nesses conceitos, sentidos historicizados dos quais os juristas não dispõem livremente. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 48-49.

4. A contribuição da psicologia cognitiva de Daniel Kahneman e Amos Tversky

Em seu livro “Rápido e devagar: duas formas de pensar”,³⁴ Daniel Kahneman, Prêmio Nobel de Economia (2002) e um dos mais importantes pensadores do século XXI, apresenta resultados de estudos, conduzidos por ele e Amos Tversky, que impactaram diversos campos e áreas de conhecimento (diagnósticos médicos, análises judiciais, serviços de inteligência e espionagem, estratégia militar, finanças, estatísticas, economia, psicologia, filosofia, medicina, política, direito).

Não há espaço para tratar das minudências que envolvem todo o pensamento de Kahneman e Tversky. Mas é preciso enfatizar que os aportes teóricos por eles desenvolvidos corroboraram para a fragilização da crença desenfreada na racionalidade moderna, em especial naquilo que diz respeito à tomada de decisões.

Contrariamente ao que acreditavam cientistas sociais da década de 1970, suas pesquisas concluíram que o ser humano, em muitas de suas decisões, age pautado em instintos e emoções, e não ancorado pela razão. É incorreta a crença segundo a qual o homem estaria sempre apto a avaliar de modo objetivo e racional toda fortuna de questões que lhe é submetida, julgando e operando com clareza em seu caminhar pelo cotidiano da vida. Conquanto seja corriqueiro supor que as pessoas possuem discernimento sobre o que se passa em suas mentes, a maioria das impressões e pensamentos surge ali, na experiência consciente delas, sem que tenham a mínima noção de como foram parar lá. O trabalho mental, que gera impressões, intuições e fomenta a adoção de inumeráveis decisões, ocorre de modo silencioso na mente de cada ser humano. Isso significa que, embora sem perceber, o homem reiteradamente guia-se em seu dia a dia por impressões e sentimentos.

Não há que moralizar precipitadamente essa questão. Trata-se de algo inerente à natureza do ser humano, oriundo do seu pensamento mais primitivo, que facilita a lida diária, sem contar que a confiança nutrida em crenças e preferências intuitivas é, de maneira geral, justificada. Não obstante, nem sempre assim ocorre, nem todas as intuições surgem de uma *especialização genuína*, e é precisamente neste ponto que reside a ameaça de prejuízos oriundos de decisões ruins, sobretudo em campos nos quais a racionalidade deve ser uma constante.

É mesmo relevante o fato de que a perícia intuitiva esteja em ação na vida humana e contribua, seja para a assimilação do conhecimento, seja também para facilitar a tomada de decisões, às quais, com o tempo, tornam-se mais ou menos automáticas.³⁵ Entretanto, alguns problemas se apresentam mais difíceis, sem solução segura à vista, e a intuição, por ser quase maquinal, entra em

³⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012. Esse capítulo 4 do texto foi todo elaborado com aportes extraídos da referida obra.

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. **Teoria da Decisão Rápida e Devagar, com Kahneman**. Disponível em: <www.emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/182398340/teoria-da-decisao-rapida-e-devagar-com-kahneman>. Acessado: 02/07/2015.

funcionamento e prevê de imediato uma saída nem sempre adequada para o dilema: há uma tendência do mapa mental em substituir uma questão mais complexa por uma mais fácil (heurística).³⁶ Ao sermos confrontados por uma questão difícil, muitas vezes a resposta que nos ocorre relaciona-se a uma mais fácil, o que é feito sem que se perceba a substituição. Em outros termos: ainda que confiantes de si, não raro decidimos e atuamos de forma desacertada, porquanto vítimas de tendenciosidades, preconceitos, propensões ou inclinações. Julgamos amiúde sob incertezas, já que afetados por heurísticas e vieses não facilmente identificáveis.³⁷

