

SEGUNDO CICLO DE ESTUDOS
CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS

Factos Notórios e Máximas de Experiência O Conhecimento Privado do Juiz na “Era da Pós-verdade”

Ivan Borges Sales

M

2023

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DO PORTO NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS SOB ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR
FERNANDO JORGE DA SILVA PEREIRA**



Agradecimentos

Para manter as Máximas de Experiência vivas é necessário reforçar a expectativa de que se consideram mais importantes aqueles mais próximos, logo o primeiro e fundamental agradecimento é à Letícia Maia, meu amor, minha companheira e minha amiga de todos os dias. À minha mãe e ao meu pai, claro, pois o conhecimento geral atesta que a eles é normalmente tributado o sucesso de uma pessoa, neste caso, até as pedras sabem que assim o é. Outro conhecimento comum que merece ser consagrado é o que se baseia na expectativa de que os professores são parcela importante da formação de uma pessoa, logo, agradeço ao meu orientador, Fernando Jorge da Silva Pereira, que concedeu liberdade irrestrita e apoio incondicional para enfrentar este tema.

Tentando fugir ao senso comum do círculo profissional, ousou substituir todos os meus associados colegas de trabalho, pela alcunha de amigos, que verdadeiramente o são e que agradeço na pessoa que deles desponta um irmão de vida e trabalho, Nichollas Alem. Todos os demais amigos e companheiros de batalha são substancialmente importantes, cada qual sabe a parcela de gratidão que lhes dirijo. Aos amigos de cá tampouco posso deixar de agradecer, notadamente, António, Mariana e Daniela, pessoas que me acolheram deste lado do Atlântico, pois sabe-se que a ida para um novo país exige um esforço de adaptação razoável que diminui com o apoio dos que lá te acolhem.

Factos notórios também não poderiam deixar de serem citados, assim é facto notório que a Faculdade de Direito da Universidade do Porto e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco são instituições de excelência. Assim, primeiramente, agradeço a todo o corpo de profissionais da Universidade do Porto, que sempre se colocou de modo prestativo e atencioso a todo o momento durante a redação desta dissertação e sobretudo durante a experiência de estudo/pesquisa no programa Erasmus+ na Universidade de Leipzig, oportunidade de estudo a qual foi engrandecedora para essa dissertação. Já à São Francisco, *alma mater*, devo às minhas bases académicas a quem agradeço na pessoa do professor, colega, orientador e amigo Heitor Sica.

Por fim, lembrando que *tudo o que é sólido dissolve no ar* pouco significam esses factos notórios e essas máximas de experiência se, mais do que agradecer, eu não reafirmar um compromisso: fazer por onde para que os factos não sejam esquecidos e para que as expectativas se tornem realidade.

Resumo: O presente trabalho propõe estudar o tema do Conhecimento Privado do Juiz, os Factos Notórios e as Máximas de Experiência, matéria clássica do Direito Processual abordada por diversos doutrinadores a partir do recorte técnico originalmente realizado por FRIEDRICH STEIN no final do século XIX. O tema em questão é colocado sob a perspectiva da função jurisdicional contemporânea e dos desafios representados pela “Era da Pós-Verdade”. Assim, o presente trabalho pretende revisitar a sistematização e o desenvolvimento histórico das duas espécies, as correntes que a ciência processual construiu sobre os mesmos, tudo sob a luz de um tempo em que o Conhecimento Privado, muitas vezes implícito na técnica processual, pode gerar riscos para a função jurisdicional.

Palavras-chave: Conhecimento Privado do Juiz; Factos Notórios, Máximas de Experiência, Pós-Verdade

Abstract: This dissertation aims to study the theme of the Judicial Private Knowledge, that is divided by the species of the Factos Notórios and Máximas de Experiência [which in the *common law* family are over the Judicial Notice matter], both are classical matters in the Civil Law Procedure, spawned from the work from FRIEDRICH STEIN at the end of XIX Century. The theme approach looks by the contemporary judicial function and the challenges that follow the Post-truth Era. Thus, this dissertation looks to review the scholar develop of these two species, considering the emerge of a historical period, when the Judicial Private Knowledge procedural technic could become a danger to the judicial function.

Palavras-chave: Judicial Private Knowledge; Judicial Notice, Post-truth Era

Sumário

1. Introdução	4
2. Conhecimento Privado do Juiz como Matéria de Direito Processual	8
2.1. Das Características do Conhecimento Privado do Juiz	12
2.2. Antecedentes e Consequentes Históricos da Formulação Técnica Sobre o Conhecimento Privado do Juiz e sua Presença na Atualidade	21
2.3. Natureza Jurídica do Conhecimento Privado do Juiz	32
2.3.1. As Máximas de Experiência	38
2.3.2. Os Factos Notórios	47
2.4. Correntes Cética e Pragmático/Otimista sobre o Conhecimento Privado	53
3. Conhecimento Privado do Juiz e Pós-verdade	57
3.1. A Função Jurisdicional Contemporânea e o Conhecimento Privado	68
3.1.1. O Conhecimento Privado do Juiz: sua Dimensão Social	73
3.1.2. O Conhecimento Privado do Juiz: sua Dimensão Técnica	80
3.2. Pós Verdade, Conhecimento Privado do Juiz e o Problema Doutrinário da Fundamentação Judicial	85
4. Conclusão	92
5. Referências Bibliográficas	94

1. Introdução

Vivemos em um momento em que a afirmação de que o futuro não é mais como se esperava se torna assertiva. O que antes afirmávamos como um acelerado processo de expansão tecnológica e de comunicação hoje beira às raias da singularidade, com desenvolvimentos técnicos, dia após dia, avassaladores do ponto de vista de uma percepção unívoca da experiência humana. Certezas e verdades arruinam-se à distância de cliques e construções, narrativas ou de “factos” coerentes dentro da possibilidade de agrupamentos das opiniões, versões e teses que jorram, eram antes ilhadas (senão superadas) pela distância de oceanos, quando não de grades.

Os conflitos que se estabelecem nos dias de hoje resistem em demonstrar os limites que a mera aplicação indistinta do formalismo racional tem sobre a linha tênue da coerência interna sustentada por métodos lógicos insípidos. Acrescente-se a sucessiva construção de muros entre posições políticas (excluídas, por óbvio, aquelas que KARL POPPER¹ magistralmente aniquila com seu paradoxo) as quais geram percepções de realidade parciais, impróprias ou convenientes. Vivemos na era das “bolhas”, vivemos na era da pós-verdade, onde o conflito medra em terreno fértil de relativismo. É sobre esse ponto em que se coloca a questão de fundo deste trabalho.

Por outro lado, as estruturas técnicas para resolução de conflitos, advêm de experiências humanas tão antigas quanto a sua própria organização social. NORBERTO BOBBIO², abordando a teoria institucionalista de SANTI ROMANO, já fixava a imanência do Direito nos grupos sociais ao estes passarem de grupo inorgânico a grupo organizado, institucionalizado, em termos de uma complementaridade ínsita à própria relação. Aqui, também, o Processo, observado pela sua perspectiva sociológica como técnica institucional e organizada para resolução de conflitos jurídicos, por óbvio, é instrumento que permeia a experiência jurídica da humanidade desde muito antes da sua autonomia científica.

Há que se reconhecer sua funcionalidade, há de se reconhecer, seja qual for, um modelo razoavelmente coerente de técnicas e métodos, conquistados à base de ciência para que, de algum

¹ POPPER, Karl R. - *The Open Society And Its Enemies*. Volumes I and II, 1962. Fifth edition (revised) 1966, pp. 543/544
“Less well known is the paradox of tolerance: Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. If we extend unlimited tolerance even to those who are intolerant, if we are not prepared to defend a tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them. In this formulation, I do not imply, for instance, that we should always suppress the utterance of intolerant philosophies; as long as we can counter them by rational argument and keep them in check by public opinion, suppression would certainly be most unwise. But we should claim the right to suppress them if necessary even by force; for it may easily turn out that they are not prepared to meet us on the level of rational argument, but begin by denouncing all argument; they may forbid their followers to listen to rational argument, because it is deceptive, and teach them to answer arguments by the use of their fists or pistols. We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerant. We should claim that any movement preaching intolerance places itself outside the law. and we should consider incitement to intolerance and persecution as criminal, in the same way as we should consider incitement to murder, or to kidnapping, or to the revival of the slave trade, as criminal.”

² Teoria da Norma Jurídica, 2ª Edição, São Paulo, EdiPro, 2003, pp. 28/29

modo legítimo, uma estrutura, também legítima, possa, mediante um procedimento legítimo, afirmar e constituir efeitos jurídicos no mundo. Entretanto, um modelo com essa dignidade, com essa pretensão, usa de meios e instrumentos frágeis e abstratos para atingir o seu objetivo, ainda que se admita a limitação e variabilidade histórico-culturais em fazê-lo.

O que mais se reconhece, em reminiscência de índole claramente etnográfica, é que o registro histórico para o legítimo ato de decidir (ou ao menos de articular o próprio processo decisório) sempre demonstrou haver a “eleição” daqueles dotados de poderes suficientes (lógicos, místicos, sanguíneos, brutos, estatais, em resumo, legítimos em tempo e lugar). Sempre, e hoje ainda o é, a figura legítima fora chamada para, aplicando o modelo racional/ritual cabível, dizer o Direito, na aceção mais ampla que esse dizer possa adquirir. A imanência dessa figura no seio de sua sociedade e como presumido representante de seu tempo e lugar é o ponto que denota a legitimidade de sua expressão. Dizer o Direito acaba por se tornar, quer no materialismo, quer no idealismo, um processo de mobilização de instrumentos para andar sobre a linha tênue que significa não descer desse senso de legitimidade. Cunhou-se em nossa sociedade uma noção ideal de que, através do procedimento legítimo, o resultado deveria agradar até ao perdedor. Os institutos processuais estão irremediavelmente voltados à decisão legítima. Fala-se de seu viés de instrumentalidade.

Entretanto, essa função, por óbvio, não está afastada da realidade: o que é o processo senão a forma de fazer legitimamente com que comportamentos e situações se adequem a um modelo ideológico de justiça? Por mais que adotemos, inclusive por força de um formalismo legitimador, que aquilo que não está nos autos não está no mundo, há que existir pontos de conexão entre o mundo e o processo, sob pena de que cada processo fosse uma ilha, isolada do que lhe cerca e adstrita aos próprios articulados. Houve, assim, o desenvolvimento de meios de internalizar o que estaria fora do processo para que sobre isso também se estabelecesse o procedimento cognitivo decisório.

Logo, o procedimento de coleta do que há de externo ao processo para a construção do pronunciamento legítimo e vinculativo demanda instrumentos e tecnologias para tanto. De entre estes instrumentos estão as provas, mas não só. Ao longo da experiência técnico-histórica processual, há, ao menos, um outro meio de internalização de elementos extraprocessuais aos autos o qual possui afinidade e distinção quanto às provas tecnicamente consideradas. Trata-se do instituto do Conhecimento Privado do Juiz, o qual fora assim formulado apenas ao fim do Século XIX pela figura de FRIEDRICH STEIN, dividido nas espécies Factos Notórios e Máximas de Experiência. Como tentamos desenvolver nesse trabalho, a formulação de STEIN tem méritos inegáveis, mas, sobretudo, ela faz por onde construir o veio técnico-formal para regular uma prática

ínsita a qualquer atividade cognitiva, qual seja, a consideração de elementos e premissas racionais. Esse veio formal atua para tornar processualmente controlável a entrada desse tipo de informação extraprocessual na base racional.

É a partir do Século XX que o progressivo cenário de expansão de Acesso à Justiça nas sociedades Ocidentais (fenômeno descrito por CAPELLETI³ nos estudos do Projeto Florença e na sua obra Acesso à Justiça) passaria a inundar o sistema jurisdicional dos mais diversos países. O movimento de acesso à justiça e, claro, o implemento de estruturas estatais para acolhimento de litígios antes represados pela lógica oitocentista, privatista e até provinciana com que se operava a justiça, gerou uma situação sem precedentes. O reconhecimento de que haveria a necessidade de se atender uma massa de litígios complexos (marginalizados, plurisubjectivos, transindividuais e etc.) vindo a assoberbar os frágeis sistemas jurisdicionais fez com que, a toque de caixa, fossem desenvolvidas estruturas afinadas com a demanda em velocidade, custo e quantidade exigidas pela sociedade capitalista moderna.

O litígio entre partes, converte-se no litígio entre grupos. As questões simples tornaram-se questões de complexidade ultra-multifacetada que atingem, desde impossibilidades práticas, para as quais o legislador sequer estaria preparado ao tempo da elaboração da Lei, até questões programáticas e valores constitucionais para os quais não haveria orçamento ou dimensão jurídica elaborada. O aumento sem precedentes do volume comunicacional e do comércio transnacional passa também a colocar sobre a mesa do juiz questões que estão completamente fora do seu cotidiano, da sua amplitude de visão, da sua experiência prática, do seu mundo. Assim, o juiz da comarca é chamado a decidir relações cujos efeitos atingem grupos e partes antes inimaginavelmente distintas, para os quais a experiência prática nada serve ou mostra-se como válvula aberta ao subjetivismo com risco de desviar a figura do Juiz para a do justiceiro.

Então surge, na última década, a Pós-verdade, e seus conseqüências contemporâneos recheados por diversos termos originados da língua inglesa (*Post Truth, Alternative fact, Fake News, Echo chambers, Gaslighting*) como um momento desafiador para as afirmações de caráter geral e da coleta de elementos cognitivos preliminares em sede de complexas relações sociais. Chegamos a um momento em que a negação de conhecimentos científicos e os questionamentos a respeito de fundamentos copernicanos podem ser sustentados e ostentados aos ventos. Que dirá perspectivas axiológicas controversas. Eis a questão de frente deste trabalho: *Como o Conhecimento Privado do Juiz e suas espécies (Factos Notórios e Máximas de Experiência) operam como meios típicos de internalização de perspectivas extra processuais e como essa operação se influencia pela*

³ CAPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant - *Acesso à Justiça*, 1ª reimpressão, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002

cena contemporânea caracterizada pela, assim chamada, “Era da Pós-verdade”?

A primeira parte do trabalho se digna a localizar o Conhecimento Privado do Juiz como Matéria de Direito Processual. São desenvolvidos brevemente os rudimentos lógicos com apresentação de alguma doutrina sobre o pretenso processo silogístico judicial e a “busca” pela verdade no processo. Após propomos uma pequena incursão histórica a fim de identificar os antecedentes estruturais que levaram à formulação de STEIN e as consequências técnicas dessa formulação para a experiência ocidental. Por fim, adentramos na breve abordagem sobre cada qual das espécies (Factos Notórios e Máximas de Experiência) com uma preliminar abordagem do gênero à qual pertencem e fundamentos para a compreensão deste gênero como relevante para a ciência processual contemporânea. Por fim, identificamos, com base em cotejo doutrinário esperado a nível de mestrado, a existência de duas correntes sobre o Conhecimento Privado do Juiz uma das quais denominados de corrente Cética e outra Pragmática/Otimista.

A segunda parte do trabalho centra foco na apresentação dos desafios que a Era da Pós-verdade tende a oferecer à função jurisdicional. Primeiro com uma incursão breve sobre a função jurisdicional sua amplitude cognitiva e a variabilidade de litígios que se apresentam ao conhecimento do Estado Juiz. Segue-se sobre uma abordagem, respeitados os limites sociológicos do tema, sobre o objeto que se cunhou como “Pós-verdade”, sob a perspectiva de que esse não passa de uma expressão de estrutura informativas amplas e autorreferenciadas de coerência interna de discursos. A seguir propomos, com suporte da perspectiva doutrinária cética a respeito do Conhecimento Privado do Juiz, desenvolver os efeitos que a pós-verdade pode provocar no campo da fundamentação judicial.

Como é certo, não há qualquer pretensão de ofertar soluções sobre os pontos abordados nos limites estreitos da dissertação. Se considera atingido o ponto desejado de pesquisa, se for possível ao final afirmar com alguma segurança, as diversas dimensões que a doutrina enfrenta sobre o Conhecimento Privado do Juiz nos dias de hoje, suas críticas e desafios.

2. Conhecimento Privado do Juiz como Matéria de Direito Processual

O tema do Conhecimento Privado do Juiz é um tema clássico na ciência processual. Sua origem remonta aos trabalhos de FRIEDRICH STEIN em seu “Das Private Wissen des Richters”, o qual foi editado originalmente no ano de 1893 e traduzido em diversos idiomas. A obra pode ser qualificada como uma abordagem técnico-pragmática da atividade cognitiva jurisdicional que deu tons dogmáticos ao tema com uma leitura que passaria a ser compreendida e apreendida. Metodologicamente o trabalho de STEIN colocou “à luz do dia” uma questão que, para a ciência processual e a perspectiva então vigente da atividade jurisdicional, permanecia velada, qual seja, a potencialidade e a necessidade de controle da forma com que a operação lógica judicial poderia percorrer caminhos nem sempre claros.

Em sua gênese, a ideia do Conhecimento Privado do Juiz, tal como formulada por STEIN, dialoga fortemente com a questão relativa à teoria estrutural do juízo, notadamente a construção do convencimento Judicial ao abordar as nuances da máxima (ainda que, na altura, erroneamente formulada⁴) *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*⁵. Assim, o tema do presente trabalho encontra pontos de contato direto entre as matérias relativas à formação das premissas dentro da cognição judicial, a qual, a montante, parte de elementos cognitivos pré e pós estabelecidos (matérias pressupostas, afirmações genéricas, factos provados ou notórios e proposições normativas) e, a jusante, desagua na conclusão, a Decisão Judicial⁶. Fala-se aqui de premissas silogísticas onde há como premissa menor afirmações de caráter individual e concreto e como premissa maior afirmações de caráter geral e abstrato.⁷

Todavia, parte preliminar da construção silogística nem sempre é visível do ponto de vista da construção da decisão. Nesta penumbra enquadra-se, primeiramente, a formação de premissas

⁴ Bem da verdade, PICÓ I JUNOY, Juan - *El juez y la prueba - Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, aponta de forma precisa e exaustiva os diversos e recorrentes equívocos na formulação do brocardo em questão cuja redação correta é “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”. Segundo o autor, no caso da Alemanha, “*La errónea formulación del brocardo se produce en relevantes autores alemanes de la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX [...] Así STEIN, en su magnífica obra Das Wissen des Richter, se refiere a máxima ('satz') 'iudex iudicet secundum allegata et probata partium'*”.

⁵ Como se abordará em seu tópico específico, a discussão travada por STEIN tinha recebido grande atenção da doutrina alemã após a publicação do trabalho *Die aussergerichtlichen. Wahrnehmungen des Prozessrichters* (1892) de RICHARD SCHMIDT poucos anos antes. Em referido trabalho o autor pretendia defender e assentar bases técnicas para a então atacada limitação do Juiz ao provado e aos limites da lide, um claro movimento de ruptura representada pela contracorrente doutrinária (Histórica) de fins do século XIX, especialmente em relação as escolas da Exegese e Pandectista.

⁶ CASTRO MENDES, João de - *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Edições Ática, 1961, p. 205, destaca que a ideia de Decisão Judicial aqui deve ser compreendida mesmo como superior e além da própria Sentença, ora que toda e qualquer decisão, deve ao menos ser reconduzida a um sentido lógico.

⁷ Interessante, ainda que não estejam diretamente abordados neste trabalho, é que o desenvolvimento de novas hipóteses da função jurisdicional tais como as dos procedimentos estruturantes, típicos de experiências como a dos Estados Unidos, teriam o condão de prover um inusitado *locus* de operacionalização de premissas de caráter geral e concreto, notadamente a discussão sobre estruturas decisórias prospectivas típicas, até então, das funções legislativas.

menores, como dito, responsáveis pela identificação da parcela concreta, particular e individualizável do silogismo. FRIEDRICH STEIN⁸ chega a dizer que os fatos se prestam ao juízo, mas tais juízos são sempre um resultado de uma conclusão em um processo racional. Tal procedimento no mais das vezes é resultante de transversalidades cognitivas dentro de silogismos instrumentais até o silogismo principal que resulta na decisão ou na efetiva incorporação da premissa ao processo.

Em segundo lugar, a construção silogística é também resultado de premissas maiores, as quais, por seu turno, articulam proposições e afirmações genéricas, seja de Direito seja de facto. Estas últimas, no que se refere ao Conhecimento Privado do Juiz, são as mais relevantes para os fins desse trabalho, pois ao tratarem pretensamente de imperativos factuais e máximas de experiência não estariam dentro do campo de disponibilidade das partes, cingindo-se à perspectiva da materialidade da afirmação, logo dando a validade do saber privado judicial⁹.

À parte o aspeto formal da lógica judicial, fica evidente que a articulação de premissas menores e premissas maiores encontra-se dentro da estrutura da função judicial grande *locus* de exercício do Conhecimento Privado¹⁰. O objetivo aqui é adentrarmos no campo espinhoso da

⁸ *El conocimiento privado del juez*, Santiago-Chile Bogotá-Colômbia, Ed. Themis e Olejnik, 2018, p. 12. “*Los hechos se le presentan al juez como juicios; pero los juicios son siempre el resultado de una conclusión, qué aunque en el mejor de los casos se produzca inconscientemente, nunca puede faltar del todo. Como mínimo, el conocimiento de la expresión lingüística de la impresión sensorial recibida es en todo caso la premisa mayor a la que tenemos que recurrir, aunque solo sea para llegar a una expresión de este tenor: vi un caballo blanco.*”

⁹ Esse ponto é destacado por CASTRO MENDES, João de - Ob. Cit., p. 604/606, que ao tratar da ausência de disponibilidade das partes no âmbito das afirmações genéricas de facto coloca em termos muito claros que tal decorrência vem de seu aspecto de generalidade. Segundo o autor, “*Se o regime de indisponibilidade das partes se deve considerar aplicado às afirmações genéricas de direito por estas serem genéricas (e não de direito), a conclusão lógica a tirar é que ao mesmo regime se devem em princípio considerar submetidas as afirmações genéricas de facto (máximas de experiência)*”. Mais adiante, ao tratar do nó górdio sempre presente sobre a questão da verdade processual, qual seja, a questão relativa à disponibilidade decorrente do exercício de disposição relativo ao ato de confissão o autor aponta que “*A razão está na ideia, muitas vezes afirmada, de que ao direito (processual) não interessam os resultados em si, mas a forma de os alcançar. É lícito às partes em regra dispor do eventum litis, mas não do processo de o alcançar fazendo dele uma farsa*”. O autor encerra com a fina ironia da sobre a manipulação de afirmações sobre a realidade com finalidade de exercício do suposto império da disponibilidade processual “*B pode confessar que deve uma indemnização, mas não que a deve por ter cumprido, ou que a deve porque a matéria nunca atraiu matéria alguma na razão directa das massas e inversa do quadrado das distâncias.*”

¹⁰ A atividade jurisdicional está, em tese, fundada de modo mais explícito no manejo do específico silogismo dialético, o qual parte de juízos hipotéticos ou disjuntivos nas suas premissas. Entretanto, quando tratamos do tema Conhecimento Privado, temos a entrada de elementos decorrentes do silogismo apodítico, ou seja, daquela espécie de silogismo que, sob a base de proposições universais, necessárias e verdadeiras são base para que uma afirmação seja qualificada como uma Máxima da Experiência ou como um Facto Notório. Com isso se quer dizer que na base de uma construção argumentativa dialética ou de fundamentação judicial (retórica judicial, pois com o objetivo de persuasão, ainda que ponderado pela legitimidade do intérprete) encontra-se, pelo uso instrumental de Factos Notórios ou Máximas de Experiência, espécies de juízos apodíticos. Assim a construção do silogismo dialético se inicia por uma premissa maior ou menor de origem apodítica que respeita às mesmas estruturas formais da função persuasiva e retórica do silogismo dialético. Como aponta SILVA PEREIRA, Fernando – *A responsabilidade Probatória das Partes no Atual Modelo Processual*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 46/47, para ARISTÓTELES – grande estruturador e propedeuta do método científico -, “*A silogismo dialético (dando origem a conclusões meramente contingentes ou prováveis) não difere, portanto, do silogismo apodítico do ponto de vista formal (i.e. em função da sua <<validade>> interna), mas em virtude da natureza de suas respectivas premissas*”.

pragmática da decisão, também tratada por STEIN, e que coloca dentro do quotidiano da atividade jurisdicional essa abertura para a autoridade (*rectius* poder) legítima¹¹ representada pelo Juiz¹². O aspeto ideológico envolvido na construção da decisão passa sobretudo pela necessidade de afirmação de pressupostos minimamente apreensíveis para o seu ponto de partida. Quer dizer, na antessala do embate entre perspetivas efficientistas ou substancialistas da Justiça¹³, reside não necessariamente a questão dos fins do processo genericamente considerado, mas, sim, o fim do processo (*rectius* Sentença Judicial Transitada em Julgado) como decorrência lógica da adoção de pontos de partida cognitivos. Esse princípio, qual seja, o da *Inegabilidade dos Pontos de Partida*, por força de um quadro razoavelmente disperso no modelo dialético-silogístico vigente na experiência processual contemporânea (ou mesmo uma exigência de economia processual) tem como condão evitar a discussão de todos os pontos que envolvem um litígio partindo sempre do “zero”¹⁴. Portanto, a adoção de modelos racionais pré-estabelecidos como *Pontos de Partida*, seja para fins e fixação de afirmações genéricas (máximas de experiência) ou afirmações concretas (Factos Notórios) espécies do gênero Conhecimento Privado do Juiz, é, se não condicionante, ao menos influenciadora do fim da construção racional da decisão.

Assim nos parece o campo de discussão sobre a forma como a doutrina identifica no ambiente de verdadeira incerteza e tentativa de controle de fundamentação ou de legitimidade da decisão aborda o Conhecimento Privado do Juiz como premissa de raciocínio¹⁵. Nessa toada, que

¹¹ TARUFFO, Michele, destaca que: “[e]ssa formulação do problema apóia-se em razões que parecem evidentes a quem adotar uma ideologia legal-racional da decisão judiciária. Trata-se, segundo a já clássica formulação de Jerzy Wroblewski, de uma concepção pela qual a decisão judiciária só poderá ser entendida e aceita como válida e justa quando for o resultado de um raciocínio conduzido segundo as normas do Direito, mas também segundo critérios de racionalidade cognoscitiva e de argumentação, de objetividade, de imparcialidade e de justificação das escolhas do juiz.”, *Senso Comum, Experiência E Ciência No Raciocínio Do Juiz*, in Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 2, n.º 2, julho-dezembro, 2001, p. 171-204.

¹² Não se descuida quando do uso deste termo a respeito da contribuição de MAX WEBER no que se refere aos modelos de Dominação Legítima em cotejo com os modelos de estruturação social. Logo é de conhecimento e serve como pano de fundo do presente trabalho que no período contemporâneo, para WEBER, vivemos no império da dominação lógico-racional, inserida no contexto de uma estrutura repetitiva de atividades auto referenciáveis e legitimadas pela função. Não por outra razão, a verdadeira alça de mira deste trabalho centra foco justamente na fixação lógico-racional de verdades e pressupostos fáticos implícitos em sede da construção das decisões judiciais. Logo, questiona-se: até que ponto o modelo processual publicístico e social pode conter as aberturas não lógicas (decorrentes da afirmação de factos notórios e máximas de experiência) na construção de raciocínios pretensamente lógicos no processo decisório? Certamente essa questão não deve ser respondida nos veios de uma mera dissertação em grau de mestrado que se presta mais a apresentar o estado da arte do problema.

¹³ SILVA PEREIRA, Fernando, Ob. Cit., pp. 40/44, apresenta diversos posicionamentos doutrinários sobre o tema.

¹⁴ As ciências “duras” (descritivas) possuem um conceito a respeito do tema qualificado como Singularidade, o que se trataria do limite na nossa capacidade de cognição, racionalização e previsibilidade.

¹⁵ Sobre o tema vide LIMA REGO, Margarida - *Decisões em Ambiente de Incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais*, Rev. Julgar, n.º 21, Coimbra, Coimbra Ed. 2013 e ENGEL, Christoph - *Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit*, 2001, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, n.º 2001/9, MaxPlanck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn.

JOÃO DE CASTRO MENDES, escorado no entendimento de GUASP e CALAMANDREI¹⁶, foi certo ao identificar talvez a maior ressalva para adentrar nos meandros da forma como se conduz a cognição judicial na construção da premissa silogística no dia-a-dia dos Juízes¹⁷.

O Conhecimento Privado do Juiz como elemento cognitivo (premissa de silogismo), assim, demonstra a sua importância como matéria da ciência processual. Principalmente quando inserido na perspectiva funcional do processo, ponto central daquilo que aqui tratamos. Quer-se dizer que o Conhecimento Privado do Juiz possui uma hipótese de abordagem muito das vezes ignorada pela dogmática. Trata-se justamente de suas características funcional e utilitária para o modelo de processo civil vigente, a qual está ligada a necessidades práticas do sistema, ora decorrente da ampliação de acesso ao sistema jurisdicional, ora decorrente da própria natureza da função jurisdicional como função do Estado na distribuição de justiça.

Sobre as primeiras - *características funcional e utilitária* -, pouco há do ponto de vista da ciência jurídica sobre o impacto que a universalização de acesso à atividade jurisdicional acelerada desde o início do Século XX exerceu na operacionalização do Conhecimento Privado do Juiz. Sobre as segundas, nas cercanias da produção científica do Direito, embora possamos indicar extensa bibliografia a respeito do modo como o Conhecimento Privado do Juiz acabou por se tornar uma via de escape do *non liquet*¹⁸, muito das vezes escorada em subjetividades e na construção indutiva, ao colocar uma trava – *o princípio da Inegabilidade dos Pontos de Partida* - para que se chegue a uma decisão¹⁹, essas perspectivas sempre se pautaram em sua maioria nas sistematizações

¹⁶ Este autor, inclusive, embora em um primeiro momento entendesse que a cadeia de processos silogísticos era característica do processo de formação da decisão judicial, em trabalho posterior viria a reformular o seu entendimento, afirmando a incompletude e a superficialidade dessa primeira visão, Calamandrei, Piero - *La genesi logica della sentenza civile*. in Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1965. v.1, p. 11/54.

¹⁷ CASTRO MENDES, João de - Ob. cit., pp. 205/206 “Não se pretende que a ideia de silogismo judiciário seja uma lei natural-psicológica (ou mesmo normativa), que rege (ou deveria reger) a atividade cognitiva dos juízes. Seria absurdo enunciar como regra que todo aquele que julga o faz sempre seguindo deliberadamente as fases de uma dedução silogística (ou mesmo que assim deve em rigor sempre proceder). [...] O mais seguro é abstermo-nos de formular regras absolutas. Como dizem CALAMANDREI e GUASP ‘a operação mental, como se desenvolve na mente de cada juiz, não pode nunca atravessar uma sucessão de fases nítidas e separadas, porque no pensamento vivo, que se rebela a toda a anatomia, estas sucedem-se e compenetraram-se de modo inconsciente e irregular’ Se es é o quadro referido à mente de cada juiz, como será referido aos milhares de juízes chamados a decidir milhões de casos concretos! Não pode haver neste ponto regras absolutas e universais.” E, ao complementar sua conclusão, o autor coloca de forma clara que, na necessária decomposição lógica dos fundamentos e elementos cognitivos, está a segurança de recondução da decisão à sua fundamentação. “O silogismo judiciário é um esquema lógico da gênese da decisão jurisdicional – e é por ser um esquema lógico que, apenas da sua natureza estática, pode traduzir o juízo, a gênese da sentença realidades dinâmicas. A este esquema: fundamentos (premissa maior e premissa menor) [...]; e decisão por eles justificada [...] se deve poder reconduzir, uma vez proferida toda a decisão judicial.”

¹⁸ Por todos, NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 204 e segs.

¹⁹ Tal tema é alvo de longas produções dentro da psicologia comportamental, notadamente sobre a temática dos vieses cognitivos da decisão que viria a inaugurar um ramo completo de estudo denominado *Behavioral Economics and the Law*, por vezes, crítico aos trabalhos de RICHARD POSNER e a sua análise meramente econômica do Direito. A exemplo desses trabalhos citamos os fundadores da *Prospect Theory*, KAHNEMAN, Daniel V. e TVERSKY, Amos - *Prospect theory*, *Econometrica*, Vol. 47, nº. 2, Mar., 1979, pp. 263/292; Idem - *Advances in prospect theory: Cumulative*

dentro do campo dos *standards* probatórios e da fundamentação. Acrescenta-se a essa segunda necessidade prática a muito rara abordagem de como o Conhecimento Privado do Juiz atua de modo que aqui identificamos como catalisador dos fundamentos de uma decisão, em contato direto com a ideia de economia processual.

Todavia, os temas acima foram identificados por muitos autores pesquisados para o presente trabalho. Foi possível assim nomear duas correntes bem distintas a respeito da aplicação do Conhecimento Privado, indistintamente nas espécies de Máximas de Experiência e dos Factos Notórios: a primeira uma **corrente otimista/pragmática** da sua função, ou seja, ao facto do Conhecimento Privado representar, ora uma confiança na função do *Juiz como pessoa inserida no mundo*, ora como verdadeira estrutura utilitária da função decisória e “proteção” contra o *non liquet*; a segunda uma **corrente cética** que, ao duvidar do uso do Conhecimento Privado reconhecia o seu “quê” de intangibilidade pelos mecanismos de controle de fundamentação e de sujeição ao princípio da controvérsia, por se tratar, no mais das vezes, de pressuposições, generalizações e afirmações categóricas pouco ou nada aferíveis operadas, por vezes, em contextos lógicos instrumentais e não expressos na decisão.

Entende-se, enfim, que a abordagem técnico-abstrata estrita a que se dedica a ciência do Direito - *e a do Processo em particular* - pouco ou nada tem contribuído ao conhecimento de novos Institutos Fundamentais do Direito Processual, especialmente a Cognição e a evolução sobre a Jurisdição, esta última ocupando posição de verdadeira superestrutura epistemológica do Processo Civil. Logo, é com o olhar macro que esse trabalho se propõe a examinar o tema²⁰.

2.1. Das Características do Conhecimento Privado do Juiz

Ponto de fixação da matéria deste estudo são suas distinções e aproximações mais focadas na perspectiva técnica, inclusive perante diversos outros institutos Processuais e a forma como a Lei aborda o tema. Uma primeira e essencial distinção é a correlata e parcialmente homônima, relativa aos meios válidos de prova ou dos Poderes Instrutórios do Juiz, que atende pelo nome de “Vedação ao Uso do Conhecimento/Ciência Privado(a)”²¹. Quer-se dizer com esse termo que é vedado ao

representation of uncertainty. J Risk Uncertainty 5, pp. 297/323, 1992. Em língua Portuguesa é possível encontrar alguns trabalhos académicos que sobre o tema a exemplo de FONSECA DA COSTA, Eduardo José - *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, Salvador: Ed. Juspodivm, 2018; CESAR DE AGUIAR, Julio - *Análise Comportamental do Direito*, São Paulo, Almedina, 2020. Outro trabalho que trata sobre o tema com enfoque científico é FORZA, Antonio, MENEGON, Giulia, RUMIATI, Rino - *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino 2017.

²⁰ Sobre uma abordagem muito interessante a respeito dos Institutos Fundamentais do Processo Civil remetemos a SICA, Heitor Vitor Mendonça - *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil, in 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013.

²¹ Alguns autores identificam de forma homologa o termo como Ciência Privada do Juiz, muitas das vezes havendo verdadeira confusão entre “ciência” e “conhecimento”. Exemplo, por todos, é a crítica elaborada por NELSON PALAIA, que a certa altura aduz que, por exemplo, o Facto Notório sequer estaria dentro do campo do Conhecimento Privado

Juiz ter acesso prévio ou por iniciativa própria extra processual a elementos probatórios envolvidos na questão trazida à sua apreciação, sua fundamentação legal disposta nos artigos 115º, 499º e 415 do Código de Processo Civil Português. Embora possa até haver pontos de contato, não se fala desse tema aqui²², ainda que no tema específico da iniciativa judicial no uso da notoriedade ou da máxima de experiência seja substancial.

Conquanto a doutrina tenha feito claramente a separação nesta quadra, é de fundamental importância dizer que o presente trabalho trata do Conhecimento Privado como gênero cujas espécies dogmáticas são os Factos Notórios e as Máximas de Experiência. Ao contrário de seu primo homônimo, este Conhecimento Privado não apenas não é vedado como é permitido e por vezes pressuposto ou legalmente previsto para a construção da cognição e da fundamentação judicial na experiência jurídica afeita ao modelo do livre convencimento motivado, principalmente pela pragmática, funcional e utilitária perspectiva que acima se discorreu²³²⁴. De todo modo, o Conhecimento Privado do Juiz não se encontra apartado dos domínios dos Estândares Probatórios, entretanto, ele é anterior e além mesmo da fase probatória. Mais que isso. Posto não estar apenas afeito à apreciação de provas, mas ao próprio caminho lógico

do Juiz, pois este conhecimento, por ser privado, estaria dentro do campo do conhecível, logo sujeito à iniciativa investigatória e não genericamente disponível, peculiaridade daquilo que é notório. Diz o autor *“Estaria o Fato Notório fazendo parte desse conhecimento privado? Parece-nos que não. Porque o Fato Notório faz parte do conhecimento tanto daquele juiz como de qualquer outro juiz ou outro homem daquela classe de cultura média. Logo, não é conhecimento privado.”* Mais adiante o autor revela a diferença da sua percepção sobre o conceito de conhecimento privado – *aquele que se assemelha ao que identificamos como ciência privada do juiz* – e o conhecimento privado, gênero no qual se insere o Facto Notório como espécie, destacada a vinculatividade em sua aplicação pelo juiz: *“Mas não é o conhecimento privado que a lei veda. Portanto, não se aplica, jamais, ao Facto Notório, o mesmo regime jurídico que se aplica ao conhecimento privado, pois trata-se de outro conhecimento que o juiz tem e que pode e deve usar, e erra se não usar, o qual sendo um Fato Notório prescinde de prova.”* PALAIA, Nelson - *O Fato Notório*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 80.

²² Para uma incursão profunda sobre o tema, remetemos a PICÓ I JUNOY, Juan - *El juez y la prueba - Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2007

²³ Segundo PIRES DE SOUZA, Luís Felipe - *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 95/96 *“[H]á que fazer uma distinção entre o saber privado e o saber cultural do juiz. O primeiro é um conhecimento ad hoc que o juiz adquire fora dos autos, designadamente após o surgimento da pretensão das partes. Versa sobre factos particulares concretos não obtidos pela atividade oficial. O saber cultural é marcado pela generalidade e pré-existente ao processo, nesta categoria se inserindo as máximas de experiência e os factos notórios. [...] Segundo CASTRO MENDES, a proibição do uso pelo juiz dos conhecimentos adquiridos fora do processo tem uma dupla fundamentação doutrinária, consoante se trate de (i) conhecimentos adquiridos para o processo ou (ii) conhecimentos adquiridos sem essa intenção, designadamente antes do processo. No primeiro caso, a proibição baseia-se na necessidade de imparcialidade do juiz resultante do princípio da igualdade das partes perante o tribunal. No segundo caso, a razão da proibição decorre de ser necessário facultar às partes o efetivo exercício do contraditório.”*

²⁴ A doutrina alemã se dedica em tempos recentes sobre a questão da livre iniciativa do juiz, e da pragmática jurisdicional, em buscar informações para seu convencimento na rede mundial de computadores, sendo a título e exemplo maior o trabalho de HAAS, Georg Alexander - *Internetquellen im Zivilprozess*, Berlin, Springer, 2019, onde o autor elabora um verdadeiro compêndio dos usos e das limitações perante o §291 do ZPO. A abordagem sobre esse tema tem também mobilizado escritos nos Estados Unidos a exemplo do artigo de autoria de BELLIN, Jeffrey e GUTHRIE FERGUSON, Andrew - *Trial by google: judicial notice in the information age*, in North Western University Law Review, Vol. 108, n.º 4, 2014.

da fundamentação e motivação, o Conhecimento Privado é aqui tratado como um fenómeno jurídico processual transversal, ligado a toda e qualquer decisão em laços íntimos com a própria adoção ainda que idealizada do processo de silogismo judicial.

Seja pela figura das Máximas de Experiência, generalizações abstratas, seja pela figura dos Factos Notórios, afirmações categóricas, o Conhecimento Privado revela-se como uma ferramenta, um artifício, um instrumento à disposição do Juiz para que se alcance um determinado resultado. Tal resultado, como já se disse, não é outro que a prestação da decisão judicial. Como aponta JORDI NIEVA FENOLL a utilização da Máxima de Experiência, *i.e.*, uma das espécies abordadas, de forma implícita de construção de uma fundamentação, muitas das vezes, está ligada ao processo cognitivo judicial seja qual for a sua carga lógica ou racional²⁵.

Tal especto conduz-nos a uma perceção, proveniente, diga-se, de uma mirada mais empírica, no sentido de que o género do Conhecimento Privado do Juiz, ainda que não positivado, é um fenómeno de índole sociológica. Veja-se que, embora ausente como instituto positivado em experiências jurídicas diversas, por exemplo, a francesa ou a anglo-saxónica²⁶, o Conhecimento Privado é aceite e fundado em premissas lógicas típicas dos acima citados “silogismos menores ou instrumentais”. Nas palavras de JOÃO DE CASTRO MENDES, “... a fixação da premissa maior pode exigir, e a fixação da premissa menor exige sempre, deduções silogísticas: a estas chamaremos, como o Dr. PESSOA VAZ, silogismos menores ou instrumentais. Do silogismo judiciário (principal) distinguem-se os silogismos (judiciários) instrumentais”²⁷. É sobre a forma como o Conhecimento Privado incide na formação desses silogismos menores ou instrumentais que reside o ponto ótimo deste trabalho.

A busca pela verdade processual também tem pontos de encontro muito estreitos com o tema ora abordado, pois, em suas facetas formal e material (ainda que tal distinção seja hoje superada), dialoga diretamente com a necessidade de recondução dentro do processo de

²⁵ *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*, Barcelona, Revist InDret, 03.2020, em linha «<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1549.pdf>», p. 428 “En Derecho siempre es muy costoso y arriesgado luchar contra la tradición, pero es obligado hacerlo si sigue parámetros absurdos. El problema es que cuando se desmonta un sistema hay que construir una alternativa razonable, y ahí fallaron todos los tratadistas del siglo XIX y buena parte del XX. Probablemente tenían tanta confianza en el Imperio de la Razón que pensaron que se impondría por sí sola. No fue así. Los jueces fueron utilizando las expresiones “intima convicción”, “sana crítica” o “máximas de la experiencia” simplemente para encubrir con una frase hermosa el uso de su propia intuición. Hay que reconocer que se les había dejado a los pies de los caballos. Del cómodo sistema de valoración legal pasaron de repente a la nada. Y encima se les exigía que motivaran.”

²⁶ TARUFFO, Michele - *Senso Comum, Experiência E Ciência No Raciocínio Do Juiz*, in Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 2, n.º 2, julho-dezembro, 2001, p. 187, indica esse aspecto das experiências jurídicas citadas, ressaltando que “... o conceito de máxima de experiência é intrinsecamente discutível – e não foi por acaso que em várias culturas jurídicas ele não teve recepção, inclusive na Europa, como por exemplo na França e na cultura processual de língua inglesa...”

²⁷ *Do Conceito...*, Ob. Cit., p. 219.

fundamentação da decisão. Não se descuida, nesta quadra, das perspectivas pragmáticas da busca pela verdade, ou seja, da ideia de verdade suficiente para o atingimento dos pressupostos de facto da decisão judicial que, nas palavras de FERNANDO SILVA PEREIRA possuem, inclusive, claros tons prático-emocionais. É dizer, nos meandros do curso que leva à decisão, abrigam-se construções lógicas pautadas em pressupostos instrumentais sendo “a verdade” mesma apenas mais uma ferramenta utilitária a ser manejada pelo Juiz²⁸. Referido autor é cuidadoso em fixar que tal percepção utilitária da verdade alcançada por via da prova, no moderno modelo processual, não se confunde com qualquer hipótese de íntima convicção, mas deve, por imposição da perspectiva de função pública e social da atividade jurisdicional, ser reconduzível por um dever jurídico de fundamentação²⁹.

Os factos e suas possíveis qualificações dentro do modelo de Processo Civil é outro tema de especial interesse. Nesse tópico, é essencial discorrer brevemente sobre os modos através dos quais o facto pode ser qualificado para fins jurídicos pela sua perspectiva semântica. Em um primeiro passo, podemos socorrer-nos de algumas ideias formuladas por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR o qual atribui ao facto um carácter linguístico funcional e retórico de conferir realidade a eventos³⁰. Logo, afirmar um facto é nada mais do que dar a concretude a tal, quando tal afirmação é dotada de legitimidade, a concretude, por evidente, ganha ares distintos.

MICHELE TARUFFO³¹ adentrando para o plano do uso processual do “facto” reafirma a sua natureza linguística que insere no plano processual (sujeito à dialética ou não) a afirmação de que algo no mundo ocorreu ou ocorre. Eis que o facto, travestido como instrumento linguístico processual, exerce função retórica e não de reprodução de verdade, apenas a reestruturação do que pode ser qualificado como factos relevantes para a construção do silogismo. Retoma-se, por

²⁸ *A responsabilidade Probatória...*, Ob. Cit., pp. 33/34

²⁹ A estrutura da verdade como algo relacional dentro das searas da adequação e da conformidade é uma nota muito importante para os fins deste trabalho. Como se abordará no tópico correspondente, é justamente dentro daquilo que a moderna análise comportamental em ambientes relacionais típicos das redes de internet chama de “*Clusters*” ou “*Echo Chambers*” onde se desenvolve a maior parte da construção de conformidade de afirmações relativas a Factos Notórios e Máximas de Experiência. Veja que, embora tais denominações não sejam diretamente aplicáveis a outras experiências fora das redes de internet, é possível, sim, identificar as mesmas estruturas relacionais dentro de grupos de Juízes e julgadores de toda ordem, sujeitos às suas experiências de grupo. Como se verá no seu tempo, muitos estudiosos da “Era da Pós-Verdade” têm apontado que a sustentação de generalizações abstratas e as afirmações categóricas estão ligadas com os grupos e a afirmação de um viés, de um modo preliminar, mas substancial para este trabalho veja BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico - *Facto Notório: revisão crítica diante da difusão digital de conhecimento*, 2022. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, no prelo, Ed. JusPodivm, pp. 89/92.

³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª Ed. São Paulo, Atlas, 2003, pp. 278/279, “É preciso distinguir entre facto e evento. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, “César atravessou o Rubicão” é um facto. Quando, pois, dizemos que “é um facto que César atravessou o Rubicão”, conferimos realidade ao evento. “Facto” não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade. A possibilidade de usar o elemento “é facto que” depende, porém, de regras estruturais. Pode ser usado para o passado e o presente, mas não para o futuro (“é facto que amanhã vai chover”).”