Para resumir, sabe-se hoje que o homem: i) possui aversão ao esforço mental e, por isso, está inclinado a não pensar suficientemente, aceitando a resposta mais agradável ou familiar; ii) soluciona problemas sem ter acesso a todas as alternativas possíveis, apegando-se apenas em experiências passadas; iii) sujeita-se a alterações comportamentais pela exposição a qualquer coisa influenciável (palavras, objetos, ambiente); iv) não é imparcial ou neutro e a todo momento busca uma causalidade por não conseguir aceitar fatos sem que estejam acompanhados de uma história; v) tem a tendência de aceitar uma informação inicial como se verdadeira fosse (efeito *halo*).³⁸ Ou seja, é mera ilusão a crença de que o ser humano é racional e consciente acerca de todas as decisões que toma ao longo da sua existência,³⁹ em especial porque o cérebro ostenta, entre os seus segredos, desvios cognitivos que afetam negativamente a qualidade da decisão.⁴⁰

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. **Teoria da Decisão Rápida e Devagar, com Kahneman**. Disponível em: <www.emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/182398340/teoria-da-decisao-rapida-e-devagar-com-kahneman>. Acessado: 02/07/2015.

³⁷ Essa última frase é a tradução do título de importante estudo publicado por Kahneman e Tversky, em 1982, na Revista Science, transcrito para o português no livro "Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar". Nele os autores descreveram os atalhos simplificadores do pensamento intuitivo e explicaram cerca de vinte vieses. Originalmente publicado em: KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. **Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases**. In, **The Simulation Heuristic**. P. Slovic e A. Tversky (Orgs). Nova York: Cambridge University Press. p. 201-208.

³⁸ ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. Teoria da Decisão Rápida e Devagar, com Kahneman. Disponível em: <www.emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/182398340/teoria-da-decisao-rapida-e-devagar-com-kahneman>. Acessado: 02/07/2015. Na mesma linha, Juarez Freitas: "O ponto nodal, desconsiderado por abordagens reducionistas, é o de que da interpretação jurídica participam regiões ancestrais que tanto podem auxiliar como comprometer a congruência, fomentando a aversão à perda e outros enviesamentos, que colocam em cheque o julgamento racional (...)." (FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais. **Revista Ajuris**, 130. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2013. p. 223-244).

³⁹ Kahneman esclarece que há dois *modos de pensamento*: Sistemas 1 e 2 (S1 e S2). Ele trabalha uma espécie de psicodrama entre esses dois "personagens". Segundo informa, o S1 funciona automaticamente e o S2 está quase sempre em um confortável modo "de pouco esforço", a envolver apenas uma fração da sua capacidade. O S1 gera continuamente sugestões para o S2: impressões, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo S2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o S2 adota as sugestões do S1 com pouca ou nenhuma modificação. As pessoas geralmente acreditam em suas impressões e agem segundo seus desejos. Quando o S1 funciona com dificuldade, ele recorre ao S2 para fornecer um processamento mais detalhado e específico que

Não por outra razão, foi a partir das pesquisas de Kahneman e Tversky que os grandes centros de pesquisa de *psicologia comportamental cognitiva* identificaram mais de quarenta propensões ou vieses cognitivos (*cognitive biases*). No campo especificamente judicial – e aqui se toma de empréstimo os estudos de Fonseca Costa,⁴¹ Juarez Freitas,⁴² Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich⁴³ e Muñoz Aranguren⁴⁴ – as descobertas foram incríveis e demonstraram que tanto jurados como juízes soçobram perante automatismos mentais:

i) *O juiz da liminar tende a confirmá-la em sua sentença*: o julgador está sujeito a uma predisposição automática (*confirmation bias*) que o leva a, inconscientemente, sobrelevar provas e argumentos que confirmem sua posição inicial. Ele é conduzido a ignorar (ou a não valorar) provas e argumentos contrários à mesma posição inicial. Quando enviesado, o intérprete, mesmo de boa-fé, está propenso a confirmar suas crenças preliminares (que podem estar equivocadas), optando por dados e informações que as abonem, e assim se dá sem o crivo apurado do sistema reflexivo: seu cérebro, ao pretender confirmar a todo custo, funciona rápido demais e se fecha a opções distintas.⁴⁵

talvez solucione o problema do momento. O S2 é mobilizado quando surge uma questão para a qual o S1 não oferece resposta. O S2 é ativado quando se detecta um evento que viola o modelo do mundo mantido pelo S1. Para resumir, a maior parte do que as pessoas pensam e fazem origina-se do S1, mas o S2 assume o controle quando as coisas ficam difíceis, e normalmente ele tem a última palavra. E mais: a divisão de trabalho entre S1 e S2 é altamente eficiente, e isso minimiza o esforço e otimiza o desempenho. Um arranjo que, na maioria das vezes, funciona bem porque o S1 é muito bom no que faz, vale dizer, seus modelos de situações familiares são preciosos, suas previsões de curto prazo são em geral igualmente precisas e suas reações iniciais e desafios são rápidas e normalmente apropriadas. Como o S1 opera automaticamente e não pode ser desligado segundo o bel-prazer do usuário, erros do pensamento intuitivo são difíceis de prevenir. Os vieses, enfim, nem sempre podem ser evitados, pois o S2 talvez não ofereça pista alguma sobre o erro. Mesmo quando dicas para prováveis erros estão disponíveis, estes só podem ser prevenidos por meio do monitoramento acentuado e da atividade diligente do S2. (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012).

⁴⁰ FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais. **Revista Ajuris**, 130. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2013. p. 223-244.

⁴¹ FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 159.

⁴² FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais. **Revista Ajuris**, 130. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2013. p. 223-244.

⁴³ GUTHRIE, Chris, J.; RACHLINSKI Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. **Cornell Law Review**, vol.86, n.4. 2001. Disponível: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>.

⁴⁴ ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. **Revista para el Análisis del Derecho (InDret)** 2. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra abril, 2011. Disponível em: <www.dialnet.unirioja.es/ejemplar/278664>.

⁴⁵ O dever constitucional de fundamentação se presta também como garantia contra o viés da confirmação, pois impõe aos juízes a exteriorização das razões pelas quais desdenharam um ou outro

ii) *O juiz da instrução tende a sentenciar contaminado pela prova oral que diante dele foi produzida*: denominado de *representativeness bias*, aqui o julgador acaba influenciado pelos gestos, atitudes, entonação de voz e trejeitos de todos aqueles, partes e testemunhas, ouvidos na audiência de instrução e julgamento, decidindo de forma arbitrária porque pautado em sentimentos e impressões impossíveis de serem controladas pelos litigantes e seus advogados. Estar-se-á diante de um viés cuja força coloca em questão a legitimidade do chamado “princípio da identidade física do juiz”.

iii) *O juiz tende a crer que os danos presentes eram previsíveis no passado*: o *hind-sight bias* é um mecanismo mental que pode levar o julgador a considerar, a partir do conhecimento das consequências de uma ação qualquer, que elas mesmas eram perfeitamente previsíveis desde o princípio. Sua perspectiva é alterada uma vez que já se tem conhecimento do resultado que no passado era desconhecido. Estudos demonstram ser muito difícil realizar juízos sobre o acontecido, abstraindo-se completamente de um resultado conhecido. A Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso *Graham v. John Deere Co.*, de 1966, aplicando o direito sobre patentes, proclamou que os tribunais devem estar atentos para não cair nessa armadilha cognitiva, reconhecendo a tendência humana de perceber como obviedade algo à luz das consequências conhecidas, mas que à época nem de longe era evidente ou facilmente perceptível de forma prévia.

iv) *O juiz tem dificuldade de ignorar as provas ilícitas*: há um procedimento mental (*anchoring-and-adjustment bias*) que conduz o intérprete a resultados decisórios diferentes a depender da valoração que faz acerca de um elemento de prova inicial, cuja influência indevida provoca erros comumente desapercibidos.

v) *O juiz tem dificuldade de ignorar impressões recebidas em razão do conhecimento de propostas de acordo realizadas pelas partes*: também aqui se verifica o *anchoring-and-adjustment bias*. O problema pode ser ilustrado com base na lei de procedimento civil inglesa, que proíbe o juiz de ter contato, antes e durante o processo, com propostas de acordos elaboradas pelas partes.⁴⁶ Segundo assinalou a Suprema Corte da Inglaterra (caso *Garret v. Saxby*, em 2004), em tendo o julgador contato com uma dessas propostas, por um erro na tramitação do procedimento, é seu dever abster-se automaticamente de julgar.

elemento de prova, funcionando de maneira a evitar que decisões judiciais sejam frutos de pré-conceitos ou se convertam em um a priori.