³¹ *Apud* SILVA PEREIRA, Fernando - *A Responsabilidade...*, Ob. Cit., p. 39.

oportuno, que por facto (entidade linguística funcional) não se está de qualquer modo afirmando uma topologia dentro das premissas do silogismo – *premissa maior ou menor* – por não ser *topos* silogístico uma exclusividade atribuível quer às proposições de Facto quer às de Direito. Como destaca JOÃO DE CASTRO MENDES “*A fixação da premissa maior não coincide com a questão de direito, a fixação da premissa menor não coincide com a questão de facto nem com a prova*”³². Com isso quer-se dizer que a articulação de proposições típicas de toda ordem de decisões judiciais tais como: “*É facto que...*”; “*Tem-se por notório que...*”; “*A experiência comum demonstra...*”; “*É de conhecimento geral que...*”; não passam de artifícios/instrumentos linguísticos retóricos e dialéticos que, no mais das vezes, antecedem/apontam/antecipam o exercício do Conhecimento Privado³³, seja como Máxima de Experiência, seja como Facto Notório, podendo elas compor qualquer fase da fundamentação (ou qualquer decisão interlocutória) e não apenas aquela reservada à Matéria de Facto e à fundamentação da Sentença. Inclusive tais formulações linguísticas são muitas das vezes desnecessárias para lançar mão da instrumentalidade do Conhecimento Privado do Juiz.

Muito embora normalmente haja uma correspondência entre a premissa maior de um silogismo e a afirmação de Direito, há sim hipóteses comuns em que tais premissas são Máximas de Experiência, uma vez que, por se tratar de afirmações gerais (como se discorrerá adiante) sua função dentro do silogismo é a de justamente subsumir uma afirmação específica. Usando o exemplo de JOÃO DE CASTRO MENDES³⁴, ao afirmar que “*um tiro no coração provoca a morte*” servimos-vos de um quadro geral sobre o qual será subsumida uma outra proposição. Assim, se está provado que *x* disparou contra o coração de *y* e “*É facto que...*”/“*Tem-se por notório que...*”/“*A experiência comum demonstra que...*”/“*É de conhecimento geral que...*” “*um tiro no coração provoca a morte*” deve-se construir o silogismo subsequente, por óbvio com base, neste caso, em uma Máxima de Experiência.

Por seu turno, a utilização do mesmo artifício linguístico é mais recorrente na quase identidade que se faz entre a premissa menor e um facto ou uma matéria de facto. Tal como se pode perceber quase intuitivamente essa confusão decorre da circunstância de que a premissa menor é composta justamente por uma proposição de carácter concreto ou particular para fins da construção do silogismo, não exclusivamente um Facto Notório ou uma Máxima de Experiência. Mais

³² Do Conceito..., Ob. Cit., p. 211.

³³ Sobre as Máximas de Experiência, este é o entendimento de NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 211, “*Las máximas son siempre citadas genéricamente a mayor abundamiento, como una especie de cláusula de estilo que obvia cualquier otro razonamiento. Y cuando se mencionan, no significan otra cosa que una referencia a una especie de imaginario colectivo que se toma como ejemplo de consenso social o científico de cuál es el id quod plerumque accidit.*”

³⁴ Do Conceito..., Ob. Cit., p. 214

evidente ainda é um grau de complexidade interno daquilo que *en passant* acaba sendo afirmado como um facto/premissa menor resultante da adoção de um silogismo, os já citados silogismos instrumentais, inseridos na premissa por artifícios linguísticos como o “é facto que...”. Como já se disse anteriormente, inclusive fundados em STEIN, todas as proposições particulares são resultado de atividades silogísticas que podem ser introduzidas por meio dos artifícios acima exemplificados. JOÃO DE CASTRO MENDES aborda o ponto de modo a distinguir e explicitar a fonte racional dedutível de um processo silogístico³⁵.

Uma grande parcela do que discutimos neste trabalho passa justamente pela forma como que as *imagens esquemáticas* e as associações aos conceitos e termos correspondentes pré-concebidos acabam por adentrar no contexto da fundamentação judicial pela via das proposições em silogismos instrumentais iniciadas com o uso do Conhecimento Privado, seja como Facto Notório seja como Máxima de Experiência.

Por último, a qualificação dos factos em sentido dogmático ou técnico é outra nota preambular para o tratamento do Conhecimento Privado do Juiz. Isso porque, ao passo que haja funcionalidade na afirmação da facticidade de algo, tecnicamente ou dogmaticamente tal afirmação possui um carácter teleológico sendo que os factos são qualificáveis quanto a sua importância para o atingimento da finalidade perseguida pelo processo. A experiência jurídica de cada país difere na qualificação dos factos sob esse prisma, sendo que em Portugal vigora, por força do artigo 5º do Código de Processo Civil, a distinção entre Factos Essenciais, Complementares e Instrumentais. Tal delimitação, por exemplo, não existe, ao menos normativamente, no Brasil cujo Código Processual é econômico ao fixar apenas como factos, no artigo 319 do Código de Processo Civil, aqueles que devem ser carreados junto à petição inicial como do tipo constitutivo do direito alegado ou carreados junto a defesa como factos modificativos, extintivos, modificativos ou exceptivos do direito do autor.

Se por um lado a categorização portuguesa denota um estreitamento da análise dos factos que serão apreciados ao longo da instrução, a generalidade brasileira promove a abertura das alegações fáticas sem necessariamente haver grau hierárquico. Por evidente que, em sede doutrinária, há no Brasil uma exaustiva análise sobre a preponderância entre factos principais e não principais ou factos primários e secundários, ora que tal qualificação é irremovível ante a fixação da *causa petendi* e dos efeitos acima indicados. Por peculiaridades da evolução do Direito

³⁵ *Do Conceito...*, Ob. Cit., pp. 217/218., “Os nossos juízos particulares ou concretos, tal como se apresentam conceptualizados, aptos a serem usados como premissa menor do silogismo judiciário, provêm ou de raciocínio ou de observação. Se provêm do raciocínio, são resultado de uma dedução redutível à silogística... Ainda, porém, quando sejam resultado da observação sensorial directa (prova directa), têm de se comparar as sensações recebidas com as imagens esquemáticas que possuímos associadas aos conceitos e termos correspondentes.”

Processual Brasileiro, nesta experiência podemos identificar uma maior preponderância para o conceito de *questio iuris*, categorizada como questão principal, incidental, prejudicial dentre outras. Tal aspeto tem inclusive efeitos práticos muito claros com a posicionamentos doutrinários que reputam a capacidade de formação de coisa julgada sobre aquilo que se qualifica como questões incidentais³⁶. Mesmo a técnica de fundamentação típica dos julgados brasileiros, que representativamente são muito mais focados em um modelo holístico, globalizador e generalista que em um modelo analítico de factos e provas³⁷.

Ante a existência da qualificação de factos nucleares e complementares na letra da Lei processual portuguesa, cujo foco é a delimitação do mérito de uma lide como premissa do silogismo judicial, é necessário discorrer brevemente sobre cada espécie.

A Doutrina qualifica os factos alegados pelas partes a partir da figura daqueles “*essenciais para a delimitação da causa, permitindo a elaboração dos temas da prova, nos termos do artigo 410.º, do Código*”³⁸, sendo que outros, da envergadura de LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE preferem denomina-los “*factos principais*”³⁹, seguidos dos assessórios e instrumentais. Doutrinadores como RUI PINTO indicam, contudo, que a categorização acima só pode ser bem percebida com a delimitação correta da causa de pedir, ora que, sejam quais sejam, tais factos estarão em órbita de modo próximo ou remoto da *causa petendi* que, em suas palavras representa “*... o facto jurídico ou complexo de factos jurídicos concretos de onde decorre o efeito jurídico pretendido (pretensão)*”⁴⁰.

Com efeito, a delimitação do objeto da causa, na perspetiva da substância posta em juízo⁴¹,

³⁶ Por exemplo, no âmbito estrito da coisa julgada, veja-se MARINONI, Luiz Guilherme - *Coisa Julgada sobre Questão*, 2ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

³⁷ Confira-se análise promovida por GASCÓN ABELLÁN, Marina - *La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación*, España: Universidad de Castilla la Mancha, p. 20. “*La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica globalizadora, en cambio, consiste, grosso modo, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa.*”

³⁸ PITÃO, José António de França e PITÃO, Gustavo França - *Código de Processo Civil Anotado*, Lisboa, Ed. Quid Juris, Tomo I, 2016, p. 38.

³⁹ *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2021, p. 36. Os comentadores destacam nesse ponto que dentro de sua categorização de factos principais estariam mesmo os factos complementares, ou seja, aqueles expressamente previstos pelo artigo 5.º, n.º 2, al. B), ora que esses últimos estariam tanto sujeitos ao princípio da controvérsia bem como estariam ligados à própria atividade probatória. Para alguma doutrina, tais factos complementares possuiriam uma independência daqueles principais ditos essenciais, dentre eles estão DE SOUSA, Teixeira - *Estudos sobre o novo processo civil*, Coimbra, Almedina, 1997; DO REGO, Lopes, *O princípio dispositivo e os poderes de controlo do juiz no momento da sentença*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, Coimbra Editora, 2013; LOBO XAVIER, Rita - *Os princípios do processo nos "princípios orientadores" da Proposta da Comissão de Reforma do CPC*, RMP/Cadernos, II/2012.

⁴⁰ *Notas ao Código de Processo Civil*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 19.

⁴¹ Segundo Rui Pinto, idem, p. 20, a dispositividade da parte e o impulso oficial são decorrência de uma perspectiva abrangente da causa de pedir, a qual exerce função delimitadora ampla desses dois aspectos. Em suas palavras: “[e]ssa

dialoga claramente com o grau de conhecimento de factos por parte do julgador bem como do núcleo de controvérsia e dos limites da coisa julgada. A expressão mesma do trinômio Factos Alegados, Controvérsia Instaurada e Limitação da Coisa julgada, não é senão a expressão mais prática da faceta dispositiva do Processo e de seu impulso inicial privado ao lado da sua faceta inquisitória e desenvolvimento público⁴². A doutrina fixa nesse ponto também outra das objeções quanto ao conhecimento privado do juiz, com acima se referiu, decorrente de iniciativa probatória extraprocessual e sem a oportunidade do contraditório. Sobre o ponto LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE são assertivos “[o] juiz não pode considerar, na decisão, factos principais diversos dos alegados pelas partes (em articulado ou em resultado da instrução da causa). Por muito que suspeite da sua verificação ou que deles tenha até conhecimento, o juiz não pode, em regra, deles servir-se.”⁴³ Por outra monta, o Código excluiria dessa estrutura controversial os factos instrumentais e, ainda que não generalizadamente, os factos notórios.

Quanto aos primeiros, há alguma consonância na doutrina a respeito de se tratarem de factos decorrentes da construção de afirmações gerais de aplicação de subsunção da norma a outros factos, no caso os essenciais. Tais factos podem adentrar no processo mesmo oficiosamente por mera aplicação de regras de experiência, a conformar aspetos de factos alegados. Para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁴⁴ “são os que indiciam aqueles factos essenciais”, ao qual alude exemplos relativos à ideia de negligência ou circunstâncias abstratas geralmente sabidas conforme as máximas da experiência. Para JOÃO DE CASTRO MENDES⁴⁵, “factos instrumentais são os que interessam indirectamente a solução do pleito por servirem para demonstrar a verdade ou falsidade dos factos pertinentes”.

De nosso lado, o que interessa pontuar é que a doutrina, de um modo geral, indica os factos

função exprime-se no duplo ônus processual de alegação (substanciação) e de prova que autor e réu têm de cumprir. Assim, às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas, como estatui o n.º 1, o artigo 552.º n.º 1 al. d) e o artigo 572.º al. c) - ônus da alegação. A quem, cumprindo esse ônus de alegação, invoca um direito (o autor, em regra; cf. o artigo 343.º, n.º 1 em que quem se arroga do direito é o réu) cabe ‘fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado’ (artigo 342.º n.º 1 CC) e contra quem o direito é invocado (o réu, em regra) ‘prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado’ (artigo 342.º n.º 2 CC) — ônus da prova. No plano objetivo, serão essas provas que irão fazer a demonstração da realidade dos factos” da causa de pedir (artigo 341.º CC). Neste sentido, em regra a causa de pedir também pode ser vista como o facto, simples ou complexo, constitutivo do direito alegado; ou ainda como o título do direito alegado.”

⁴² O Código de Processo Civil Brasileiro tem em seu artigo 2º expressa disposição nesse sentido o qual determina “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Como é certo das exceções previstas em Lei estão algumas atividades de impulso oficioso por parte dos Juízes a exemplo da instauração *ex officio* de procedimentos de resolução de controvérsias gerais, tal como o peculiar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vigente naquele sistema.

⁴³ Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, p. 37.

⁴⁴ *Introdução ao Processo Civil conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 52.

⁴⁵ *Do Conceito...*, Ob. Cit., p. 208.

instrumentais como instrumentos cognitivos para a conclusão de afirmações fáticas principais (*rectius* essenciais), e como instrumentos que são, estão, em uma primeira vista, sujeitos à livre disponibilidade operacional, logo alheios ao princípio da controvérsia. Não obstante, como se verá ao longo desse trabalho, o manejo de afirmações genéricas instrumentais, com arrimo no Conhecimento Privado do Juiz, mais especificamente, em sua modalidade de Máximas de Experiência, como sustentação da construção racional principal foi intenso alvo de especificação, notadamente pelos trabalhos de MICHELE TARUFFO, haja vista sua qualidade de generalidade⁴⁶ especialmente por ser conformadora de factos instrumentais. Sobre esse aspeto, principalmente ante ao reconhecimento de que as Máximas de Experiência, por possuírem qualidades de afirmação de generalidade e abstração, podem ser objeto de Recurso de Revista ou Cassação, ora que se assemelham mais à matéria jurídica que à matéria de facto, ou seja, tratam de afirmações gerais e abstratas que subsumem (como Factos Instrumentais) aspetos concretos e apuráveis no plano probatórios (Factos Principais ou Essenciais)⁴⁷. Alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que o uso de Máximas de Experiência e Factos Notórios na fundamentação merece a devida justificação sob pena de incorrer em vício de erro notório, em percepção muito clara de alargamento da matéria de direito⁴⁸, ainda que o manejo gere problemas tangenciais.

Já os factos notórios em decorrência de disposição expressa do Código de Processo Civil não estariam sequer sujeitos à produção de prova, ora por disposição expressa constante do artigo 412º, nº 1 do Código de Processo Civil. Guardada a especificação de suas particularidades para o *infra* deste trabalho, na presente quadra – *relativa à fixação da ideia em torno dos factos e suas qualificações* – importa distinguir que os factos notórios são qualificações de factos, quaisquer seja a sua categorização nos termos do artigo 5º. Com isso se quer dizer, que tanto factos essenciais, complementares ou instrumentais podem ser qualificáveis como factos notórios, desde que como tal assim sejam reputados pelo Juiz. Fica destacado assim que a qualificação de factos notórios é mesmo uma postura ativa o que pode atrair diversas dificuldades, justamente por implicação que se faz à instauração da controvérsia.

Ainda que nos aprofundemos em momento oportuno sobre os Factos Notórios, imagine-se

⁴⁶ CASTRO MENDES, João de - *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Ob. Cit., p. 214.

⁴⁷ Esse controle no âmbito recursal é abordado por diversos autores, notadamente DANILO KNIJNIK, sendo enfrentada de modo muito completo com foco na experiência brasileira por um de seus orientados, GROSS, Marco Eugênio - *A categoria das máximas de experiência no âmbito do livre convencimento do juiz e o seu controle pelo superior tribunal de justiça*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, Porto Alegre, 2011

⁴⁸ Embora originado do Processo Penal, veja-se, por todos, o Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão 241/08.2GAMTR.P1.S2, 3ª Secção, Rel. Santos Cabral, Data 23/02/2011.

a situação em que factos essenciais, embora devam ser obrigatoriamente alegados pelas partes, sejam tomados pelo Juiz como notórios – *i.e. como factos que, por efeito legal, não dependem de provas*. Por via de consequência e por força da própria disciplina constante no artigo 5º, cumulada com o entendimento doutrinário a respeito da instauração do contraditório e da controvérsia em torno da *Causa Petendi* (conforme se apresentou *supra*), entende-se pela livre disponibilidade de questionamento sobre tais factos, assim reputados como notórios, com o que se poderia colocar em questão tanto a notoriedade⁴⁹ quanto a ocorrência de tais factos⁵⁰ raciocínio que pode ser estendido para os factos complementares, decorrentes do desenvolvimento tanto da matéria relativa à causa de pedir quanto às provas produzidas ao longo da instrução. Por consequência, e assim nos parece também importante, os factos instrumentais, quando reputados como notórios, sequer seriam passíveis do exercício da controvérsia, é dizer, estariam dentro de uma linha de conhecimento e apresentação por parte do Juiz de pleno exercício oficioso, logo nos meandros de premissas silogísticas⁵¹.

Assim, a condução lógica idealizada da decisão toma por premissas (maiores ou menores) elementos ligados ao Conhecimento Privado do Juiz como matéria tópica do Direito Processual, seja em silogismos instrumentais seja em silogismos principais, e que, no caso dos primeiros sempre, e, no caso dos segundos, algumas vezes, estariam fora do princípio da controvérsia. O significado dessa disponibilidade de uso de premissas está completamente afeito à expectativa de funcionalidade jurisdicional contemporânea.

2.2. Antecedentes e Consequentes Históricos da Formulação Técnica Sobre o Conhecimento Privado do Juiz e sua Presença na Atualidade

No período da formulação técnica do Conhecimento Privado o Juiz por STEIN, fins do Século XIX, estavam já bem avançados os movimentos de questionamento a respeito do

⁴⁹ Sobre esse aspecto, LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE deixam claro que não se pode cercear a impugnação de notoriedade de determinado facto, cf. *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, Ob. Cit., p. 209.

⁵⁰ Quanto a esse ponto a exposição do DOUTOR ABILIO NETO, em relação ao Código anterior, no seu *Código de Processo Civil Anotado*, 17ª Edição, Lisboa, Edifórum, 2003, p. 726 aponta uma distinção muito conveniente e até fundamentadora do problema exemplificado, sobre a notoriedade decorrente do conhecimento geral de determinados factos e a notoriedade como imposição de efeitos jurídicos. Uma ação que verse sobre a proteção do pseudônimo por sua notoriedade, demanda prova, por óbvio, da notoriedade como facto essencial da pretensão. Todavia, a notoriedade tomada como fundamento da desnecessidade de provas não demandaria provas uma vez que a perspectiva conduziria a um contrassenso lógico.

⁵¹ Para TRINDADE, Cláudia Sofia Alves - *A prova de estados subjetivos no processo civil: presunções judiciais e regras de experiência*, Lisboa, Almedina, 2016, pp.278/279, aponta que tal questão pode também ser estendida para a discussão sobre a notoriedade de uma Máxima de Experiência e a instauração controversial sobre a sua alegação, tal posição também é suportada por PIRES DE SOUZA, Luís Felipe - *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017, p.93. Segundo a primeira “*Não obstante a inexistência desse ônus de impugnação, a parte a quem a aplicação da regra de experiência notória prejudica pode impugna-la e proceder, posteriormente, à sua contraprova ou prova em contrário, uma vez que a afirmação de facto notória pode logicamente ser falsa e que o juiz não se encontra obrigado a considerar, desde logo e forçosamente, uma afirmação de facto notória que considera, racionalmente, não verdadeira, devendo em caso de dúvida sobre a existência aditá-la aos temas da prova.*”

positivismo exacerbado das escolas hermenêuticas de estrito legalismo e dogmatismo do início do mesmo século⁵². A fixação em categorias de aplicação da norma expandiu-se pela Europa Continental em decorrência do processo de codificação – *cuyo expoente maior foram os códigos de Bonaparte*⁵³ –, como cediço, este movimento, em particular, culminou na ficção do *Juiz Autômato*, cuja atividade jurisprudencial não deveria passar da *‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’*⁵⁴. A forte influência iluminista é ressaltada por KARL ENGISH, ao citar, BOCKELMAN que destaca tal postura como de uma desconfiança sobre a atuação judicial⁵⁵.

Não apenas decorrente de uma concepção de perfeição do sistema normativo, a própria identificação da norma posta como resultante da atividade do legislador – *representante da sociedade republicana* - advogava para que fossem impostas condições processuais limitantes ao campo de manobra da atividade judicial e da formação de sua convicção. A concepção era de que, na generalidade da lei, o Juiz deveria encontrar a solução para todas as situações jurídicas. Em França, a Escola da Exegese⁵⁶ qualificava a lei positiva como única fonte jurídica. O método

⁵² De modo geral podemos citar as escolas da Exegese, Pandectista e Analítica de Jurisprudência, todas surgidas no século XIX, na França, Alemanha e Inglaterra, respectivamente. Enquanto, na França, se desenvolveu a valorização da manifestação volitiva do legislador e à codificação, presumidamente sem lacunas, na Alemanha, o movimento do historicismo jurídico, ao revés de subordinar o Direito à manifestação legislativa como representante da sociedade (vista como essencial pelos olhos burgueses de França) só construir uma teoria de direito positivo a partir de normas singulares com o estabelecimento de noções jurídicas fundantes e fundamentais. Por outro lado, na tradição inglesa, a *Common Law* fundava a perspectiva a partir dos precedentes judiciais e da lei ao estabelecer uma sistematização de clara índole positivista, com ao objetivo de fixar conceitos jurídicos.

⁵³ A evolução da ideia de *intima convicção* e um aprofundamento razoável sobre como esse processo influenciou a dimensão técnica do uso do Conhecimento Privado do Juiz será abordado nos tópicos finais deste trabalho. Nesta oportunidade, vale ressaltar a reconstrução histórica proposta por NIEVA FENOLL, Jordi - *La Valoracion de la Prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, pp. 70/85, em que o autor demonstra que o paulatino processo de adoção do livre convencimento em convívio com o sistema de provas legais teria uma origem remota atribuível ao arco teórico que se pode traçar desde meados do Século XVIII nos trabalhos e pensamentos de LOCKE, BLACKSTONE e BENTHAM – *pela tradição inglesa* – e evidentemente de CESARIE BECCARIA. Em sua maior parte, esse processo de adoção do livre convencimento foi fundado na derrogação das provas legais no âmbito do Direito Penal fortemente criticado na antessala das revoluções burguesas.

⁵⁴ KAUFMANN, Arthur - *A problemática da filosofia do direito do longo da história*, In A. KAUFMANN e W. HASSEMER (Orgs.), Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 114/116

⁵⁵ *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001, p.206 “*Houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo. BOCKELMANN em 1952 expôs uma vez mais a respectiva concepção fundamental em termos certos: «O tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico». A desconfiança que haviam chamado sobre si os juizes no período da justiça de arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central. Ao mesmo tempo, foi-se conduzido ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei, à exclusão de qualquer graduação da pena pelo juiz (sistema das «peines fixes» no Code pénal de 1791) e outras coisas semelhantes. O juiz deveria ser o «escravo da lei» (BOCKELMANN).”*

⁵⁶ Dentre os principais expoentes da Escola da Exegese, podemos citar, todos franceses, JEAN CHARLES DEMOLOMBE (1804-1887), RAYMOND TROPLONG (1795-1869), VICTOR NAPOLEÓN MARCADÉ (1810-1854), CHARLES ANTOINE MARIE BARBE AUBRY (1803-1883), CHARLES FRÉDÉRIC RAU (1803-1877), MARIE PIERRE GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE (1837-1913).

interpretativo literal era a mais patente de suas articulações onde que a *mens legens* era extraível diretamente da redação da Lei. Ademais, mesmo a incursão na interpretação literal deveria estar restrita a casos de ausência de previsão expressa, é dizer, quando a subsunção fosse obscura ou incompleta. A negação dos costumes como fonte normativa, passado repudiado (juntamente com o *Ancien Régime*), era cumulada com a crítica a atividade criativa ou referenciais extralegis⁵⁷. Era a extrema expressão da *Separação de Poderes* de MONTESQUIEU⁵⁸.

Evidentemente que essa premissa originada do complexo ideológico do novo estado burguês influenciaria na guinada das abordagens quanto aos meandros da própria cognição judicial no que se refere à valoração probatória. A fixação normativa extremada fora duramente criticada no plano probatório, mesmo antes da codificação, por BENTHAM forte influenciador do legislador francês⁵⁹ - *por seu turno, desaguando em verdadeira abertura para o uso do livre convencimento na matéria penal*. Entretanto, essa influência ficaria restrita primeiramente ao plano penal, ora que as ideias estabelecidas pelos exegetas, especialmente por POTHIER, dominavam a codificação civilista no contexto ainda imanentista da ciência processual.

Na Alemanha, a situação desenvolvia-se de modo similar, conquanto sujeita a diferenças que, em seu conjunto, acabaram por constituir campo fértil para os trabalhos de STEIN. A escola que viria a ser denominada de Pandectista⁶⁰ também conferia primado à norma legal negando fundamento absoluto ou abstrato à ideia do Direito. Entretanto, pela ausência de codificação em um corpo coeso de Leis, os seus seguidores adotaram como parâmetro as instituições do Direito Romano. O processo de reconstituição histórica partia do estudo do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, com foco na segunda parte deste trabalho, denominada de Digesto ou Pandectas, de onde viria a se originar o nome daquela escola.

Nesta parcela do trabalho Justinianeu, se concentrava a construção normativa de Direito Civil e as máximas constantes das bulas dos jurisconsultos ante questões que lhes haviam sido formuladas à época. Como dito, a peculiaridade de tratar da experiência romana mais imediata, já

⁵⁷ Para ROSITO, Francisco - *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 74: “...a codificação oitocentista, que deveria ser a expressão integral do Direito. Desse modo, a atividade judicial estava restrita ao puro silogismo, sendo caracterizada pela aplicação mecânica da regra geral posta pela lei ao caso particular em litígio. A norma legal interpretada seria a premissa maior de um silogismo em que os factos do caso concreto seriam a premissa menor, e com elas obter-se-ia a decisão.”

⁵⁸ O espírito das leis, São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 87, “Quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa; e era um vício da república da Lacedemônia que os éforos julgassem arbitrariamente, sem que houvesse leis para dirigi-los. ... No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.”

⁵⁹ NIEVA FENOLL, Jordi - *La Valoracion de la Prueba*, Ob. Cit., pp. 76/77

⁶⁰ Dentre os cultores da escola Pandectista estão BERNHARD WINDSCHEID (1871-1892), CHRISTIAN FRIEDRICH VON GLÜCK (1755-1831), ALOIS VON BRINZ (1820-1887), HEINRICH DEMBURG (1829-1907) e ERNST IMMANUEL VON BEKKER (1827-1916)

conferia a essa escola ao menos uma aderência aos usos e costumes, conduzindo a uma interpretação mais aberta se comparada ao positivismo dos Exegetas.

É de se destacar, inclusive, que BERNHARD WINDSCHEID, um dos polos relevantes – *seguido de THEODOR MUTHER* – para a formulação da autonomia do Direito Processual, era defensor da escola Pandectista. Foi a partir da célebre polêmica entre dois Pandectistas⁶¹, que se instaurou a controvérsia na formulação do Direito Processual fora dos esteios imanentistas, ou seja, dependente do Direito Material. A isso vem aderir que a escola Pandectista é fonte da própria formulação da perspectiva privatista processual, que desaguaria na perspectiva do processo liberal do século XIX. Possivelmente essa perspectiva privatista constitui uma das principais fontes do que se cunhou como o Princípio do Dispositivo, sendo o Processo a base para a instauração do conflito de interesses privados orientadores da atividade judicial, dentro dos lindes do quanto posto em juízo. LEBRE DE FREITAS expõe de forma irretorquível os fundamentos da concepção liberal dominante no Século XIX, sobremaneira a supremacia do princípio dispositivo⁶².

Conquanto as peculiaridades da evolução alemã sobre uma corrente de positivismo extremado – *mais especificamente por força do caráter de fundamentalidade da função judicial Estado/Juiz perante quem se mobilizava a ação (Klage)* – é possível verificar-se que a abertura

⁶¹ Em estudo muito interessante sobre a própria importância da polêmica para a formação da autonomia do Processo dentro da perspectiva da história das ideias, o autor KHALED JUNIOR, Salah Hassan, *Windscheid & Muther: A Polêmica Sobre a Actio e a Invenção da Ideia de Autonomia do Direito Processual*, in Sistema Penal & Violência Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, Vol. 2, n.º 1, pp. 97/109, aponta algumas passagens que revelam a contribuição que a fixação da correspondência ou não da *Actio* perante a *klage*, em suas palavras: “Os estudiosos do instituto da ação apontam para a célebre polêmica entre Windscheid e Muther como marco fundamental das concepções modernas de ação. A polêmica resultou na possibilidade de criação e evolução de uma teoria do direito processual, representando uma espécie de corte epistemológico indireto: na verdade a questão concentrava-se no problema da *actio romana* e na sua correspondência (ou não) à ação (*klage*) no contexto alemão da segunda metade do século XIX. ... O jurista italiano Pugliese afirma (na introdução que escreveu para a obra que reúne os textos dos referidos autores) que o significado do embate então travado não pode ser compreendido sem levar-se em conta o momento histórico que atravessava a ciência jurídica alemã no século XIX. Dentro da realidade jurídica alemã de então, as lições do direito romano (ou do que se entendia por direito romano, como veremos) eram consideradas corretas e absolutamente incontestáveis e, portanto, revestidas de universalidade. O direito romano de Justiniano permanecia em vigor em grande parte da Alemanha, sendo que não havia trabalho de direito civil e processual que não fizesse referência a fontes romanas. Naquele momento histórico o contexto era de aceitação praticamente unânime da máxima de Celso: a ação era entendida como o próprio direito material colocado em movimento, ou seja, a ação não era nada mais que o direito de pedir em juízo o que nos é devido. ... Surpreendentemente, o pensamento de ambos converge e se complementa a partir do momento em que Windscheid reconhece um direito do ofendido à tutela jurídica do Estado e do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Disso depreende-se que a ação devia ser contemplada como uma faculdade ou poder absolutamente independente do direito subjetivo substancial e correspondente também a quem não tivesse direito algum. ... Embora Windscheid tenha desfrutado de maior crédito no contexto jurídico oitocentista, Muther deve ser lembrado pelo grande mérito de ter chamado atenção – melhor do que havia feito Hesse – para a relação entre as partes e o Estado ou órgão jurisdicional, de forma a contribuir de maneira decisiva para o progresso dos estudos processuais.”

⁶² Introdução ao Processo Civil Conceitos e Princípios Gerais à Luz do Novo Código, Ob. Cit., p. 155/156. “Nesta concepção liberal do processo civil, dominante no século XIX, o juiz era reduzido ao papel de árbitro dum jogo que, com determinadas regras, se desenrolava entre as partes e o princípio do dispositivo exprimir a possibilidade que estas tinham de dispor do processo, em termos equivalentes àqueles em que lhes era lícito dispor da relação jurídica material.”

para a percepção da função judicial publicista era iminente. Tal ponto é mesmo tratado por filósofos do Direito e estudiosos de hermenêutica ao reconhecer que, no período, figuras como o próprio WINDSCHEID concebiam a superveniência de novas regras ou de novos valores os quais teriam como efeito alterar o significado da lei antiga, com o que este (WINDSCHEID) foi o primeiro a falar na “Intenção do Legislador”, não na época em que ele se situa, mas na época do intérprete⁶³.

Assim, ao menos nos domínios continentais europeus, pode-se notar um razoável “avanço” que aos poucos foi se vendo a partir da taxatividade normativa como fonte única – *nesse sentido inserida a própria manutenção axiológica das provas legais* - para a “abertura” ao modelo do livre convencimento, da íntima convicção e da *frei beweiswürdigung*. Com efeito, esse arco histórico passaria pela paulatina cristalização da ideia de que o fundamento na íntima convicção e no convencimento livre não era identificada necessariamente com a ideia de arbitrariedade e de discricionariedade incontida tão repugnadas pela ideologia burguesa. Dentre os mais sensíveis defensores dessa ideia está ninguém menos que SAVIGNY, como anota JORDI NIEVA FENOLL, o mestre alemão já pontuava de modo expresse que o livre convencimento estaria sujeito às regras das leis do pensamento, bem como de seu próprio conhecimento e experiência⁶⁴.

Como último exemplo, a Escola da Jurisprudência Analítica, vinculada à experiência inglesa, tinha que, por objeto do Direito, bastavam as leis positivas, não lhe interessando os valores ou conteúdo ético das normas legais⁶⁵. Com seu ponto de análise central no Conceito, ou seja, na perspectiva conceitual, a Escola Analítica, entendia que este era a representação reduzida da realidade. A conceitualização de realidade aliada com a tipicidade consuetudinária estaria, portanto, muito afeita às raízes empiristas da tradição Saxã originadas do pensamento de HUME. Os órgãos julgadores, assim, deveriam apenas aceitar e confirmar os costumes a partir de uma formulação probatória com a institucionalização da prova testemunhal na forma do júri⁶⁶ em uma tradição mesmo anterior à própria fixação de perspectivas positivistas do século XIX⁶⁷.

⁶³ REALE, Miguel - *Para uma hermenêutica jurídica estrutural*, in Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo, 72(1), 1977, p. 87/88.

⁶⁴ *La Valoracion de la Prueba*, Ob. Cit., p. 80

⁶⁵ A frase de AUSTIN, John, reputado fundador da Escola da Jurisprudência Analítica, é célebre “*A ciência da jurisprudência ocupa-se com leis positivas ou, simplesmente, com leis em sentido estrito, sem considerar a sua bondade ou maldade*”, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Londres, 1879, vol. 1. p. 176, tradução livre.

⁶⁶ Segundo LIMA LOPES, José Reinaldo de - *Uma Introdução à História Social e Política do Processo* - in Fundamentos de História do Direito, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 363 “*Esse júri de testemunhas foi definido claramente na primeira ação desenvolvida na common law, o writ of novel disseizin (Assize of Clarendon, 1166), de onde se propagou para todo o sistema de jurisdição real*”

⁶⁷ Com efeito é de se destacar que a revolução, dita burguesa, foi precoce em Inglaterra tendo ocorrido em meados do século XVII. Com o que se imagina que as tradições de positividade da atividade judicatória e da interpretação normativa tenham se realizado mesmo antes das expressões do século XIX que reverberaram por toda a Europa continental. Ainda segundo o citado trabalho de LIMA LOPES, José Reinaldo de, Ob. Cit., p. 363, “*Na tradição dos*

Contudo tais escolas passariam por fortes movimentos de contrariedade, principalmente a partir do último quarto do século XIX⁶⁸, com o avanço de perspectivas mais ativas e publicistas da função julgadora. JORDI NIEVA FENOLL destaca em sua magnífica reconstrução histórica que, conquanto no plano penal houvesse a razoável aceitação pelo convencimento livre, no plano cível, a abertura para essa modalidade de fundamentação a partir de trabalhos de diversos autores alemães⁶⁹ se deu de modo um pouco mais lento e paulatino. Com o tempo, e o trabalho de STEIN viria a tocar neste ponto, o foco central das escolas hermenêuticas passaria para a interpretação da Lei e sua aplicação visando, em evidente rutura, a abertura da fundamentação judicial para liames mais amplos que um positivismo exacerbado⁷⁰. Eis aqui o nó conceitual que, ao alicerçar a

normandos (que se tomou depois a tradição inglesa), a parte queixava-se à autoridade (rei, príncipe, duque...) de que sofrera algum agravo por parte de alguém, e que tal agravo era contra o seu direito, O rei expedia uma ordem escrita (breve, writ) ao seu comissário (ou juiz) e mandava averiguar os factos: provada a verdade do facto, devia-se proceder à restituição ao estado anterior. O instrumento da averiguação era o júri, reunido para responder sim ou não (verdade ou mentira). Com isto, a instrução ficava sempre sujeita a uma certa passividade do júri. As instruções deviam ser claras e as questões a serem respondidas deviam ser precisas. Tratava-se de uma espécie de prova testemunhal coletiva, em que a função do juiz consistia em organizar sua reunião nos termos precisos em que a queixa era apresentada. ... A função do juiz era organizar o julgamento dando às partes a oportunidade de duellarem perante ele: devia zelar para que tivessem iguais oportunidades, mas sua busca da verdade consistia em permitir que todos tivessem voz.” Era o “modelo duelístico” que dava contornos até exagerados ao privatismo processual.

⁶⁸ A ressalva para o facto de que mesmo do decurso, ou até antes, do período de relevância das escolas de positivismo exacerbado, havia diversas nuances e correntes tão ou mais relevantes, dentre as quais se destacam a Escola Histórica do Direito, cujo criador CARL VON SAVIGNY (1779-1861) é senão a figura de virada ante a conceituação do Direito Natural. Junto a PUCHTA (1798-1846) e outros pensadores dispersos em um período que vai de fins do século XVIII até a segunda década do século XX, o entendimento generalizado dessa linha de pensamento era no sentido de que o intérprete estaria razoavelmente desvinculado da letra fria da lei quando da utilização de mecanismos lógicos para a construção da decisão judicial, a isso se acrescentava o elemento sistemático em busca da construção de um sistema orgânico de cuja a norma positiva seria apenas uma fonte. A Escola, então, teria dentre seus pressupostos que o povo é o criador do seu Direito sendo tarefa do aplicador (juiz/intérprete) não apenas pesquisar a intenção do legislador, mas a expressão de uma consciência coletiva extraível na construção da norma através de um uso estrito da lógica.

⁶⁹ *La Valoracion de la Prueba*, Ob. Cit., p. 80, em que o autor cita autores como MITTERMAIER, BUSCH, ENDEMANN, que representariam, na Alemanha, um sutil mas consistente processo de derrogação do sistema de provas legais no processo civil. ENDEMANN viria, em meados do Século XIX, a lançar o conceito de verdade material em oposição a verdade formal, os quais tocavam ao princípio dispositivo ao privatismo processual extremado, mas sobretudo ao princípio da aportação das provas, cerceando o campo de atuação decisório e o exercício da livre valoração. Nesse sentido, NIEVA FENOLL defende que “[l]a libre valoración consistía, a decir de este autor, en el estudio de la vida, del auténtico conocimiento de las cosas que se extraía del uso del sentido común.” Vale aqui a ressalva de que ao passo que o princípio inquisitório é antagônico ao princípio da aportação das provas, tal manejo não vai de encontro à premissa adotada por este trabalho quando a superação do privatismo no sistema processual ter sido uma mola propulsora e o fundamento para os trabalhos de FRIEDRICH STEIN sobre o Conhecimento Privado do Juiz.

⁷⁰ A fim de evitar prolongamentos desnecessários na listagem desses movimentos, citamos pontualmente as Escolas *Histórico -Dogmática*, *Histórico -Evolutiva* e a *Teleológica*, cujas contribuições foram, na generalidade, a negação de que a fonte jurídica seria o positivismo puro e exacerbado. Segundo ENGISCH, KARL - *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Ob. Cit., pp. 206/207 “Esta concepção da relação entre a lei e o juiz entrou de vacilar no decurso do século XIX. Começa então a considerar-se impraticável o postulado da estrita vinculação do juiz a lei, por isso que não é possível elaborar as leis com tanto rigor e fazer a sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto à sua aplicação seja afastada. A mais disso, com o tempo, deixa-se também de considerar como ideal aquela exigência da vinculação à lei. À medida que os tribunais se foram libertando do poder dos senhores da terra e passaram a autonomizar-se como verdadeiras autoridades jurisdicionais «independentes», com a objectividade e o sentido da justiça próprios da sua função, começou a pensar-se ser lícito desembaraçá-los também das andas da lei a fim de eles disporem daquela liberdade de decisão de que precisam para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade. Não é aqui o lugar apropriado para descrever esta

atividade cognitiva de viés aberto típica da função jurisdicional contemporânea, toca na necessidade de uma especificação dogmática do uso do Conhecimento Privado do Juiz, ora diante das inegáveis evoluções experimentadas ao fim do Século XIX, tais como a imprensa periódica. Há, inclusive, substancial identificação entre a posição mais ativa do juiz ante o Princípio do Dispositivo⁷¹, a rutura com tais movimentos positivistas e o implemento comunicacional do período⁷². Este é senão o grande mérito do trabalho de STEIN.

CALAMANDREI, em icônica obra⁷³, viria a colocar o problema em termos, conquanto mais expressos, ao menos, mais explícitos, sobre a forma com que a construção de fundamentos decisórios, fixadas em imperativos de positivismo exacerbado estaria afeita a meandros implícitos da cognição. O autor alude em certa altura de seu livro, sobre as convicções íntimas, sentimentos, impressões, máximas de experiência, factos inegáveis para o arbítrio do intérprete, enfim, Conhecimentos Privados, no exato termo da expressão, que se refere ao que acontece dentro de um espírito durante o ato de decidir. Por óbvio, respeitado o que, a nosso ver, seria um “radicalismo ilustrativo” de CALAMANDREI, tal exposição tende a ser útil à medida que mostra o papel importantíssimo que reconhecer que a aplicação de percepções de mundo de uma pessoa inserida em sociedade é um aspeto irremovível da atividade judicial. Ainda que novamente não queríamos entrar no meandro da valoração probatória em específico, JORDI NIEVA FENOLL traz enormes contribuições para compreender que valorar livremente, termo que adotamos em sentido amplo, requer o manejo de máximas de experiências. O mesmo autor, citando STEIN, ainda destaca a importância que o mestre de Leipzig dava ao estabelecimento de limites para a atividade da livre valoração, segundo ele, brotando da fonte do uso devido das Máximas de Experiência as quais não seriam mais do que “*una explicación más técnica de la construcción lógica de la convicción*”⁷⁴

evolução em pormenor. A situação actual é a seguinte: a vinculação à lei dos tribunais e das autoridades administrativas não está tão reduzida quanto, no começo do nosso século, a chamada Escola do Direito Livre considerou ser inevitável e correcto: está o todavia em certa medida e de modo a obrigar-nos a orientar as nossas considerações metodológicas noutras direcções e por outras vias.”

⁷¹ Para DE FREITAS, Lebre, *Introdução...*, Ob. Cit., p. 156, “Esta conceção está hoje ultrapassada por um outra que passa pela atribuição de mais poderes ao julgador e pela exigência de cooperação entre o tribunal e as partes, como meios preferenciais para alcançar a verdade e, com base nela, alcançar o direito.” SILVA PEREIRA, Fernando - *A responsabilidade Probatória das Partes no Atual Modelo Processual*, Ob. Cit., p. 46/47,

⁷² Tal facto é apontado de modo costumeiramente claro por COMOGGIO, Paolo - *Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del facto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 156 “l’elaborazione – se non la vera e propria dottrina pura – di Stein rappresenterà (e rappresenta tuttora) la base del pensiero dottrinale successivo in tema di notorio, tedesco e, più in generale, europeo-continentale. Tale elaborazione, oltre all’indubbio merito di Stein, sembra trovare il proprio fondamento anche nel mutato clima sociale, culturale e anche (se non soprattutto) tecnologico avvenuto nel corso dell’Ottocento; il riferimento è, ovviamente, al prepotente sviluppo della stampa periodica in conseguenza dell’invenzione e della diffusione delle rotative”

⁷³ *Eles, os Juizes, Vistos por nós, os Advogados*, Ed. Pilares, São Paulo, 2013. CALAMANDREI é possível de ser apontado como um adepto das Escolas Realistas, com a qual haveria uma notável distância entre a perspectiva impessoal, inflexível, plenamente controlável e dogmatizada e a realidade da função judicial inserida em sociedade.

⁷⁴ *La Valoracion de la Prueba*, Ob. Cit., pp. 84/85

Com isso, que, sob a premissa de primeiro admitir, com o objetivo de depois possivelmente controlar, a utilização do Conhecimento Privado passa pela fixação técnica de STEIN a posição de um marco divisório na dogmática processual. CALAMANDREI, responsável pela maior evolução do tema na Itália, em outro trabalho⁷⁵ – *que pode ser considerado inclusive a evolução do conceito após STEIN* destaca que, na origem, a utilização de conhecimento privado decorreria da máxima *secundum allegata et probata partium debet iudex judicare, non secundum suam constientiam*⁷⁶. Sob essa máxima estariam tanto a fixação do Princípio do Dispositivo, quanto a impossibilidade de ampliação dos limites do pedido e da causa de pedir. A contribuição e CALAMANDREI com sua perspectiva social do Conhecimento Privado ao inserir a possibilidade de que o juiz, dentro de circunscrições técnicas, procedimentalizadas e controladas, utilize-se de seu conhecimento de mundo como *humano inserido no seio da sua sociedade* viria a incorporar ao trabalho de STEIN a efetiva transição, do ponto de vista procedimental, de um exacerbado cercamento positivista secular para uma atividade judicial regular.

A evolução subsequente ao reconhecimento de que a atividade judicial não apenas deveria poder se articular através do manejo de conhecimentos extra processuais, desde que controláveis e expressamente aderidos ao procedimento, é nota que pode ser colhida quase que intuitivamente a partir da evolução do Direito que se operou desde então. Muito embora possa haver intensa discussão na doutrina a respeito dos limites da liberdade na iniciativa probatória, de um ponto de vista - *por assim dizer* - mais passivo, ou seja, fundado na articulação de conhecimentos qualificados como gerais, ou os quais devem ser assim aferidos, a leitura de STEIN fez colocar uma “pá de cal” conceitual.