⁴⁶ É interessante verificar que o Novo CPC traz dispositivos que funcionam como garantia contra o *anchoring-and-adjustment bias*, pois adota, como princípio da autocomposição, a confidencialidade. Em termos diretos, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não estarão autorizados a divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (art. 166 e parágrafos). Significa isso que, caso não obtida a autocomposição, nem mesmo o juiz terá conhecimento do que se passou nas seções de mediação ou conciliação.

vi) *O juiz tende a supervalorizar laudos produzidos por peritos oficiais: o in group bias* é uma propensão cuja tônica está em fazer com que o julgador valora, de forma injustificadamente homogênea, as atitudes, atos e opiniões das pessoas que pertencem ao mesmo grupo, pela só razão de pertencerem a esse grupo. O ser humano tem a tendência de seguir a voz daqueles que pertencem ao seu grupo.

Naquilo que interessa mais de perto ao tema central ora abordado, acredita-se, não obstante a inexistência de estudo oficial, que na iniciativa probatória oficial o juiz tende a superestimar a prova que angariou, invalidando inconscientemente as contraprovas (*egocentric or self-serving bias*) pela simples razão de que ele, como todo e qualquer ser humano, inclina-se a potencializar suas próprias habilidades. Aliás, essa é uma suspeita registrada há décadas por parcela da doutrina (entre os quais Francesco Carnelutti e Cordón Moreno), a indicar que magistrados propendem a conferir mais crédito às provas por eles determinadas do que àquelas trazidas aos autos pelas partes.⁴⁷

É interessante notar que, embora reconheça o fenômeno do “*confirmation bias*”, Taruffo minimiza a crítica aos poderes instrutórios do juiz a partir dele. A preservação da sua linha de raciocínio justifica a longa transcrição:

[...] uma premissa que, sob o viés epistemológico, parece bastante curiosa, segundo a qual o juiz, determinando de ofício a produção de um meio de prova, manifestaria a parcialidade em favor de uma parte, mesmo porque não estaria mais em condições de valorar objetivamente e de modo neutro o resultado daquela prova? Se isso fosse verdade, e a não ser que se tratasse o juiz como uma espécie de *minus habens*, necessário seria sustentar que um historiador que decidisse estudar certos documentos, ou um biólogo que decidisse fazer certo experimento, perderia justamente por essa razão o próprio equilíbrio mental, não estando mais em condições de valorar objetivamente os resultados de suas pesquisas. Se assim não for, como parece evidente, não se vê razão para que um juiz que determine a exibição de um documento, ou o exame de uma testemunha, por essa razão não tenha mais condições de interpretar corretamente o conteúdo daquele documento ou de valorar racionalmente a credibilidade daquela testemunha. Essa concepção funda-se em noções psicológicas no mínimo «*ingênuas*» e sobretudo carentes de fundamento, segundo as quais quem busca colher informações sobre um fato perde imediatamente a capacidade de valorar corretamente o conteúdo e a confiabilidade das informações obtidas. Essa ideia não só é extremamente superficial, como também não leva minimamente em conta os estudos que há tempos vêm sendo

⁴⁷ FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 159.

desenvolvidos sobre a psicologia da decisão e sobre os critérios e modelos que ajudam a racionalizar as escolhas - e, portanto, de verificar os erros, também devidos a valorações parciais, que quem decide poderia cometer. É verdade que existe o *confirmation bias*, e todos corremos o risco de tender a confirmar aquilo sobre o que estamos convencidos, mas o remédio não consiste certamente em impedir que se busquem elementos ou informações ulteriores para se estabelecer racionalmente o que é verdadeiro e o que é falso. No caso do juiz, por outro lado, pode-se observar que no momento em que ele determina de ofício a produção de uma determinada prova ele pode não estar convencido de coisa alguma: pode que ele [sic] tenha descoberto que aquele meio de prova poderia ser útil para a apuração dos fatos. Isso não implica certamente que ao valorar o êxito da prova ele deva ser parcial em favor de uma ou de outra parte⁴⁸.

Contra isso, pode-se conjugar a crítica de base feita por Streck às informações aportadas: juiz e cientista estão pessoalmente sujeitos ao mesmo fenômeno, mas não se trata de lidar profissionalmente com ele de maneira idêntica, pois os procedimentos jurídico e científico não se equivalem epistemologicamente. O direito tem suas especificidades: as partes podem instruir o processo e devem se responsabilizar por isso, questão estranha ao procedimento científico mas constitutiva do procedimento judicial. Em última análise: o contraditório não é uma externalidade à decisão judicial, é sim mecanismo que lhe é estruturante.