Com o notável abrandamento do princípio dispositivo e adoção técnica do que se poderia considerar como seu estoque de conhecimentos gerais, o juiz passa a fazer uso de conhecimentos -

⁷⁵ *Per la definizione del Facto Notório*, in Rivista di diritto processuale civile, a. 2, n. 4, 1925, p. 273

⁷⁶ E, de facto, logo no início de seu trabalho, STEIN também se refere a tal máxima em alusão ao escrito de RICHARD SCHMIDT, *Die aussergerichtlichen. Wahrnehmungen des Prozessrichters* (1892). Como já tratado neste tópico, as máximas originadas das Pandectas, nesse caso, como anota PICÓ I JUNOY, Juan - *El juez y la prueba*, Ob. Cit., o brocardo, já extraído de atividade de pós-glosadores do *ius comune*, a partir da Digesta, *Libro I, Título XVIII (De officio praesidis), Ley VI (Illicitas), §.I (Veritas)* (D. 1.18.6, §1º), estaria afeito senão à mesma avaliação a que WINDSCHEID submeteria o conceito de *Actio*. É dizer, o movimento de atualização, compatibilização da dogmática Pandectista ao tempo dos interpretes. Com isso que, ao contrário do que pareceria a uma primeira vista, STEIN, assim como WINDSCHEID, não negava a vigência da ideia por trás do brocardo, mas apenas propunha que tal brocardo fosse reconhecido em efetiva compatibilização técnica à funcionalidade processual de seu tempo, são palavras do próprio autor, em *El conocimiento...*, Ob. Cit., p. 1: “SCHMIDT no solo ha probado con sus profundas y penetrantes consideraciones la intrínseca necesidad de ese principio, sino que ha dado un paso de gran importancia respecto al modo habitual de fundamentarlo. Esto lo ha logrado, ante todo, negando parcialmente, con una claridad desconocida hasta este momento, la valoración tradicional de las máximas procesales (valoración que, por lo demás, en mi opinión, y al menos en lo que respecta al proceso civil, no ha sido mui seriamente considerada) y relegándolas, en cuanto tesis o principios derivados, al modesto lugar que les conviene de medios didácticos. Hay que conservar este proceso s metodológico y profundizar en él.” Vale a ressalva para o facto de PICÓ I JUNOY, Juan - *El juez y la prueba*, Ob. Cit., p. 46, apontar o equívoco da parte de STEIN na formulação do brocardo.

seus privados, franqueados ora sob um manto de controlabilidade do Instituto do Conhecimento Privado - a nível de afirmações genéricas ou concretas, como elemento, não apenas fundamentador da decisão, mas pressuposto da construção da fundamentação. Ao passo que tal uso permite a ampliação da capacidade de cognição judicial⁷⁷, ele também é instrumento óbvio de satisfação contra a proibição ao *non liquet*. O uso do conhecimento privado por parte o juiz é, portanto, atividade natural e repleta de perigos e riscos que o trabalho de STEIN viria a demonstrar, principalmente no tocante à valoração e à motivação, pontos que são devidamente destacados, por exemplo, por JORDI NIEVA FENOLL o qual, todavia, ressalva uma certa dose de antiguidade na formulação de STEIN⁷⁹.

As previsões legais que franqueiam essa utilização do conhecimento privado, estariam já dispersas nas mais variadas codificações, podendo ser encontradas na mera previsão de uso das espécies típicas (*Factos Notórios* e *Máximas de Experiência*) e das suas consequências práticas. Em Portugal, por exemplo, é possível identificar, não apenas no já referido artigo 5º, nº 2.º, alínea c do Código de Processo Civil, mas também em relação aos *Factos Notórios* previstos no artigo

⁷⁷ Como será tratado na segunda parte deste trabalho, a revisão de pequena parcela das pesquisas no âmbito da ampliação da atividade cognitiva judicial vista ao longo do século XX, nela inclusa o movimento de acesso à justiça (decorrente do projeto Florença), viria a exigir, de mais a mais, o uso de premissas decisórias decorrentes do conhecimento privado. Algumas correntes de estudo têm identificado essa atividade judicial que foge do universo da resolução de litígios individuais ou individualizáveis para a função, assim denominada, estruturante, ou seja, cuja função é mais focada na fixação de políticas, resolução de conflitos transindividuais e substituição, onde da própria pessoa do juiz se espera postura parcial. Sobre esses pontos, citamos de plano, o clássico MAUS, Ingeborg - *Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de 'vaterlosen Gesellschaft'*, in Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs.). *Stürzt der Götter?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1989 e sobre o conceito específico de decisões estruturantes citamos CHAYES, Abram, *The role of the judge in public law litigation*, in *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976 e FISS, Owen, *The forms of justice*, in *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979.

⁷⁸ Outro ponto que merece ser destacado a respeito da dimensão da atividade cognitiva judicial tem como fonte os trabalhos desenvolvidos pelo professor WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil*, 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, trabalho em que são apresentadas duas dimensões da cognição judicial, as quais o autor denomina de dimensão horizontal, que em extrema simplificação, se relaciona à amplitude das matérias de facto ou de direito postas na *Causa Petendi* e a dimensão vertical relativa ao aprofundamento cognitivo para a construção do convencimento a fim de se exarar a decisão. Conquanto a obra de WATANABE esteja mais vinculada à explicação da distinção entre cognição exauriente e cognição sumária, nos parece interessante ao menos aludir (em respeito aos limites e ao mérito do presente trabalho), que a demonstração do referido autor é muito pertinente em um possível paralelo entre o processo cognitivo judicial em sua dimensão horizontal e a hipótese de tal dimensão ser naturalmente incompleta quando apresentada ao juiz e que este, durante o processo de integração da *causa petendi* quanto no exercício de faculdades (conhecimento de matéria de ofício consideração de elementos de facto e de direito por força de suas atividades) utiliza seu conhecimento privado. A metáfora que nos vêm à mente é a de que, na dimensão horizontal, a ação judicial, consubstanciada pela *Causa Petendi* não é sólida, mas composta por diversas lacunas tanto de factos essenciais quanto de elementos oficiosos que se encontram para além do ofertado ao juízo. Eis que nos parece possível sustentar que o magistrado, tanto preenche lacunas quanto complementa e alarga o mérito – neste caso, *expandindo horizontalmente essa dimensão* - com o uso de faculdades processuais diversas, dentre elas, o seu conhecimento privado, Máximas de Experiência ou Factos Notórios, que possa ser aplicado à própria percepção da *Causa Petendi*.

⁷⁹ *Las Materias Extrajurídicas y el Estudio del Proceso en Michele Taruffo*, in *Revista ítalo-española de derecho procesal*, Vol. 1, 2021, p. 16, “La valoración de la prueba es libre, lo que supone que el juez utilizará las máximas de experiencia. Y quando uno acudía a leer a Stein localizando el porqué de este concepto, se encontraba con una obra sagaz, muy moderna para su época pera anticuada para la actual, en la que se describía cómo el juez, se quisiera o no utilizaba su conocimiento privado en el enjuiciamiento, lo que, como advertía Taruffo, es sumamente peligroso.”

412.º, nº 1.º do mesmo código. No que se refere às *Máximas de Experiência*, podemos identificar abertura para a sua utilização, não apenas nas previsões relativas às presunções⁸⁰, no uso de regras de experiência ou à complementação de conceitos jurídicos indeterminados⁸¹, mas, de modo positivado, podemos encontrar guarida no artigo 607.º, número 4.º do Código de Processo Civil, que, determina que, na análise das provas, o juiz deve indicar as “ilações tiradas dos factos instrumentais”, um dever de fundamentação que serve justamente para explicitar o caminho lógico, que pode ter se servido de um eventual conhecimento privado. Outras tantas disposições de mesmo gênero podem ser identificadas na própria legislação material, no que se refere principalmente à fixação dos já citados conceitos jurídicos indeterminados, sendo que, em alguns casos os próprios Factos Notórios assumem tal posição. como no caso em que a notoriedade de tal facto é a própria qualificação de existência do direito subjetivo ou a configuração de determinada circunstância jurígena.⁸²

Em legislações como a brasileira, o franqueamento para o uso do conhecimento privado encontra também guarida tanto em elementos de índole claramente processual quanto material. Salta aos olhos aquelas disposições que possuem foco na tutela de natureza transindividual ou aquelas que atraíam a necessidade de utilização do conhecimento privado pelos meros fins reconhecimento da matéria litigiosa no centro de questões que envolvam a noção do magistrado como cidadão ou para defesa de partes hipossuficientes na relação jurídica. Eis que desse casos, podemos citar tanto as previsões constantes da Justiça Laboral⁸³, como aquelas que podemos extrair das previsões do Direito do Consumidor⁸⁴, esta última, fonte de massificação litigiosa no Direito Brasileiro. Na experiência brasileira há disposições similares, inclusive, na previsão do próprio Código de Processo Civil, que, em ao menos duas passagens – *artigos 375.⁸⁵ e 374.º*,

⁸⁰ Neste caso remetemos a TRINDADE, Cláudia Sofia Alves - *A prova de estados subjetivos...*, Ob. Cit..

⁸¹ Sobre o tema, o qual será tratado com mais vagar ao falarmos sobre as máximas de experiência, veja-se MOREIRA, Barbosa - *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, in *Temas de direito processual*, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980.

⁸² A guisa de exemplo, podemos citar, a notoriedade qualificada na *Incapacidade Acidental*, cf. artigo 257.º, nº 2.º; a manutenção do direito do dono da obra ante a *Notoriedade do Vício* verificada no contrato de empreitada, cf. artigo 1209.º, nº 2.º; a *Demência Notória* como fundamento para dirimir o casamento, cf. artigo 1601.º, alínea b todas do Código Civil.

⁸³ Dentre os dispositivos que permitem a utilização do conhecimento privado do Juiz na justiça labora brasileira estão o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho, Dec. Lei nº 5.432, de 1º de maio de 1943: “Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar valor às regras de experiência comum ou técnicas”

⁸⁴ Cita-se aqui o Código de Defesa do Consumidor, Lei .8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 6.º, inciso VIII: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: ... VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

⁸⁵ Segundo a doutrina brasileira a previsão do artigo 375.º do Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda,

inciso I -, possuem menções explícitas para que o magistrado possa se valer das espécies de conhecimento privado elaboradas por STEIN.

Em Itália, a previsão do artigo 115, segunda *comma*⁸⁶ é muito similar àquela da legislação brasileira e reputada como sua fonte direta. Na experiência alemã, o *Zivilprozessordnung* possui também previsões muito similares em seus §§ 286 e 291⁸⁷, as quais qualifica como prerrogativas judiciais dentro do princípio da livre apreciação das provas, naquilo que poderia ser qualificado como Máximas de Experiência, e efetivamente dos Factos Notórios. Outras legislações como a espanhola admitem o uso do conhecimento privado, na figura das Máximas de Experiência, dentro da perspectiva das presunções judiciais⁸⁸.

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE, em interessante dissertação sobre as Máximas de Experiência⁸⁹, nota que mesmo em países que não as introduziram de modo positivado, tal como França e Inglaterra, haveria a possibilidade de fundamentação judicial com o uso de conhecimentos privados do juiz. Com o que é possível, sim, concluir que se trata como já se ventilou no tópico anterior, não de uma decorrência de prescrição legal, mas de uma inamovibilidade de qualquer

as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.” teria origem na redação do artigo 78.º do *Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano* que, de facto, é muito similar à referida disposição: “*Il giudice, nei casi in cui non siano statuite norme giuridiche particolari per la deduzione del fatto da provare dal fatto percepito, app regole di esperienza comune, date dall’osservazione di quanto comunemente avviene, e le regole di esperienza tecnica, salva, in questo caso, la facoltà di cui all’art. 121*”, sobre tal entendimento cita-se: BARBOSA MOREIRA, *Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano*, in *Temas de Direito Processual*, Quinta Série, S. Paulo, 1994, págs. 189 e segs.

⁸⁶ No original, “Art. 115. *Il giudice puo’ tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*)”.

⁸⁷ No original, “§286 *Freie Beweiswürdigung*, (1) *Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. ...*” e “§291 *Offenkundige Tatsachen*, Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

⁸⁸ Vide artigo 386 da Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley n.º 01, de 07.01.2000.

⁸⁹ *As máximas de experiência no processo civil*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, Vitória, 2009, pp. 58/59, segundo o autor, que se escora em VITTORIO DENTI, MICHELE TARUFFO, FRANCISCO ROSITO e outros, “*em todos os ordenamentos é reconhecida ao juiz a possibilidade de recorrer de ofício às noções da experiência comum aplicáveis à valoração dos factos. Essa possibilidade se manifesta em fórmulas e preceitos diversos. Na ciência processual alemã, o recurso às noções experienciais foi elaborado a partir do conceito de ‘regras ou máximas de experiência’; nos ordenamentos de Common Law deu-se a partir do desenvolvimento do princípio de judicial notice.*”. Abordando a forma como o conhecimento privado é articulado na experiência anglo-saxã o autor ressalta “*Judicial notice é a permissão dada a um tribunal para reconhecer e aceitar a existência de um determinado facto conhecido vulgarmente por pessoas de inteligência média. Evita, assim, a produção de prova do facto pelas partes. Em resumo, o mandatory judicial notice significa que os factos que constituem conhecimento comum não exigem prova das partes e podem ser utilizados para a tomada de decisão. É reconhecido na Rule 201 of the Federal Rules of Evidence for U.S. District Courts and Magistrates... Observe-se, por fim, que o judicial notice se afasta da noção de máximas de experiência, mas aproxima daquela de factos notórios. São os factos notórios conhecidos pelo juiz em razão de suas funções judiciais, os quais as doutrinas continentais têm dificuldade em admitir por causa da tênue linha que os distingue do saber privado (pessoal) do juiz, cuja utilização fere latentemente o princípio dispositivo.*”

atividade de subsunção passível de uma recomposição lógica da fundamentação⁹⁰. A essa característica, por óbvio, se agregam os Factos Notórios, dada a mesma impossibilidade de afastamento desses conceitos da prática judicial. Entretanto, sob a perspectiva ora proposta, a essa naturalização do Conhecimento Privado do Juiz, merece estudo técnico instrumental.

2.3. Natureza Jurídica do Conhecimento Privado do Juiz

Uma revisão da doutrina, demonstra que a questão quanto a natureza jurídica das Máximas de Experiência e dos Factos Notórios sempre se deram com foco na leitura apartada dessas espécies dentro do género do Conhecimento Privado do Juiz. Ao passo que a função silogística de ambas remete para uma leitura recorrentemente apartada das funções (respetivamente, formação de uma premissa maior e formação de uma premissa menor) é patente que a sua perspectiva unificada tem contornos que fogem à mera leitura técnica, mas cujo esforço é válido. Logo afirmar a identificação do género como conceito determinante para a aproximação de uma natureza jurídica acaba por parecer, aos olhos técnicos do processualista, um pouco carente de fixação e mais afeito a características sociológicas do que às perspectivas processuais⁹¹.

Não obstante, é de se destacar que figuras de larga relevância, especialmente no desenvolvimento que o instituto se sujeitou em Itália, já reconheciam que a distinção entre tais géneros deveria mais a uma estratégia organizacional da obra de STEIN que propriamente a distinção técnica pura. Segundo CALAMANDREI, citado por GERHARD WALTER⁹², *“Tanto los unos como los otros forman parte del acopio de conocimientos acumulados tradicional y habitualmente en determinado estrato social y que podemos llamar cultura general”*. Como se verá mais adiante, estaria no conceito de cultura comum o parâmetro unitário de ambas as espécies. ALLORIO, chegaria mesmo a afirmar que tal distinção é estéril ou meramente acadêmica.

⁹⁰ ROSITO, Francisco, *Direito Probatório As máximas de experiência em Juízo*, Ob. Cit., p.75, destaca, ainda que com um caráter claramente otimista da sua posição, que o clima político e social do período de formulação técnica das Máximas de Experiência contribuiu para um noção mais realista sobre o uso do saber privado do juiz, nas palavras do autor: *“Percebeu-se que, como o juiz, no processo de conhecimento, adota necessariamente noções empíricas e de caráter geral para fundamentar sua decisão, a proibição irrestrita dessas noções gerais inviabilizaria a compreensão do iter lógico e argumentativo dessa decisão na reconstrução dos factos relevantes. Assim, acabou sendo reconstruída, em sede de doutrina, a legitimidade do uso, por parte do juiz, daqueles juízos hipotéticos gerais derivados da experiência. Era o entendimento de que o juiz não pode fugir da lógica da objetividade, ao reviver o passado com base no presente, atento à normalidade das coisas e em conformidade com as leis do pensamento. Por conseguinte, pode-se dizer que as máximas de experiência, ao tempo da sua concepção dogmática, representam uma importante tentativa para compreender e submeter a lógica do juiz a algum controle, na medida em que surgem, no âmbito processual, como forma de racionalizar e conceitualizar o senso comum, evitando perigos de subjetivismos extremos.”*

⁹¹ Salta aos olhos formulações do tipo da de FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo - *Factos Notórios e Máximas de Experiência*, in *Revista Forense*, Vol. 376, ano 100, nov/dez 2004, *“‘Regras de experiência’ e ‘factos notórios’ têm em comum o pertencerem a uma categoria mais vasta, à qual a doutrina costuma referir-se como ‘saber privado do juiz’, vale dizer, ciência de factos que ele não hauriu nos autos, mediante produção de provas na forma do processo legal. Um e outro também sobressaem nesse universo pela apontada circunstância de que, excepcionalmente, quando de alguma dessas espécies se trata, ao juiz é permitido servir-se, no deslinde das questões de facto, desse seu conhecimento privado. Cessa aí, contudo a aproximação entre as duas espécies.”*

⁹² *Libre Apreciación de la prueba*, Bogotá, Ed. Temis, 1985, pp. 297/298.

Chega a ser irônico, portanto, como o Conhecimento Privado do Juiz, no nome e na expressão, assumiu ares demasiados sociológicos para fixação da natureza jurídica de um instituto, levando inclusive a um entendimento de função quase superficial, que pode ser extraído de diversos trabalhos sobre cada qual das espécies. Salvo nobres, louváveis e relevantes posições mais contemporâneas⁹³, o recorte comum sobre as espécies chega mesmo a negar a sua autonomia jurídico-processual plena⁹⁴ o que entendemos de todo descabido quanto analisadas as espécies unidas pela sua perspectiva de funcionalidade processual. Dito, claro, para além do que tanto se desenvolveu no âmbito do Direito Probatório.

Negar a funcionalidade como elemento concessivo de natureza jurídica, por buscar efeitos supostamente “para” processuais, seria como dizer, por exemplo, que o princípio da economicidade, albergado por inúmeros institutos relativos às nulidades processuais, ou o princípio da celeridade, ligado a uma infinidade de institutos como o regime das preclusões processuais, não possuem natureza jurídica plena por estarem afeitos a intenções extra jurídicas como a redução de custos e a agilidade na prestação jurisdicional.

O que propomos no presente trabalho é justamente a leitura sintética da função das Máximas de Experiência e dos Factos Notórios dentro do género do Conhecimento Privado do Juiz, assim se espera, tornando-as passíveis de uma identificação mais exata de sua natureza jurídica e funcional para o sistema de justiça contemporâneo, sem abrandar sua instrumentalidade. Com efeito, o que se apercebe é que a perspectiva pragmática e funcional do Conhecimento Privado do Juiz está alhures de uma função jurídica ideologizada como a suposta busca por conceitos abertos como a Função Social ou o Bem Comum⁹⁵. Embora alguns autores encontrem no manejo moderno desse instituto meio de superar entraves para a oferta da prestação jurisdicional, nas palavras de TEIXEIRA DE SOUZA, o sistema da livre apreciação fundamentada de provas usa das “*máximas de experiência, bem como em conhecimentos pessoais de ordem lógico-dedutiva sobre*

⁹³ Tal como a de MICHELLE TARUFFO dentre outros.

⁹⁴ Conforme abordamos mais detidamente *infra*, algumas posições entendem serem as Máxima de Experiência e os Factos Notórios espécies quase-jurídicas por não possuírem uma suposta “*Natureza jurídica plena*”, dentre eles o acima citado FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo - *Factos Notórios ...*, Ob. Cit., e GILBERTO FACHETTI SILVESTRE - *As máximas de experiência...*, Ob. Cit..

⁹⁵ Alguns autores, muito influenciados por essa perspectiva ideologizada, advogam que o uso do conhecimento privado do Juiz estaria ligado a um exercício de ativismo judicial, tal como um encontro político da função judicial. O juiz, para esses autores, estaria vinculado a uma função ativa de encontrar, no seio de seu conhecimento privado soluções e juízos sobre o que “de facto” ocorre no mundo, o que se fundou como uma chamada “função inovadora”. (por todos, veja PESSOA, Flávia Moreira - *A utilização das máximas de experiência no campo probatório no direito processual civil*. Justiça do Trabalho, v. 21, n. 251, p. 30-37, nov. 2004.) O advogar desse ponto de vista inclusive presta ao conhecimento privado do Juiz a função de permitir o afastamento, quando necessário, do direito positivo, sob o argumento de que a realidade social não se limita às previsões legais e a prestação jurisdicional efetiva assegurada às partes. Tal posição – *que não se resume ao uso do conhecimento privado* – vem sendo renitentemente criticada na doutrina, especialmente, por sua criatividade exacerbada e a falta de controle do uso desse expediente.

as realidades da vida e da convivência social”⁹⁶ e não o inverso. É dizer: ao que parece, há um reconhecimento de que o Conhecimento Privado como instituto tem dimensão técnica definida e clara para a construção da cognição, do convencimento e sobretudo da fundamentação judicial. Logo seguir o caminho contrário de uma teleologia extra processual imediata (na busca de valores indeterminados) talvez seja a razão das confusões que impedem a perspectiva do instituto relativamente à sua natureza jurídica.

Tal perspectiva, quando analisado o instituto do Facto Notório⁹⁷, é destacada por COMOGLIO⁹⁸, que, com base em produções científicas da *Common Law* expõe a visão pragmática sobre o instituto, ainda que ele repute, diferente do aqui defendido, tal aceleração da operabilidade do instituto a uma demanda já antiga da sociedade. A necessidade difusa de uma operabilidade desse tipo de *ragionamento* é, para COMOGLIO, uma decorrência da necessidade de aceitação difusa do conteúdo decisório, com o que concordamos. O autor ainda, citando GHISALBERTI, afirma que *“l’opinione più comune in materia è un’altra: accolta da tutti quei pochi che hanno scritto su tale argomento, considera la prova per notorio un espediente pratico ed economico, derivante dal principio del risparmio dei mezzi procedurali e dell’applicazione della legge del minimo mezzo del processo”*⁹⁹. E, ainda citando GHISALBERTI, prossegue definindo o Conhecimento Privado como *“un fatto le cui circostanze lo rendevano incontestabile, con risultato di impedire una prova contraria e di rendere conseguentemente applicabile una procedura più spedita”*¹⁰⁰

Haveria, assim, um *locus* operativo desse instituto que estaria diretamente ligado à construção da decisão gerando efeitos pela sua aplicação, como já dito *supra*, suposta e desejada pelos sistemas processuais contemporâneos em atenção a valores econômicos e de eficiência. O uso do Conhecimento Privado do Juiz se assemelha à citada agilidade, economia e aceleração da

⁹⁶ SOUZA, Teixeira de - *A livre apreciação da prova em processo civil*, Scientia Iuridica, Braga, nº 33, t. XXXIII, 1984, p. 123.

⁹⁷ Como teremos oportunidade de destacar, muito da doutrina Italiana entende pela identidade das espécies dentro do conhecimento privado do Juiz.

⁹⁸ COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 156. Em nota de rodapé, o autor se refere a alguns trabalhos da seguinte forma: *“Già Wigmore aveva chiaramente evidenziato che lo scopo della regola della judicial notice (in gran parte equivalente al notorio, ma sul punto si dirà meglio in seguito), è quello di «save time, labor, and expense, in securing and introducing evidence on matters which are not ordinarily capable of dispute and are actually not bona fide disputed» (WIGMORE, A Pocket Code of the Rules of Evidence in Trials at Law, Boston, 1910, 476); in senso del tutto analogo, con riferimento all’ordinamento inglese, cfr. PHIPSON, On Evidence, Londra, 2005, 53, secondo il quale «Judicial notice can save time and cost, and promote consistency in decision making». Ancora recentemente, cfr. F. FERRARI, Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile, in AA.VV., Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell’incontro di studio, Como, 16 maggio 2014, Bologna, 2016, 91, la quale giustamente rileva come il notorio risponda non solo a ragioni di economia processuale, ma anche alla «necessità di considerare il processo ed il suo esito da un punto di vista sociale ed antropologico, escludendo dunque che la sentenza possa essere in contrasto con il bagaglio culturale dell’uomo medio in un certo tempo e luogo ed anzi “precostituendo” la ratifica della stessa da parte della collettività”*

⁹⁹ COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 160.

¹⁰⁰ COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 161.

cognição judicial, evitando o atentado contra a função dogmática da inegabilidade de ponto de partida cognitivo decisório¹⁰¹. Para promover uma primeira aproximação sobre esse aspeto, é necessário tecer alguns pontos sobre a forma como o raciocínio judicial se dá em campo expandido e suas distinções para a formulação de discursos, com foco especial pela peculiaridade do raciocínio dogmático, típico para a concretização da função decisória.

TERCIO SAMPAIO DE FERRAZ JUNIOR – *tributário de sua experiência como aluno de THEODOR VIEHWEG na universidade de Mainz* – identifica uma dualidade entre modos de condução do raciocínio através da dicotomia entre *Dogmática* e *Zeetética*. A primeira – *Dogmática* – estaria ligada à função técnica do conhecimento, que, no plano do Direito, se revela como um verdadeiro viés da solução do conflito da questão jurídica. Em suas palavras “*um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos*”¹⁰² Mais adiante o autor expõe a afinidade do saber dogmático contemporâneo com os valores ideológicos da sociedade capitalista tecno-industrial, ou seja, um saber focado na economia, no cálculo custo/benefício e na natureza pretensamente asséptica da função judicial.

Por outro lado, a *Zeetética* estaria ligada a uma busca mais afeita às ciências descritivas com a qual não há, por via de princípio, vinculação com um objetivo prático. É dizer, enquanto a *Dogmática* presume um ponto de partida para a busca de um fim prático (ex. vi. a subsunção de um facto a uma norma) a *Zeetética* está ligada ao questionamento do dito ponto de partida cognitivo,

¹⁰¹ Essa proposta de abordagem leva ainda em conta que o Conhecimento Privado do Juiz se encontra imbricado no âmbito de aplicação do Direito Probatório e, claro, das limitações quanto a possibilidade de acesso a verdade pela atividade jurisdicional. Limitação esta que não pode impedir o progresso da função decisória. A racionalidade procedimental a qual dota o processo de legitimidade, com escólio em diversos doutrinadores, mas, sobretudo, nos trabalhos de LUHMANN, Niklas, tem ponto de contato expresso com a ideia de processo e sua realização no Estado Democrático de Direito (ex. vi. *Legitimation durch verfahren*). A funcionalidade da busca pela verdade através da prova (mecanismo típico de ingresso dos factos e experiência do mundo na relação jurídico processual), embora definida por diversas correntes de pensamento, hoje, por posicionamento maioritário, abandonou a ideia de certeza dirigindo-se mais ao conceito de verossimilhança tal como se posiciona CALAMANDREI, Piero - *Direito processual civil*, vol. III. Trad. Luiz Abezia e Sandra Fernandez Barbary. Campinas, Bookseller, 1999. p. 267, “*Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que permaneça incerto a respeito dos factos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (esta é sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica. Para obtê-lo, se vê constrangido como extrema ratio a se contentar com o que alguém continua chamando de ‘verdade formal’, conseguida mediante o artifício das provas legais e mecanismo autônomo da distribuição da carga da prova, mas mesmo no sistema de provas ‘livres’, parece que a liberdade de apreciação fosse o instrumento mais adaptado para a consecução da ‘verdade substancial’, a avaliação, mesmo que livre, leva em todo caso a um juízo de probabilidade e verossimilitude, não de verdade absoluta.*”.

¹⁰² *Introdução ao Estudo do Direito*, Ob. Cit., pp. 85/86 “*O saber dogmático contemporâneo, como tecnologia em princípio semelhante às tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica (capitalista) das coisas é bastante visível. A ideia do cálculo em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade. Os conflitos têm de ser resolvidos juridicamente com o menor índice possível de perturbação social: eis uma espécie de premissa oculta na maioria dos raciocínios dos doutrinadores.*”

em busca de identificar pressupostos, origens, fontes, bases e modelos de racionalidade, sem compromisso, ao menos imediato, com objetivos pragmáticos.

Não há dúvida que, por definição, a função jurisdicional (bem da verdade toda e qualquer função decisória vinculada a um princípio de regras que atribuía uma obrigação por decidir – *non liquet*) opera em meios dogmáticos. Por outro lado, no campo da *Zeetética*, que poderíamos substituir facilmente pelo termo filosofia, não há o mesmo comprometimento com a chegada em um resultado prático da decisão.¹⁰³ Assim, é justamente no campo de uma validade presumida do conteúdo do discurso jurídico que reside o ponto elementar do cumprimento da função decisória, inclusive na sua dimensão de eficiência. Tal direcionamento a um fim determinado típico da função jurisdicional é exposto por TARUFFO com suporte nos conceitos de “xadrez infinito” e de “adiamento infinito” originados de DERRIDA¹⁰⁴, sobre os quais o autor frisa a função decisória e operativa. Mais uma vez nos socorrendo de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR “[p]ode-se não saber qual a decisão de será tomada diante de um conflito, mas se sabe, desde logo, que uma decisão ocorrerá. Essa compulsoriedade é que confere ao saber dogmático a necessidade de criar condições de decidibilidade.”

O mesmo autor ainda traz uma anedota muito explicativa sobre o tema, especialmente sobre como os pressupostos dogmáticos e zeetéticos operam no processo de ação quotidiana. Narra o autor: “*Sócrates estava sentado à porta de sua casa. Nesse momento, passa um homem correndo e atrás dele vem um grupo de soldados. Um dos soldados então grita: agarre esse sujeito, ele é um ladrão! Ao que responde Sócrates: que você entende por ‘ladrão’?*”

HERMES ZANETI JUNIOR é outro autor que aborda de modo muito interessante, para fins de uma aproximação técnica, aquilo que podemos associar com a função aqui proposta do instituto do Conhecimento Privado do Juiz. Em artigo de fôlego¹⁰⁵, o autor destaca o contexto do problema da verdade no processo civil e a dialética entre “*modelos de geometrização do direito*” e o uso da tópica retórica no processo de construção da base cognitiva da função judicial. Segundo o autor, a verdade processual, ao longo de dois séculos, passou a ocupar uma figura de construção técnico-científica que afastou da prática decisória a discussão tópica da formação do ponto de partida decisório, a adoção do que se pode denominar de uma tecnocracia funcional, efetiva, eficaz e, sobretudo, célere. O que muito se assemelha com a adoção de meios de internalização de elementos catalisadores cognitivos como parece ser o Conhecimento Privado do Juiz.

Em contraponto o autor, citando o mesmo THEODOR VIEHWEG, menciona o que seria o foco

¹⁰³ *Introdução ao Estudo do Direito*, Ob. Cit., pp. 39 e segs.

¹⁰⁴ *Il Fatto e L'interpretazione*, Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 195-208, jul./dez. 2010

¹⁰⁵ *O Problema da Verdade no Processo Civil: modelos de prova e de procedimento probatório*. in Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 29, n.116, p. 334-371, 2004

dessa perspectiva, qual seja, o “método antigo”. Segundo ele, “*‘O método antigo (tópica) tem, de outra forma, o seguinte aspecto: o ponto de partida é formado pelo sensus communis (sentido comum, common sense), que manipula com o verossímil (verosimilia), intercambia pontos de vista de acordo com cânones da tópica retórica e trabalha principalmente com o tecido de silogismos.’ Este tecido de silogismos pode ser denominado epiquerema*”

Tal aproximação promovida por HERMES ZANETI JUNIOR tem o mérito de nos evidenciar que a construção de institutos jurídicos processuais de aceleração e eficiência, tributários das necessidades capitalistas e de mercado, não se resume à camada mais externa do Direito Processual (ex. vi. litígios plurisubjectivos, concentração procedimental, facilitação de acesso à justiça, meios alternativos de resolução de conflitos etc.). Pelo contrário, o próprio núcleo dos modelos de estruturação da verdade processual (a que ele inclusive expõe como sendo em sua opinião geradora da falsa dicotomia Verdade formal/ Verdade material) estariam ligados a uma lógica decorrente de estruturas normativas históricas, tais como a que sucederam e constituíram modelos probatórios, presuntivos e, por que não, a possibilidade e abertura do uso do Conhecimento Privado do Juiz.

A crítica de HERMES ZANETI JUNIOR encontra reforço especialmente diante de outros meios de formulação da dialeticidade processual possíveis. Logo, a adoção de meios que aqui denominaremos de catalisadores do processo de cognição são, em um todo lógico maior, decorrências práticas de uma exigência do meio social-económico. Tal posição que liga o uso do Conhecimento Privado à sua dimensão econômica é reforçada por GERHARD WALTER, para quem o uso de saberes extra processuais resulta não apenas na supressão de diligências probatórias desnecessárias¹⁰⁶, mas também na necessidade de controle quanto a reconstrução do *iter* cognitivo ou na adoção de meios de controle do uso do saber privado.¹⁰⁷

Quer se com isso dizer que a mera interpretação válida promovida por uma figura legítima e sua fixação como produtora de uma consequente normativa com o uso de mecanismos de aceleração e fixação do ponto de partida cognitivo demonstra que o Conhecimento Privado é um instrumento processual, muitas vezes operado por força da necessidade decisória, econômica e operacional da lógica do processo contemporâneo. Logo, é sobre esse escopo que entendemos estar disposta a sua natureza jurídica, todavia, como já mencionado alhures a doutrina sempre apartou de modo quase automático as duas espécies desse gênero. Assim, é possível identificar correntes diversas sobre as perspectivas pragmáticas em que a doutrina construiu uma base teórica.

¹⁰⁶ Aspecto nitidamente ligado ao tratamento dos Factos Notórios.

¹⁰⁷ *Libre Apreciación de la prueba*, Ob. Cit., p. 302. “*El aprovechamiento del saber extraprocesal del juez – permítasenos por el momento esta expresión neutral – está, por lo tanto, en el campo de tensión entre la imparcialidad del juez y las exigencias de la economía procesal.*”

2.3.1. As Máximas de Experiência

O que a Doutrina se especializou, pós magistério de STEIN, a qualificar como Máximas de Experiência tem por base a sua própria definição que as fixa como, “*Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.*”¹⁰⁸

Como aponta JOÃO DE CASTRO MENDES¹⁰⁹, embora STEIN tenha indicado, em complacência acadêmica invejável, anteriores percursores da figura das Máximas de experiência responsáveis por abordagens deficientes e rudimentares, não há dúvida que a sua definição alcançou a posição de paradigma para o conceito. Outros autores como FRANCISCO ROSITO¹¹⁰ apontam origens ainda mais antigas para a figura das Máximas de Experiência, com suporte nas pesquisas de MASSIMO NOBILI, o autor destaca a afinidade da ideia da Máxima de Experiência com o conceito de *maximae propositiones* exposto por PIETRO ABELARDO ainda no Século XI¹¹¹. Outros autores têm demonstrado a indeterminação do termo, podendo as Máximas de Experiência deter significados plurívocos¹¹² e muito variáveis, a depender das abordagens posteriores a STEIN, as quais passam por conteúdos que lhe associam à regra da *Sana Crítica*¹¹³ ou à experiência do *id quod plerumque accidit*¹¹⁴

Entretanto, como adotada pela doutrina majoritária, da definição de STEIN podem ser extraídas duas características mais acentuadas i) seu conteúdo geral e ii) sua procedência da experiência. Em um segundo passo, é possível também, da análise dessas características, identificar que a construção das Máximas de Experiência flui dentro de uma linearidade que parte de um acumulado de experiências individuais e concretas (indutivas) para a formação de uma generalização da expectativa (dedutiva), seja qual seja a tipologia imaginada para a sua construção (técnica ou comum)¹¹⁵. Tal perspectiva bifronte coloca o conceito em um limbo servido como

¹⁰⁸ *El conocimiento privado del Juez*, Ob. Cit., p. 23

¹⁰⁹ *Do Conceito...*, Ob. Cit., p. 661.

¹¹⁰ *Direito Probatório As máximas de experiência em Juízo*, Ob. Cit., pp. 73/74.

¹¹¹ Tal conceito seria resultado do abandono da lógica medieval pela adoção de uma “concepção antirretórica”, definitiva, através da qual o cálculo silogístico será destinado a anular, no próprio mecanismo e na ideia de uma verdade pré-constituída e certa, cada elemento circunstancial da experiência concreta.

¹¹² LIMARDO, Alan - *Repensando Las Máximas De Experiencia*, in *Quaestio facti*. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning Año 2021, n.º 2 pp. 115-153

¹¹³ Para COUTURE, Eduardo - *Estudios de derecho procesal civil*, tomo II. Depalma, 1979, p. 478. “*La sana crítica está integrada por reglas de correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia*”.

¹¹⁴ Abordagem proposta sobretudo por CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*. Jovene, 1923, p. 1027.

¹¹⁵ Como aponta CASTRO MENDES, João de - *Do Conceito...*, Ob. Cit., pp. 664/665, STEIN critica a figura das Máximas de Experiência de modo fundamental e diametralmente oposto ao de HEUSLER para quem as Máximas de Experiência

premissa maior, seja na primeira fase cognitiva (tal como apontado no tópico inicial do presente capítulo) na determinação de factos, seja na segunda fase, relativamente à submissão dos factos às qualificações originadas de conceitos jurídicos.

Não por outra razão, ADOLF SCHÖNKE, citado por CASTRO MENDES, entende que as máximas de experiência são conhecimentos adquiridos e constituídos por força do acumulado da experiência quotidiana ou por acumulado de conhecimentos técnicos especiais. A impossibilidade de fixação de uma fonte determinada para a base da generalização da Máxima de Experiência dota sua existência da particularidade do relativismo. Em um resumo simples, as Máximas de Experiência são o resultado da observação de vários fenómenos que tiveram a mesma causa e efeito, que através do processo de raciocínio indutivo, se obtém uma regra dedutiva aplicável a casos futuros de forma generalizadora de comportamento e expectativa.

A ampliação da ideia de experiência quotidiana ou mesmo de fenómeno indistinto como gênese da formação de uma Máxima de Experiência redundaria que alguns autores ampliem sua fonte indutiva para além de factos. Isso é, por exemplo, destacado por NELSON PALAIA que, ao trazer ensinamento de ARRUDA ALVIM, destaca uma sutil diferença de abordagem da Máxima de Experiência em relação ao conceito original de STEIN.¹¹⁶

As Máximas de Experiência têm ainda recorrente identificação com o instituto da presunção, com o qual, entretanto, não se confundem, porém se integram. As presunções, são tradicionalmente divididas em duas aceções: **i)** presunções simples/judiciais, que atendem também por *præsumptiones hominis* e **ii)** presunções legais, subcategorizada em presunção relativa - *præsumptiones iuris tantum* – e presunção absoluta - *præsumptiones iuris et de iure*. Ainda que sujeitas a regimes jurídicos distintos¹¹⁷, as presunções são especialmente úteis em demonstrar a

seriam sempre um resultado de dedução silogística de outras regras mais gerais. STEIN, por seu turno, entende que as Máximas de Experiência são sempre resultantes de uma perspectiva empírica, ou seja, do acumulado de observações de casos concretos. Por fim, para JOÃO DE CASTRO MENDES, posição a que aderimos para este trabalho, as Máximas de Experiência está justamente no caráter exclusivo quer da posição de HEUSLER quer na de STEIN, é dizer a figura das Máximas de Experiência deve abranger, para fins de compreensão de sua função processual, todo o campo de juízos gerais acumulados por quaisquer experiências sejam. Veja, entretanto, que a nossa perspectiva, que se assemelha a crítica de TARUFFO é mais no sentido de que é deste modo que funciona a formação das Máximas de Experiência, ora como instrumento cognitivo judicial, e não como um viés prescritivo e unicamente deontológico.

¹¹⁶ O Facto Notório..., Ob. Cit., p. 50: “Enquanto para este [STEIN] as máximas de experiência resultam de um processo de indução de casos concretos observados, para Arruda Alvim resultam de um processo, não só de indução, mas de dedução e de valoração de casos concretos observados. A diferença entre os dois conceitos estaria na ampliação da conclusão. Ambos partem da mesma figura, ou seja, a observação ou experiência, mas Stein chega a uma regra intuída, cuja aplicação pouco difere das regras observadas, enquanto que [...] Arruda Alvim, se chega a uma nova regra por dedução ou valoração sem que se desprenda dos princípios lógicos da regra observada.”

¹¹⁷ A presunção simples ou judicial tem por característica tratar de uma conclusão alcançável pelo processo silogístico de, partindo de uma conclusão indiciária (normalmente originada de uma prova), alcançar uma conclusão presumida pela expectativa de que o resultado ali é o esperado. Nesse caso, é evidente o ponto de contato com a ideia de máxima de experiência, pois vê-se com clareza que a conclusão a que se chegou partiu de uma expectativa judicial de *quod plerumque accidit*. Dentro do plano das presunções legais, ou seja, aquelas advindas de normas jurídicas, as presunções

função, a nosso entender, desempenhada pelas Máximas de Experiência. Para DANIEL GONZALES LAGIER a diferença fundamental entra as Máximas de Experiência e as presunções, é que as últimas seriam enunciados revestido de autoridade¹¹⁸. Conforme aponta GILBERTO FACHETTI SILVESTRE, com apoio na doutrina de MOACIR AMARAL DOS SANTOS, a presunção se forma de uma fonte racional como decorrência do que se extrai de um indício sob o referencial da Máxima de Experiência, subsumindo o indício a um conceito generalizador¹¹⁹.

Este último autor assim retoma, que ainda na aplicação da presunção, a Máxima de Experiência exerce função de premissa maior, conquanto discordemos que se trata de uma “premissa maior fática”, ora que, como já fixado alhures, escorados em JOÃO DE CASTRO MENDES, a premissa maior não possui qualquer relação direta entre a natureza de factos nem de Direito, mas, sim, a fixação de um elemento geral e abstrato no processo silogístico¹²⁰. Essa característica denota ainda a proximidade entre as presunções simples e as presunções legais relativas¹²¹, pois ambas partem da base cognitiva que pode ser obtida à medida de expectativas sobre de determinada premissa, que adentra na formação da presunção pela via, dentre outras, do Conhecimento Privado na modalidade de Máxima de Experiência, assumindo, dessa forma, o manto de racionalidade pelo

relativas (*iuris tantum*) se diferenciam das presunções absolutas (*iuris et de jure*) pelo facto das primeiras estarem sujeitas à produção de prova em contrário, assim desconstituindo a presunção. Ora, isso tem razão de ser, pois as presunções absolutas, bem da verdade, possuem inúmeros pontos de contato com a ideia de Ficção Jurídica, é dizer, por razões que cingem ao Direito Material, o legislador opta por estabelecer regras de vinculação entre factos e suas consequências. Nas presunções relativas, o que vemos é o que tomamos a liberdade de nomear como uma “catacrese jurídica”, ou seja, uma expectativa de resultado já “desgastada” e, portanto, incorporada à normativa. A amplitude de semelhante “catacrese” passa inclusive pelos atos públicos mais comuns, por exemplo, a citação. A citação ou o ato citatório é uma presunção legal relativa, ou seja, a prova do funcionário judicial de que foi realizada a diligência citatória cujo mandado recebido pela parte foi juntado nos autos pode ser ilidida com a prova contrária de que houve vício no ato, por exemplo, de que a pessoa que recebeu o instrumento de citação não era a parte a ser citada ou que não tinha o encargo de transmitir a comunicação, logo a comunicação pode ser provada com não realizada (artigo 225º, 4 do Código de Processo Civil). Todavia, a citação por edital é modo de citação ficta, presumido que a citação ocorreu, o que se ilide são as eventuais formalidades editalícias não respeitadas e não a presunção de que houve citação (artigo 188º, 1, c e artigos 240º, 241º do Código de Processo Civil).

¹¹⁸ *Argumentacion y Prueba Judicial*, in Estudios sobre la prueba, serie Estado de Derecho e Función Judicial, Instiuto de Investigaciones jurídicas, Univ. Nac. Autónoma de México, 2006, p. 97.

¹¹⁹ *As máximas de experiência...*, Ob. Cit., p. 38. “A presunção se forma a partir do raciocínio do juiz, como consequência que ele extrai do *factum probandum* (indício), tendo por referência aquilo que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*). A presunção é a conclusão de um processo mental que subsume o indício (*facto concreto*, provado) em um conceito geral decorrente da experiência do que acontece ordinariamente que nada mais é que uma máxima de experiência.”

¹²⁰ MOREIRA, Barbosa - *As presunções e a Prova*, in Temas de Direito Processual, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 58, é muito claro em fixar o iter que se localiza da adoção de um indício até a chegada à presunção como um ato puramente silogístico.

¹²¹ Essa proximidade é apontada também por PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio Díez – *Con motivo de la traducción al italiano de La obra del Professor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*, in *Proceso Civil e Ideologia*, coord. Juan Montero Aroca, ed. Tirant to blanc, 2006, p. 38 ao indicar a correlação entre o sistema de provas legais e as máximas de experiência.

uso do instituto¹²², tal ponto é destacado por BARBOSA MOREIRA.¹²³

No direito português as presunções ainda são matéria específica da disciplina probatória, notadamente no artigo 349.º e seguintes do Código Civil, ali sendo feita a distinção entre presunção legal e judicial. No que concerne à presunção, a jurisprudência de um modo geral reconhece a possibilidade de seu controle por via de Recurso de Revista no que se refere ao silogismo empregado e o controle no uso das regras de experiência para a formulação das presunções.¹²⁴

Voltando ao mérito da construção de GILBERTO FACHETTI SILVESTRE, é importante destacar que o autor se esforça na identificação da função pragmática das Máximas de Experiência, que entendemos estar a expressão do aspeto mais patente da natureza jurídica do instituto do Conhecimento Privado do Juiz. O autor conclui que as Máximas de Experiência são instrumentos para: (i) o preenchimento de lacunas legais; (ii) interpretação do Direito; e (iii) determinação de alcance de conceitos jurídicos indeterminados. Mas, aproximando-se de uma leitura muito analítica do seu objeto de estudo o autor acaba por concluir que as Máximas de Experiência não teriam uma

¹²² Sobre esse ponto, assim se pronunciou o Tribunal Constitucional, no ACÓRDÃO Nº 521/2018, Processo n.º 321/2018, 3ª Secção, Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro. *“Ora, tendo em consideração as características acima apontadas à utilização de presunções judiciais, verifica-se que a prova indireta ou por presunções assenta num processo lógico de inferência que não pode ser entendido como uma operação puramente subjetiva, emocional e imotivável, mas sim como uma valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objetivar a apreciação dos factos e proceder a uma efetiva motivação da decisão. Daí que a utilização de presunções judiciais não seja incompatível com o dever de fundamentação das decisões judiciais, antes exigindo uma explicação mais rigorosa que seja claramente explicitadora do processo lógico que lhe é inerente. Se no caso concreto o rigor exigível foi ou não observado já é uma questão que excede as competências do Tribunal Constitucional.”*

¹²³ As presunções e a Prova, Ob. Cit., p. 60. *“A diferença capital reside em que, numa hipótese, se deixa ao órgão judicial o estabelecimento da correlação entre os dois factos, o conhecido e o desconhecido, ao passo que, na outra, é o próprio legislador quem dá como pressuposta a correlação, excluindo, em certa medida, a valoração do juiz. Em certa medida, reitera-se: pois resta a possibilidade de que venham aos autos elementos capazes de demonstrar que, naquele caso concreto, não existe o nexo, tendo-se passado as coisas de modo diverso do costumeiro; e ao órgão judicial, naturalmente, competirá valorar a prova colhida, a fim de verificar se ela tem ou não suficiente força persuasiva para afastar a presunção.”*

¹²⁴ *“As presunções judiciais, também designadas de materiais, de facto ou de experiência (artigo 349º do Código Civil), não são, em bom rigor, genuínos meios de prova, mas antes meios lógicos ou mentais ou operações firmadas em regras de experiência, operações de elaboração das provas alcançadas por outros meios, reconduzindo-se, assim, a simples prova de primeira aparência, baseadas em juízos de probabilidade – cfr. Vaz Serra “in” RLJ, 108º/352. Na definição legal, são ilações que o julgador tira de um facto conhecido – facto base da presunção – para afirmar um facto desconhecido – facto presumido – segundo as regras da experiência da vida, da normalidade, dos conhecimentos das várias disciplinas científicas ou da lógica. Em especial, as presunções judiciais ocorrem nos casos e nos termos em que é admitida a prova testemunhal – artigo 351º do Código Civil. O Supremo Tribunal de Justiça, cuja competência, em regra, se limita à matéria de direito, não pode sindicat o juízo de facto formulado pela Relação para operar a ilação a que a lei se reporta, salvo se ocorrer a situação prevista na última parte do nº 2 do artigo 722º do Código de Processo Civil - artigos 729º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil e 26º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei nº 3/99, de 13 de Janeiro). É, pois, apenas, da competência do Supremo Tribunal de Justiça verificar da correcção do método discursivo de raciocínio e, em geral, saber se os critérios de utilização das presunções judiciais se mostram respeitados, examinando a questão estritamente do ponto de vista da legalidade, ou seja, decidir se, no caso concreto, era ou não permitido o uso da presunção. É, pois, questão de direito, da competência do Supremo Tribunal de Justiça, a da admissibilidade ou não das referidas ilações, face ao disposto no artigo 351º do Código Civil.”* Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, Acórdão nº 359/09.4YFLSB, 2ª SECÇÃO, Relator OLIVEIRA VASCONCELOS, julgado em 10/09/2009.

natureza jurídica plena, pois não constituiriam institutos jurídicos propriamente ditos¹²⁵.