É perceptível a convergência entre esses estudos cognitivos e a linha teórica defendida por Streck, pois os primeiros demonstram aquilo que a segunda desde há muito advoga: tornou-se indispensável uma *Teoria da Decisão* que sabote o *solipsismo judicial* reinante no país, fenômeno que reduz o direito meramente àquilo-que-dizem-os-juizes-e-os-tribunais.⁴⁹ Com base em inúmeras pesquisas empíricas, a *psicologia cognitiva comportamental* ratifica o posicionamento segundo o qual, sem uma teoria a impor critérios de decidir, capaz de controlar epistemologicamente a subjetividade hoje irascível e da qual o jurisdicionado em geral tornou-se refém, a democracia permanecerá vitimada por uma irracionalidade que invade as decisões judiciais pelo simples fato de que juizes são seres humanos e, por tal motivo, sujeitam-se a imperceptíveis erros cognitivos.

Daí dizer-se que uma Teoria da Decisão (com criteriologia específica) servirá também para socorrer julgadores, mantendo-os alertas no momento em que realizam a atividade judicante, atentos à responsabilidade política inerente à sua função, auxiliando-os na criação de hábitos reflexivos distintos daqueles advindos do seu pensamento primitivo, ajudando-os, enfim, a impedir eventuais desvios

⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 204-205.

⁴⁹ Sobre o tema: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

cognitivos⁵⁰. Em terminologia streckiana⁵¹, dir-se-ia: i) suspensão dos pré-juízos, escapando aos ilegítimos sem perder, de resto, a positividade que já sustenta qualquer compreensão (que se antecipa, retifica e legitima na virtuosidade do círculo hermenêutico); ii) vigiar a eclosão de sentidos na abertura originária em que se desvela a verdade; iii) recuperar a dialética da pergunta e resposta; e iv) manter abertura ao diálogo com os outros (à fusão de horizontes) e com a tradição, em que se guarda um *a priori* compartilhado. Sob essa prevenção, é possível uma apropriação hermenêutica do argumento de Kahneman e Tversky: não sob o descrédito da racionalidade em que por vezes se psicologizam as decisões judiciais, mas pela denuncia dos limites de uma dada forma de racionalidade, epistemologicista, “viciada-em-si-mesma” (na etimologia da palavra alemã para solipsismo: “*selbstsüchtiger*”).

Enfim, sem essas preocupações ter-se-á sempre “mais do mesmo”, com resultados de todos já conhecidos: ausência de transparência, atropelo ao princípio da participação (contraditório) e a outros direitos fundamentais, dificuldade de controle efetivo dos atos decisórios, esquizofrenia jurisprudencial, enfraquecimento da autonomia do direito e, sobretudo, arbitrariedade.

4. Considerações finais

A tese taruffiana em defesa dos poderes instrutórios do juiz se fundamenta na adoção do modelo de pesquisa científica como sendo ideal ao procedimento jurídico. Dentre vários argumentos dependentes, destacou-se aqui: i) a negação de que a iniciativa probatória judicial entre em rota de colisão com o princípio dispositivo, pois as partes sempre podem produzir contra-provas; e ii) a minimização da tese da contaminação judicial pela prova que mandou produzir oficiosamente (“*confirmation bias*”).

Partiu-se da crítica de base feita por Lenio Streck: fatos não interessam ao processo segundo os mesmos critérios da verificabilidade empírica da Ciências

⁵⁰ Como bem lembra Juarez Freitas, “a primeira providência para não enveredar em desvios cognitivos consiste em conhecê-los.” Continua esclarecendo que: “(...) a proporção que as pesquisas decifram, a pouco e pouco, os intrincados segredos do cérebro, caem por terra mitos, palavrórios e ingenuidades históricas. A hermenêutica jurídica resulta, nesse contexto, profundamente enriquecida pela compreensão dos vieses e, na sequência, pela criação de hábitos alternativos, que funcionem como anteparos contra as predisposições comprometedoras do julgamento.” Por fim, pontua que “quando o intérprete desconhece o processo formativo de hábitos e as bases neurais dos juízos, converte-se em verdadeira marionete de atalhos mentais, levado a julgamentos inconscientes, facciosos e auto destrutivos. À guisa de síntese: quando alguém pensa de modo enviesado, o pensamento se torna rarefeito, quase nulo.” (FREITAS, Juarez. *A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais*. **Revista Ajuris**, 130. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2013. p. 223-244).