Esse posicionamento, que chega a termos de adicionar um suposto terceiro viés tipológico – *Máxima de Experiência Axiológica* - ao conceito, é duramente criticável sobretudo pela fixação das Máximas de Experiência como decorrentes de valores extraprocessuais de clara subjetividade¹²⁶. O risco dessa espécie de abordagem é exposto por ANDRE BRUNI VIEIRA ALVES¹²⁷, como aberto ao arbítrio judicial, sobretudo por “*aceitar que as Máximas de Experiência possam corresponder, também, aos tais ‘valores comungados’ e decorrentes dos ‘princípios gerais do Direito’*”.

Nesse passo, é importante destacar que os efeitos decorrentes da consolidação de valores no processo de categorização e formulação de verdades ou de expectativas perante uma determinada situação são os verdadeiros construtores dos tais “valores comungados” e dos conceitos que só suportarem as Máximas de Experiência, adote-se ou não a sua variante Axiológica. NICOLA MUFFATO, ao tratar do processo de generalização (que abordaremos com mais cuidado abaixo) indica a dimensão social inafastável e decorre do processo de construção do observador que vai sendo talhada ao longo da vida.¹²⁸

A utilização das Máximas de Experiência, como visto, também é de larga instrumentalidade no que se refere à pragmática abordagem dos conceitos jurídicos indeterminados positivados. A despeito das críticas que possam ser tecidas sobre o risco da adoção de Máximas de Experiência

¹²⁵ *As máximas de experiência...*, Ob. Cit., pg. 38 “*não tem natureza jurídica plena pelo simples facto de não constituírem institutos jurídicos. Elas são algo externo ao Direito Positivo (conhecimento extra-oficial) às quais sempre se deve recorrer ao aplica-lo como garantia de que a na aplicação da lei o juiz possua a maior gestão de esforços possíveis para promover o bem comum e a função social do Direito.*”

¹²⁶ Outros autores têm reproduzido a tipologia Axiológica das Máximas de Experiência, com foco especial na sua suposta representação do “patrimônio cultural de determinada sociedade”, esse é por exemplo o posicionamento de PIRES DE SOUZA LUÍS Felipe - *Prova por Presunção no Direito Civil*, Ob. Cit., pp. 91/92. O autor elenca com o fundamentos para a adoção de referida tipologia a sua posição como “*referência axiológica para a vida em sociedade, quer no quotidiano das relações sociais quer na tarefa de determinar o paradigma dessa sociedade que se expressa na lei.*” Como se verá no tópico final deste capítulo, o mesmo autor, ainda que teça ressalvas muito relevantes ao uso das Máximas de Experiência, se posiciona, junto a GILBERTO FACHETTI SILVESTRE naquela parcela da doutrina que advoga por uma visão otimista no uso do Conhecimento Privado do Juiz.

¹²⁷ *As Máximas de Experiência: Extensão Função e Controle no Processo Civil*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, pp. 87/88.

¹²⁸ MUFFATO, Nicola - *Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia*, in *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 57, pp. 1-38, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021. “*... la formación de conceptos y concepciones no es el resultado de una generalización inductiva (ni de una abducción) a partir de la mera percepción u observación de ciertos fenómenos: tiene una dimensión social ineliminable, que se manifiesta, durante la educación, en una serie de interacciones y actividades cuyo fin es habilitar al principiante en la identificación de los casos observados. Se trata de un proceso by trial and error, en el que son decisivas las correcciones aportadas por el maestro (o la comunidad): el principiante aprende a “ver” y actuar conforme a criterios de identidad/ identificación o similitud que se apoyan en —pero no dependen simplemente de— predisposiciones perceptivas u observativas y poco a la vez desarrolla actitudes y expectativas normativas (lo que el maestro no corrige es correcto). Las habilidades inferenciales inductivas presuponen la posesión de conceptos, pero consisten —simplificando— en el paso de la observación de casos particulares, subsumidos bajo un concepto común, a la formulación de un enunciado general en virtud del cual se predice el resultado de futuras observaciones.*”

Axiológicas, o facto é que muitos dos conceitos jurídicos sem uma cláusula objetiva visível, por exemplo, termos como “Boa-fé”, “Justa razão”, “Diligência média” dentre uma infinidade de outros casos, são verdadeiras previsões de ordem genérica a serem preenchidas no exercício prático da jurisdição. Como é certo, ainda nesse caso as Máximas de Experiência tratam de premissas maiores silogísticas¹²⁹.

Podemos dizer, em complemento, que em ambos os casos a utilização das Máximas de Experiência decorrem de um processo de valoração, detida, supostamente, pela maioria da sociedade num determinado lugar e perante determinada experiência. Tais hipóteses são comuns e típicas quase que de modo usual à nossa experiência quotidiana. Em determinada aula de processo do trabalho, lecionada pelo professor ESTEVÃO MALLET, no ano de 2014 durante a licenciatura da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi dado um exemplo muito ilustrativo sobre o amplo universo relativo ao Conhecimento Privado do Juiz.

Na referida aula, o professor questionou se um contrato de trabalho com direito a adicional de comissão por vendas de frutas, poderia considerar a venda de tomates como sujeita a comissão, ou se o tomate deveria ser nesse caso tomado como um legume. Embora pareça uma questão tola, bem da verdade tal caso ilustra bem os limites da qualificação quanto a natureza originada da valoração de determinados temas no processo. Por obvio que uma delimitação do que seja um tomate (qualquer pessoa com conhecimento raso de biologia responderia com agilidade) colocaria sua natureza dentro do gênero das frutas. Todavia, a imposição pragmática da natureza do tomate, inclusive com a nota de que tipo de interpretação que lhe possa ser dada dentro de uma relação laboral, ou mesmo de uma relação com uma forte carga de hipossuficiência de uma das partes do processo, demonstra a dificuldade e a relatividade para determinar o Conhecimento Privado do Juiz. Veja-se que há também potencial variação da construção e aplicabilidade do Conhecimento Privado quando se está diante de litígios entre partes diversas e tecnicamente equilibradas. É provável, portanto, que não se coloque a questão se o tomate seria fruta ou legume, por exemplo, se o litígio se estabeleça entre grandes empresas do setor agrícola¹³⁰.

Não obstante, aqui vale também destacar que mesmo o exemplo acima sequer pode ser qualificado de modo muito estrito à ideia de Máxima de Experiência, demonstrando ao menos a transitividade dentro das espécies no Conhecimento Privado do Juiz. Se por um lado adotarmos

¹²⁹ MOREIRA, Barbosa, *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, Ob. Cit..

¹³⁰ Idem, p. 63, destaca com sua acuidade peculiar que “... as regras de experiência podem às vezes constituir objeto de prova: é perfeitamente concebível que o juiz desconheça algum uso peculiar a determinada categoria profissional, por exemplo, e seja preciso estabelecer a certeza ao propósito, através do depoimento de uma testemunha. No presente contexto, porém, não é tal eventualidade que nos interessa senão o papel que essas regras – uma vez conhecidas, antes do processo ou no curso dele – são chamadas a desempenhar no trabalho cognitivo do órgão judicial.”

que é um facto que tomates são frutas como afirmação concreta sobre o ser tomate, estamos fixando em perfeita consonância com a premissa concreta da formação do silogismo. Nesse Sentido: “toda a venda de frutas estaria sujeita a comissão adicional, *é notório que tomate é uma fruta*, logo tomate estaria sujeito à comissão.” Todavia, se apartarmos ao conhecimento sobre a *communis opinio* (i.e. à Máxima de Experiência de que tomates, no plano do conhecimento comum e da experiência de vida, são tratados como legumes) a perspetiva da fundamentação torna-se outra, logo “toda venda de frutas está sujeita à comissão, *a máxima de experiência diz que os tomates são ordinariamente tratados como legumes*, logo os tomates não poderiam ser incluídos por boa-fé dentre as vendas comissionadas”. Por evidente que esse juízo deve variar de experiência cultural para experiência cultural, com que uma rápida pesquisa nas matérias fundamentadas de inúmeros painéis da Organização Mundial do Comércio, para ficar no exemplo de um litígio de foro ultraqualificado e hipersuficiente, já bem definiria o tom de conveniência com que se articula esse tipo de definição¹³¹.

Conquanto pudéssemos avançar nesse tema, o ponto central é que as formas fundamentais das Máximas de Experiência segundo a doutrina se resumiriam a duas: i) *Definições*, que resultam de juízos aplicados sobre conceitos, termos e exposições, decompostos em processo analítico indutivo de experiências comuns localizadas em tempo e espaço definido; e ii) *Conclusões*, resultantes dos processos indutivos que podem se estabelecer sobre o acúmulo inumerável de experiências (juízos dedutivos ou mesmo costumeiros) geradoras de uma determinada expectativa já dispersa no seio da sociedade e, por óbvio, apreensível pelo conhecimento do juiz.

Mais bem desenvolvido em diversos trabalhos de peso se comparado aos Factos Notórios, o tema das Máximas de Experiência foi modernamente explorado à sua quase exaustão por MICHELE TARUFFO, o qual verticalizou, desde a mais precoce produção acadêmica¹³², os limites jus-filosóficos dessa espécie de Conhecimento Privado do Juiz. Com efeito, TARUFFO¹³³ chega mesmo a desenvolver uma lista ampla dos tipos de generalizações decorrentes da aplicação das Máximas de Experiência, as quais são decupadas por diversos autores que abordaram o tema posteriormente¹³⁴¹³⁵.

¹³¹ O lugar comum nos litígios de comercio internacional é justamente a definição de qualificação de produtos em pautas aduaneira. Com o que podemos nesse exemplo extrair uma infinidade de discussões que vão de qualificações sobre naturezas diversas e critérios diversos.

¹³² De facto, nos anos de 1964-65 o então jovem MICHELE TARUFFO escrevia, sob a orientação de VITTORIO DENTI, sua Tesi de Láurea denominada *Contributo Allo Studio delle Massime d'Esperienza*.

¹³³ *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile, Anno LXIII, nº2, giugno 2009, pp. 554 e ss.

¹³⁴ Dentre eles, por exemplo, PIRES DE SOUZA, Luís Felipe - *Prova por Presunção...*, Ob. Cit. e MUFFATO, Nicola, *Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia*, Ob. Cit.

¹³⁵ Vale destacar aqui a crítica tecida por MARQUES MARTINS, João - *Reglas De La Experiencia Concepto*,

Adotando a lista proposta por NICOLA MUFFATO¹³⁶, podemos identificar cinco¹³⁷ categorias de generalização: **i) Leis Científicas de Caráter Geral**¹³⁸; **ii) Quasi-Generalizações**¹³⁹; **iii) Generalizações Incompletas não Espúrias**¹⁴⁰; **iv) Generalizações Incompletas Espúrias e Não Universais**¹⁴¹; **v) Generalizações Radicalmente Espúrias**¹⁴². Fica evidente que, no âmbito de abordagem deste trabalho, a construção de conclusões com o uso da graduação descendente da tipologia acima apresentada está influenciada pelo incremento de meios afirmadores desses graus deturpados sobre a validade de afirmações, o qual permite a construção de um ambiente de validação interna que alimenta o convencimento da realidade e da Máxima (no sentido de axioma) de conclusões e juízos. Como anota NICOLA MUFFATO¹⁴³, MICHELE TARUFFO, já adiantando a sua perspectiva cética sobre o instituto do Conhecimento Privado, restringe a expressão Máxima de Experiência apenas aos quatro últimos tipos acima indicados.

TARUFFO, ainda propõe dois cotejos entre a preexistência e a objetividade na aplicação das Máximas de Experiência. Quanto ao primeiro (preexistência), o autor diferencia as generalizações preexistentes e as generalizações formuladas na oportunidade de apreciação do caso concreto¹⁴⁴. No que se refere ao segundo (objetividade) se aplica a diferenciação entre Máximas de Experiência vagas ou indeterminadas, aplicáveis a casos geralmente considerados, e Máximas de Experiência aplicáveis diretamente ao caso em específico.

Tipología, Formación Y Validez, 2018, em linha <http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1605_A/Jo_o_Marques_Martins.pdf>.aces. mai/2023, onde o autor aponta o facto de TARUFFO, em seus estudos, ter restringido localmente a contingência das Máximas de Experiência às tradições jurídicas Italiana, Espanhola e Alemã. Segundo o autor “*No creo que debamos estar de acuerdo con esta inferencia. Si el ilustre jurista italiano se refiere a la expresión, a la noción o al modo de exponer el problema, entonces esta definición se encuentra incompleta porque no contempla, al menos, el sistema jurídico portugués, donde se analiza esta cuestión hace más de 50 años. Si se tiene en cuenta la propia entidad, desde una perspectiva metafísica o epistemológica, entonces la conclusión sería precipitada, pues ningún sistema jurídico puede funcionar sin reglas de la experiencia, incluso si las designa o las llama de otro modo. Las reglas de la experiencia son por tanto un tema de interés universal.*”

¹³⁶ MUFFATO, Nicola, Ob. Cit., pp. 9/11.

¹³⁷ PIRES DE SOUZA, Luís Felipe - *Prova por Presunção...*, Ob. Cit., p. 98, prefere dividir em quatro categorias de generalização, i) generalizações fundadas em Leis Científicas; ii) quase-generalizações; iii) generalizações espúrias; e vi) generalizações radicalmente espúrias.

¹³⁸ Regras científicas tornadas vulgarizadas que caberiam em mera aplicação da regra da Sana Crítica

¹³⁹ Generalizações não universais caracterizadas pelo alto grau de probabilidade estatística, tais afirmações estriam vinculadas com aquelas conclusões decorrentes de ciências que se baseiam justamente na repetibilidade de amostras para conclusão sobre um determinado objeto científico

¹⁴⁰ Uma aproximação de afirmações cuja prevalência de natureza estatística ou de verdadeira expectativa de comportamento sustentam a referida Máxima de Experiência (generalizações resultantes de estudos sociológicos/estatísticos com variáveis muito amplas que sustentem o impacto x ou y, por exemplo, de determinada política pública; ou afirmações sequer quantificáveis, por exemplo, “Os pais costumam amar aos filhos”)

¹⁴¹ Afirmações baseadas em um senso de repetição não quantificado ou não demonstrável, bem da verdade, um juízo que entende, por exemplo, que uma pessoa que se contradiz costuma estar a mentir ou que os cães de determinadas raças são naturalmente agressivos,

¹⁴² Afirmações sem uma base cognitiva empírica, em uma palavra, falsas, mas que se sustentam na qualidade de uma Máxima de Experiência ao ocuparem o lugar comum, estereótipos alheios a qualquer grau de conhecimento específico

¹⁴³ Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia, Ob. Cit., p. 11

¹⁴⁴ Abordaremos essa perspectiva quando da análise do efeito da opinião pública na formulação de Máximas de Experiência *ad hoc*.

Como é certo, a crítica de TARUFFO, que claramente vai muito além do sinteticamente apontado nas linhas acima, tem o mérito de levantar o véu sobre uma suposta e imaculada função, por um lado otimista, e por outro pragmática do uso das Máximas de Experiência. Tal crítica é ainda reforçada por uma verdadeira corrente de outros doutrinadores, especialmente na Itália e na Espanha, que passaram a expor as limitações seja do Conhecimento Privado, seja do foco específico nas Máximas de Experiência. Dentre eles, por exemplo podemos destacar a figura de ANDREA PROTO PISANI que aponta de modo claro limitações e riscos claros sobre a espécie que diz que *“Si tratta di una nozione amplissima ed indefinita, nella quale rientrano 'cose' quanto mai eterogenee che vanno da leggi naturali e logiche a nozioni scientifiche, da generalizzazioni empiriche a regole del senso comune, da frequenze statistiche a nozioni volgarizzate e superficiali di psicologia, etica, economia, sociologia, ecc”*.¹⁴⁵

TARUFFO e seus seguidores congregam, assim, que as Máximas de Experiência, quando não criticamente aplicadas, geram graves riscos de estereotipar através da construção de realidades afins às experiências do julgador. Tais realidades, para NICOLA MUFFATO, podem ainda se ligar de modo muito estreito à construção de efetivas concepções de mundo.¹⁴⁶ Um lugar comum nas afirmações Otimistas e Pragmáticas sobre a função da Máxima de Experiência é justamente a defesa pela sua aplicação, com fulcro na suposta necessidade de que o Juiz, como pessoa inserida em sociedade, não poderia afastar a realidade do ato de julgar. Tal entendimento é repetido à exaustão por diversos escritores que se debruçaram sobre o tema, tomamos por base uma passagem de CANDIDO RANGEL DINAMARCO que resume exemplarmente essa visão otimista sobre o uso da Máximas de Experiência fundada na expectativa do Bom Juiz, como obrigado a captar com sua sensibilidade a realidade do mundo.¹⁴⁷

A par de representar uma lógica de efetividade da prestação jurisdicional, o facto é que se tomadas a seu devido aprofundamento as críticas e desenvolvimentos promovidos por TARUFFO vêm nos demonstrar não que *o juiz deve considerar as máximas de experiência por estar inserido em sociedade*, mas que *as máximas de experiência consideradas pelo juiz podem ser decorrências*

¹⁴⁵ *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli, Jovene, 1999. p. 446

¹⁴⁶ Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia, Ob. Cit., pp.16/17. “...es posible trazar una línea que une las máximas que expresan concepciones a las máximas que consisten en esquemas o tramas (scripts), estereotipos, perfiles y prejuicios mencionados por Taruffo en varias ocasiones (2010, pp. 72-74; 2020). Se podría decir que, cuando estas generalizaciones espurias y radicalmente espurias llegan a estructurar la manera de concebir y adscribir sentido a fenómenos sociales, se convierten en concepciones.”

¹⁴⁷ *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, 3ª Ed., Malheiros, Vol. 3, 2012, p. 122. “Atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles [os Juízes] têm o dever de captar pelos sentidos desenvolver no intelecto o significado dos factos que os circundam-na vida ordinária, para traduzir em decisões sensatas aquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhes transmitem. Na realidade da vida e às vezes no cotidiano, há factos que ordinariamente se sucedem a outros e, tanto quanto o homem da rua (Calamandrei), o juiz não deve estar alheio a essa percepção nem decidir como se a vida não fosse assim – sob pena de transformar o processo em uma técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe (Aliomar Baleeiro).”

diretas da sua experiência social em potencial enviesamento da sua formulação. Esse é justamente o grande desafio que surge a partir da Pós-verdade.

2.3.2. Os Factos Notórios

Enquanto as Máximas de Experiência foram objeto de um tratamento muito mais amplo pela doutrina, os Factos Notórios foram objeto de menores e muito menos desenvolvidos estudos¹⁴⁸. Não obstante, NELSON PALAIA faz uma recomposição de autores que trataram do tema o qual ocupa posição mais pontual em manuais e cursos generalistas¹⁴⁹, salvo pela excecional abordagem promovida pela doutrina italiana a partir das discussões sobre a reforma do Código de Processo Civil encabeçadas por PIERO CALAMANDREI¹⁵⁰.

A doutrina, ainda que de forma crítica, tende a aceitar dois pontos cruciais apontados por STEIN¹⁵¹, o primeiro trata de uma suposta superficialidade das abordagens do tema, ora que, para o autor, os Factos Notórios seriam uma questão densa, o que este mestre de Leipzig chega a afirmar que as dificuldades e obscuridades relativas ao seu estudo deveriam ser objeto de lamentos dos estudiosos de seu tempo, tal como o fora há quinhentos anos. Na época, falava-se no final do Século XIX, hoje as coisas parecem permanecer tão sombrias quanto¹⁵².

O segundo ponto crucial apontado por STEIN, e repetido pela doutrina, é a dificuldade de quem se aventura no dito campo de estudo em aportar algo novo ao tema. Conquanto STEIN tenha evoluído ao girar o eixo –*então pelo vetor que se dirigia do regime de Direito Probatório para o conceito de Facto Notório* – para o caminho inverso, partindo do Facto Notório em direção a sua admissibilidade no regime probatório, tal dificuldade se mostra ainda viva. Principalmente no que se refere ao desafio de com “*escaso gasto de energias que supone um análisis más profundo del proceso mental*”¹⁵³ trazer a lume a instrumentalidade dessa ferramenta nos dias de hoje.

Muito embora a desnecessidade de comprovação do que é notório¹⁵⁴ possa ser extraída de

¹⁴⁸ Tal aspecto é destacado por COMOGLIO - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 159, “*Qui non è possibile, ovviamente, analizzare approfonditamente il dibattito dottrinale in materia, anche se, ad onor del vero, non sono molti gli studi storici in argomento.*”

¹⁴⁹ PALAIA, Nelson - *O Facto Notório*, Ob. Cit., p. 21

¹⁵⁰ Como será tratado a seguir o trabalho seminal dessa evolução é o artigo *Per la definizione del fatto notorio*, Ob. Cit.

¹⁵¹ *El conocimiento...*, Ob. Cit., p. 187

¹⁵² Idem, pp. 3/4.

¹⁵³ Idem, p. 4.