⁵¹ No amplo leque bibliográfico em que aporta a linhagem heideggeriana-gadameriana para o direito, valendo referir como representativa das fundações dessa matriz teórica a obra: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Sua primeira edição data de 1999.

Exatas, sem que isto precise implicar em menos verdade, menos controle intersubjetivo sob o “mínimo é” indisponível dos sentidos. A epistemologização do processo judicial fica presa no esquema sujeito-objeto, e até em uma mixagem insustentável de objetivismo e subjetivismo. E mais: juiz e cientista estão pessoalmente sujeitos ao mesmo fenômeno, mas não se trata de lidar profissionalmente com ele de maneira idêntica, porquanto os procedimentos jurídico e científico não se equivalem epistemologicamente. O direito tem suas especificidades: as partes podem instruir o processo e devem se responsabilizar por isso, questão estranha ao procedimento científico mas constitutiva do procedimento judicial.

A essa crítica paradigmática se articularam dois argumentos de registros distintos: i) no plano dogmático, o argumento lógico-processual de Fonseca Costa no sentido de que o juiz do ativismo probatório, independentemente de suas intenções, atua como se parte fosse, por determinar instrução de ofício cujo resultado tem aptidão exclusiva de beneficiar o autor – e às vezes aptidão de beneficiar o réu, a depender do ônus probatório, conforme o ajuste que propomos à teoria. A apropriação desse ponto específico pela CHD não apresenta dificuldades; e ii) num plano científico, aportou-se a psicologia cognitivo-comportamental de Kahneman e Tversky. Restaram constatados os riscos de *confirmation bias*, sublinhando-se a necessidade de hábitos reflexivos e de uma criteriologia decisória para evitar automatismos.

Nesse estado da arte, verifica-se a insustentabilidade dos poderes instrutórios do juiz, por comprometerem o dever de imparcialidade que se espera do processo judicial democrático.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, 242 (RePro 242). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 19-45.

ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el fator humano. Una aproximación. **Revista para el Análisis del Derecho (InDret)** 2. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra abril, 2011. Disponível em: <www.dialnet.unirioja.es/ejemplar/278664>.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 73. Porto Alegre: AMP/RS, 2013. p. 183-206.

BULYGIN, Eugenio. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. *In*: **Ratio Juris**, 13. Junho 2000. Bologna: Carla Farralli. p. 133-137.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo** – julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

FERREIRA LOPES, Ziel. Constitucionalização do processo (e processualização da Constituição): aproximação hermenêutica à estrutura do novo Código de Processo Civil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: Lúcio Grassi de Gouveia; Celso Hiroshi Iocohama. Eloy Pereira Lemos Junior.. (Orgs.). **Processo e jurisdição III**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 173-194. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=63168d42036e611d> Acesso em: 07/08/2015.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Justiça e igualdade**: De onde surge o sentido do que é justo nos humanos (Parte 1). Disponível em: <www.emproiododireito.com.br>. Acessado: 17/07/2015.

FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 153-173.

FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais. **Revista Ajuris**, 130. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2013. p. 223-244.

GUTHRIE, Chris, J.; RACHLINSKI Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. **Cornell Law Review**, vol.86, n.4. 2001. Disponível:

<<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Procedimentalismo versus substancialismo: una vuelta de tuerca. In: BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro. (Org.). **Diálogo e entendimento**. v. 3, 2012, p. 257-268.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases. In: **The Simulation Heuristic**. P. Slovic e A. Tversky (Orgs.). Nova York: Cambridge University Press. p. 201-208.

_____. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. **Teoria da Decisão Rápida e Devagar, com Kahneman**. Disponível em: <www.emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/182398340/teoria-da-decisao-rapida-e-devagar-com-kahneman>. Acessado: 02/07/2015.

SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo. **Revista Sequência** – estudos políticos e jurídicos, no prelo 2015.

_____. **Verdade e Consenso**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial** – Limites da atuação do Judiciário (versão eletrônica). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.