¹⁵⁴ Segundo aponta a doutrina a positivação do brocardo *Notoria non egent probatione* poderia ser identificada pela redação do Código de Processo Civil da Cidade do Vaticano, (vide nota 85 *supra*) em clara reminiscência do tratamento canônico dado à matéria. Tal tratamento ainda retoma uma outra característica do notório, qual seja, o flerte da sua negação com as hipóteses de atentado à boa-fé processual, ponto destacado por PALAIA, Nelson - *O Facto Notório*, Ob. cit., p. 8, em citação de ALLORIO, segundo o Cânon 2197, n.º 2 e 3, o notório seria aquele *quae sine tergiversationes aliqua celari nun possunt*. Logo, sua negação seria explícita má-fé, e não só, mas também o uso de artil e astúcia. Essa nota sobre a função prática do Notório, ou da impossibilidade de sua negação – *em perspectiva negativista e subjetiva do conceito* -, se relaciona diretamente com a funcionalidade dentro da lógica canônica como é destacado por COMOGLIO, *Nuove tecnologie ...*, Ob. Cit., pp. 160 e segs.

um exercício intuitivo singelo, o que se verifica é a recorrente fixação do conceito do Facto Notório em uma tautologia¹⁵⁵. Assim, seria um Facto Notório aquilo que não necessita de prova de sua ocorrência, redundando “*o que não necessita de prova*”, ao mesmo sentido, em uma petição de princípio. GERHARD WALTER¹⁵⁶, ao destacar as dificuldades sobre o tema, aponta, no seu entender, duas razões para que ele fosse enfrentado: i) A quem deve o facto parecer notório? (a todos ou ao juiz) e ii) Como deve ser procedida a constatação da notoriedade? Quanto a primeira das questões o referido autor aponta diversos entendimentos que transitam entre um senso de notoriedade detido pelo corpo julgador (singular ou colegiado) ou pelo tribunal organicamente considerado.¹⁵⁷

Tal tema, *intra coporis* que a legislação fixaria como “*aqueles que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício de suas funções*”, é objecto, bem da verdade, de uma interpretação estrita pela própria conceituação de STEIN. Isso porque, após longa exposição, que transita em demonstrar a dificuldade que o conceito das limitações ao contraditório a à possibilidade de impugnação pelas partes, conclui STEIN que só podem ser considerados notórios, para os lindes do especificamente judicial, aqueles factos que consistem na própria atuação oficial e pública do juiz desde que tais factos tenham sido aptos de chegar ao conhecimento público em geral¹⁵⁸.

A definição maior de STEIN, estaria, como se pode imaginar, na fixação de uma noção de notoriedade geral, de conhecimento generalizado (*Allgemeinbekanntheit*). Fala-se da notoriedade fora do processo – *em perspectiva substancialmente objetiva* -, ou seja, quando os factos são tão generalizadamente percebidos, ou são divulgados sem refutação com uma generalidade tamanha, que uma pessoa razoável e com experiência da vida pode declarar-se tão convencido quanto o estaria um juiz dentro de um processo em decorrência da prática probatória¹⁵⁹. Ou seja, um facto inegável.

A segunda questão trazida por GERHARD WALTER remete-nos ao campo da alegação. Desta forma, deve o Facto Notório ser assim alegado pela parte com tal ou pode e deve ser declarado pelo Juiz ainda que não aduzido como tal pela parte? Com tratámos mais acima, o entendimento corrente é que a notoriedade dos factos está diretamente ligada ao princípio dispositivo, quando no campo das alegações de factos essenciais. Logo, deve ser alegado como tal sempre e nos casos em que tais

¹⁵⁵ CALAMANDREI, Piero - *Per la definizione del fatto notorio*, Ob. Cit., pp. 279 e segs, pontua essa tautologia remetendo às dificuldades experimentadas por LESSONA.

¹⁵⁶ *Libre Apreciación de la prueba*, Ob. Cit., pp. 293/294.

¹⁵⁷ A esse respeito a disposição do artigo 5.º, 2, c do Código de Processo Civil parece dar total relevo à característica de que o Notório estaria também ligado à ideia de uma coletividade orgânica, “o tribunal”. Cf. Art. 5.º, 2, c: “... *serão ainda considerados pelo juiz: ... c) os factos notórios e aqueles que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício de suas funções.*”

¹⁵⁸ *El conocimiento* ..., Ob. cit., p. 187.

¹⁵⁹ *El conocimiento* ..., Ob. cit., p. 169.

factos constituam factos essenciais os quais se sujeitam à oposição quanto à sua notoriedade e à sua ocorrência, ali a instaurar o núcleo da controvérsia. Assim, para STEIN, a ideia de notório seria sobretudo negativa, ou seja, na incontestabilidade de um facto em termos sua afirmação, ora que detido por um determinado grupo de interesse sobre o tal facto.¹⁶⁰

A doutrina italiana, talvez por uma abordagem distinta da alegação de factos – *já indicado como centrado no conceito de questio iuris o qual influenciou enormemente a doutrina brasileira sobre o tema* -, fixou historicamente o Facto Notório como uma verdadeira hipótese de derrogação do princípio dispositivo e do contraditório¹⁶¹. Isso deve-se inclusive à evolução que a doutrina italiana teria promovido sobre o tema do conhecimento privado, que na Alemanha acabou por receber um tratamento praticamente concludente após a obra de STEIN.

Tanto para GERHARD WALTER¹⁶² quanto para COMOGLIO¹⁶³, a obra de STEIN na Itália figurou mais como um ponto de partida das questões envolvendo os Factos Notórios. Tal entendimento é longamente ampliado por COMOGLIO¹⁶⁴ que expõe as vicissitudes da construção do conceito de Facto Notório por CALAMANDREI, o qual chegaria a uma conclusão distinta de STEIN, advogando pela perspectiva de que o notório deveria ser o facto cujo conhecimento é parte da cultura normal, própria de um estrato social determinado no tempo em que se alega. Ficaria, assim, fixada a ideia de *cultura normal* com forte carga relativística do que pode ser considerado como Facto Notório¹⁶⁵.

Se colocado em comparação com outros trabalhos podemos identificar claramente a peculiaridade da conceituação desenvolvida em Itália. Em análise ampla promovida por NELSON PALAIA¹⁶⁶, para JAMES GOLDSCHMIDT a afirmação notória estaria limitada ao grupo de pessoas de

¹⁶⁰ COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 170

¹⁶¹ CARPI, Frederico, TARUFFO, Michele - *Commentário Breve al Codice di Procedura Civile*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 2006, pp. 115/116.

¹⁶² *Libre Apreciación de la prueba*, Ob. Cit., p. 296.

¹⁶³ PAOLO COMOGLIO - *Nuove tecnologie ...*, Ob. cit., p. 163.

¹⁶⁴ PAOLO COMOGLIO - *Nuove tecnologie ...*, Ob. cit., p. 165 e segs.

¹⁶⁵ A evolução do conceito de CALAMANDREI é exposta sobretudo em seu artigo seminal denominado *Per la definizione del fatto notorio*, Ob. Cit. Tal artigo decorre da proposta de ajuste da redação original do artigo 297 do Código de Processo Civil italiano por CARNELUTTI, “*Reputam-se publicamente notórios aqueles factos cuja existência é conhecida da generalidade dos cidadãos no tempo e no lugar em que se produz a decisão*”, a qual fora considerada incompleta pela Comissão de Revisão, da qual figurava o próprio CALAMANDREI. O facto é que o próprio CALAMANDREI, a despeito das alterações que viriam a ser realizadas na proposta de CARNELUTTI, teria discordado do resultado final a qual considerou incompleta, obscura e inadequada: “*Reputam-se publicamente notórios aqueles factos cuja existência é conhecida da generalidade dos cidadãos de cultura média no tempo e no lugar em que se produz a decisão*”. As críticas afiadas de CALAMANDREI se sustentavam em um tripé: i) a notoriedade é um conceito puramente relativo, não adstrito pelo critério quantitativo mas qualitativo de ser pacificamente conhecido; ii) a notoriedade, ainda que pacífica em determinado círculo, não é obrigatoriamente conhecida por todos ou pela maioria deste círculo, mas deve ser acessível para todos deste círculo; e iii) a notoriedade não deriva de característica peculiares de determinado indivíduo pertencente ao círculo, mas sim do mero facto de pertencer ao círculo social respectivo. Por fim CALAMANDREI também discordou da definição proposta por CARNELUTTI no que se refere à delimitação geográfica da notoriedade.

¹⁶⁶ *O Facto Notório*, Ob. cit., pp. 26/27.

uma determinada localidade ou de população. Já CHIOVENDA, antecedente direto das formulações de CALAMANDREI, ao reconhecer a indeterminação do conceito, amplia a sua perspectiva para “o consenso humano geral”, logo, estariam sob o manto dos Factos Notórios as leis naturais, a ciência, e ocorrências da vida pública em geral.

EDUARDO COUTURE¹⁶⁷, de entre os críticos ao conceito geral de notoriedade, destaca que um facto pode ser considerado notório num determinado momento e lugar, mas não em outro. Entretanto, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO¹⁶⁸, reforçando a relatividade do notório, aponta uma incoerência nessa perspectiva do mestre cisplatino que teria eleito alguns conhecimentos e seus portadores como respetivamente absolutos ou mais obrigados a reconhecer o notório, tais como localizações geográficas ou informações desse jaez. NELSON PALAIA¹⁶⁹, destaca ainda que ENRICO TULLIO LIEBMAN, tributário das perspectivas de CALAMANDREI, repisa a ideia de que o Facto Notório deve estar adstrito à *cultura média no tempo* da decisão.

Logo, é por decorrência dessa perspectiva de CALAMANDREI que o desenvolvimento do Facto Notório acabou por assumir os contornos de efetiva relatividade de grupo social, cultura e tempo. A definição proposta por CALAMANDREI¹⁷⁰ seria: “*Si considerano notori quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione*”. Conforme COMOGLIO há, na definição de CALAMANDREI, o ponto de maior distanciamento doutrinário para a tradicional conceituação de STEIN. Enquanto para STEIN, como dito, a definição é negativa, ou seja, como aquele facto que não pode ser negado; para CALAMANDREI, falamos de uma perspectiva positiva¹⁷¹, ou seja, aquele facto que deve ser admitido.

COMOGLIO também pontua que a característica da definição de CALAMANDREI é o seu maior alvo de crítica. Isso porque é justamente, no contexto de definir a ideia de cultura comum, crítica coletiva e *communis opinio*, que a obra de CALAMANDREI coloca em evidência a lógica de coerência

¹⁶⁷ *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ob. Cit., pp. 233 e segs.

¹⁶⁸ *Factos Notórios e Máximas de Experiência*, Ob. Cit., p. 4: “*A própria formulação desse ou de outro conceito qualquer de Facto Notório sempre conterà, inevitavelmente, um alto grau de relatividade, sobretudo em razão de sua variação espaço-temporal e do grau de informação das pessoas. Quando Couture, um tanto jocosamente, disse que o juiz não podia decidir como se ignorasse que a cidade de Hamburgo está do outro lado do oceano (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 235) não levou em conta que milhares, talvez milhões, de pessoas sequer sabem da existência de uma cidade com esse nome...*”

¹⁶⁹ *O Facto Notório*, Ob. cit., pp. 26/27.

¹⁷⁰ *Per la definizione del fatto notorio*, Ob. Cit., p. 298.

¹⁷¹ COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 170 “*Calamandrei, in modo molto coerente, precisa che pur modificandosi nel tempo i fatti reputati notori, è comunque possibile constatare «che ad ogni cerchia sociale corrisponde un patrimonio comune di nozioni, che rappresentano il risultato di una esperienza e di una critica collettiva, sicché ciascun appartenente a quel gruppo le sceglie senza discuterle, perché partecipa alla communis opinio, formatasi ormai, nell'interno del gruppo, sulla verità della medesima ... Calamandrei, invece, la fonda (per così dire in positivo) sul giudizio positivo da parte della cerchia sociale, ossia sull'esplicito accoglimento del fatto fra le nozioni comuni della cultura comune*”

interna do Facto Notório e sua evidente relatividade¹⁷². Ao passo que tal relativização seja importante para os fins deste estudo, outro ponto da conceituação de CALAMANDREI é digno de nota. Trata-se da completa identidade que o autor atribui aos conceitos de Factos Notórios e Máximas de Experiência¹⁷³, ora que ambos decorrentes dessa experiência da cultura. Tal distinção é explicada por NELSON PALAIA que pontua a suposta qualidade de imutabilidade do facto perante uma mutabilidade constante do juízo.¹⁷⁴

Isso porque, enquanto na Máxima de Experiência o que se repete são os diversos factos (em sentido amplo) que geram um juízo e uma expectativa e repetibilidade; dentro do espectro dos Factos Notórios, para a perspetiva colhida na evolução italiana, o que se repete é a observação afirmada de modo convergente de um facto em um determinado círculo social que, portanto, se torna detentor de uma qualidade de reconhecimento quanto a facticidade por diversos indivíduos. Tal afirmação sobressai a qualquer conceituação dos Factos Notórios e estaria ligada para CALAMANDREI a ideia de cultura comum. Portanto, o campo de afirmação, em nível de coerência interna do que significa essa repetibilidade da observação, é a nota mais relevante para o risco de sua relativização.

A preocupação quanto a variabilidade de diversas verdades dentro da relação contemporânea dos Factos Notórios com a explosão tecnológica é abordada também por CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA, que, em recente tese de doutorado no prelo de ser publicada, desenvolve largamente o tema. O autor, em esforço decorrente do aspeto crítico dos desafios do ambiente de multiplicidade e relativismo quanto a afirmação sobre a notoriedade de factos, formula de modo inédito, em respeitável decupagem da espécie, a distinção operacional entre Notoriedade Direta e Notoriedade Indireta. A primeira das quais visa sobretudo abranger a experiência de natureza coletiva, em referência muito próxima ao conceito de CALAMANDREI, e a segunda se volta aos factos que podem ser afirmados e comprovados nos limites da disponibilidade de fontes confiáveis, dentre elas as fontes originadas do ambiente digital.

Destaca-se aqui também que a ideia em torno do princípio da escritura, bem da verdade, da

¹⁷² Tal aspecto é sobretudo apontado por FERRARA - *Relatività del notorio*, in *Foro it.*, 1940, I, p. 968 *apud* COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie ...*, Ob. Cit., p. 173.

¹⁷³ Destaca-se que, conforme exposto por COMOGLIO, tal identidade viria a ser criticada por MONTESANO e DENTI, este último como dito fora orientador de MICHELE TARUFFO, a justificar talvez o tratamento distinto dos institutos para TARUFFO. Para MONTESANO, o Facto Notório estaria ligado ao momento de decisão e valoração da prova enquanto, para DENTI, o Facto Notório estaria ligado ao plano da alegação e do ônus probatório. Vide COMOGLIO, PAOLO - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., pp. 175/176.

¹⁷⁴ PALAIA, Nelson - *O Facto Notório*, Ob. Cit., p. 53 “*Os juízos extraídos dos factos que comumente acontecem, se modificam com o passar do tempo e com o desenvolvimento fenomenológico dos factos, enquanto que o Facto Notório não se modifica no tempo, apenas pode se tornar mais ou menos notório, mas como facto é imutável, diferente portanto do juízo. Por outro lado, em relação à zona cultural como ideia de quantidade, as máximas de experiência podem pertencer a uma cultura especializada ou quase absoluta, sendo que o Facto Notório como regra pertence a uma cultura média e dessa média é extraído.*”

atualidade e vigência do brocardo *quod non est in actis no est in mundo*. O reconhecimento da disponibilidade de provas no ambiente digital¹⁷⁵, com efeito, gera uma quebra conceitual do referido brocardo, notadamente ante a disponibilidade de elementos de “prova de Factos Notórios” que podem ser a qualquer tempo colhidos no ambiente digital. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA¹⁷⁶, remete a interessante julgado de tribunal brasileiro¹⁷⁷, em que o magistrado expõe de modo muito relevante o arco histórico longuíssimo remetendo à estrutura oral do processo romano pré-clássico. O acórdão conclui que o momento de concreção processual, ou seja, sua redução a constituição de autos físicos, bem da verdade, decorreu de uma busca pela “*segurança jurídica e estabilidade aos atos processuais, mas ao mesmo tempo acabava por separar os autos do mundo*”.

A transposição para o processo virtual é, portanto, a própria rutura com essa materialização uma vez que o processo físico nas cercanias dos *actis* hoje possuem ligação com o mundo virtual. O citado Acórdão remete inclusive à ideia de uma verdade-real em paralelo a verdade-virtual, o que, grosso modo, guarda semelhanças com as conclusões chegadas por CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA. O que se vislumbra assim é justamente o processo de afirmação e, em mesma medida, negação sobre a notoriedade com base na disponibilidade do facto em rede¹⁷⁸.

Assim se destaca a hipótese de manipulação da notoriedade decorrente do que se passou a constituir com a publicização de um determinado facto. Tal como já temia STEIN e como os críticos de CALAMANDREI teriam bem pontuado, o implemento de meios de comunicação cada vez menos centralizados e geradores de núcleos de entendimentos, juízo e posição sobre os factos típicos da sociedade da informação, tende a possibilitar a construção de uma coerência interna satisfazendo o conceito de notoriedade como formulado depois da evolução promovida na Itália. Nesse aspeto,

¹⁷⁵ Este é, em verdade, o grande mote das diversas pesquisas que hoje se estabelecem sobre a possibilidade de uso de conhecimentos e factos obtidos no plano da internet como matéria instrutória oficiosa, inseridas no contexto processual pelo Conhecimento Privado do Juiz na espécie Facto Notório, mas, também, na espécie da Máxima de Experiência. Não se desconsidera que, ao passo que a Internet e os meios avançados de comunicação em geral provêm ao navegante incauto (e aqui não se exclui a figura do juiz) acesso à informação do tipo fática, é dizer, sobre afirmações de factos ocorridos em torno de eventos específicos e episódicos, ela também provê afirmações a respeito de temas que mais se assimilam às Máximas de Experiência, ao reforçar expectativas de mundo, de comportamento e de verdadeiras premissas silogísticas maiores. Sobre esse ponto, algumas indicações: BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico - *Facto Notório: revisão crítica ...*, Ob. Cit.; COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit.; na *Common Law* remetemos aos seguintes trabalhos JUDGE, Elizabeth F. - *Curious judge: judicial notice of facts, independent judicial research, and the impact of the internet*, in Annual Review Of Civil Litigation, Cardwell, 2012, pp. 325/350; GRIFFIN, Lissa - *Judging during Crises: Can Judges Protect the Facts*, in Loyola University Chicago Law Journal, vol. 50, no. 4, Summer 2019, pp. 857/878; LIOU, H. Albert, TRAN, Jasper L. - *Internet (Re)Search by Judges, Jurors, and Lawyers*, in IP Theory: Vol. 9: Iss. 1, Article 1, 2019.

¹⁷⁶ Novo Código de Processo Civil comentado, 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, em comentários ao art. 374, inc. I, pp. 637/638.

¹⁷⁷ TRT-3.ª, Reg., RO 0001653-06.2011.5.03.0014, rel. Des. José Eduardo de Resende Chaves Júnior, 1.ª Turma, julgado em 25.06.2012

¹⁷⁸ O tema chega ao paroxismo em situações como a do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, STJ, REsp 971.845/DF trecho do voto do relator, Min. Humberto Gomes de Barros, “*É Facto Notório, que está a disposição de qualquer cidadão com acesso à Internet, que o Cloridrato de Amineptina, substância ativa do Survector, causou muita polémica desde sua introdução no mercado mundial de consumo*”

o notório, em seu relativismo, atua em clara rutura com um dos paradigmas mais basilares da espécie de Conhecimento Privado do Juiz, ou seja, a própria ocorrência, ora que acessível em grau de diversas perspectivas da *communis opinio* a afirmação sobre aquilo que é notório, portanto, pela negativa, inquestionável e, pela positiva, conhecido amplamente.

2.4. Correntes Cética e Pragmático/Otimista sobre o Conhecimento Privado

Como se tentou apresentar acima, de modo resumido e com foco principal na experiência de tradição continental europeia, as formulações sobre o instituto do Conhecimento Privado do Juiz produziram diversas posições acadêmicas qualificando cada qual a nível de funcionalidade. Com efeito, o desenvolvimento sobre o tema acabou por delimitar correntes distintas sobre a formulação do instituto as quais podem ser agrupadas para fins conceituais em duas: Pragmático/Otimista e Cética. Aquela que denominamos de corrente Pragmático/Otimista distingue-se por colecionar entendimentos doutrinários que advogam pela funcionalidade do Conhecimento Privado do Juiz sob uma primeira ótica focada na legitimidade, é dizer, otimismo na figura do juiz – *e da própria função jurisdicional* - como figura sensível dos anseios sociais e das suas expressões teleológicas. Sob uma segunda ótica, tal corrente pode ser também identificada pela mobilização pragmática nos termos da funcionalidade da economia, celeridade e eficiência procedimental, é dizer, com os olhos postos na função resolutória do Conhecimento Privado.

A união dessas perspectivas é ilustrativa, ora que o viés pragmático não imuniza as críticas ou o ceticismo sobre a visão otimista, muitas vezes acusada de demasiada em relação ao instituto. Entretanto, optou-se por unir tais perspectivas, pois ambas advogam pela noção que minora a dimensão do risco envolvido com a mobilização do Conhecimento Privado. Vale a ressalva de que é cuidado de muitos autores que defendem a abordagem pragmática debruçarem-se em louvável esforço teórico para minorar os riscos decorrentes que deve ser festejado e sobretudo valorizado.¹⁷⁹

Por outro lado, há a perspectiva que denominamos como Cética, que, veja, não se trata de nada moderno ou contemporâneo, uma vez que, a título de exemplo, JEREMY BENTHAM, citado por COMOGLIO, ainda no começo do Século XIX, já acusava que “*le mot notoriété, en matière judiciaire, est justement suspect*”¹⁸⁰. Essa perspectiva doutrinária põe em relevo os riscos do uso do conhecimento privado, deixando de, ironicamente, relativizar o seu relativismo e subjetividade em prol da funcionalidade do instituto.

¹⁷⁹ Entretanto, vale destacar que muitos autores se referem à ideia de otimismo da aplicação do Conhecimento Privado justamente para apontarem os riscos a ele inerentes exemplificativamente, ainda que em uma abordagem muito mais próxima do tema da vedação ao uso da ciência privada, veja SOBA BRACESCO, Ignacio M. - *Prueba pericial y conocimiento privado del juez: entre el optimismo y la deferencia*, in Revista de Ciencias Sociales, n.º 78, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2021.

¹⁸⁰ BENTHAM, Jeremy - *Traité des preuves judiciaires*, II, Parigi, 1830, 265 *apud* COMOGLIO, Paolo - *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 155.

Um outro viés que interessa a essa perspectiva Cética é a tentativa de muitos dos autores de tentar aproveitar o instituto com processos intensos de decupagem conceitual, tal como, por exemplo, se dispõe MICHELE TARUFFO e seus comentadores¹⁸¹, o que os aproxima muito do viés pragmático, entretanto, demonstrando de modo profundo a insustentável aplicação natural do Instituto. A divisão em subespécies e características peculiares de cada expressão do Conhecimento Privado do Juiz seria, portanto, uma forma de tentar preservar a funcionalidade do instituto, ainda que, a nosso ver, o viés cético se sobressaia nesse sentido. Alguns autores também denominam a nossa chamada perspectiva Cética de “postura negacionista”¹⁸². Entendemos, entretanto, que a denominação “negacionista” não confere a análise em questão a exata dimensão, ora que os ditos autores não negam efetivamente o instituto, mas apresentam as dificuldades conceituais e riscos de sua aplicação que muitas vezes superam a funcionalidade e o otimismo, fazendo, exercício científico propositivo. No mais, essa perspectiva Cética se une sobre a defesa de que a funcionalidade do Conhecimento Privado é diretamente proporcional à algum grau de aceitabilidade fundamentada e justificada da sua aplicação, isso sobre uma miríade de hipóteses e critérios (científicos, estatísticos, consuetudinários) todos com elevado grau de artificialidade. No termo exato de TARUFFO¹⁸³, “generalizações”.

Da corrente Cética podemos citar autores como, por óbvio, MICHELE TARUFFO, seguido de JORDI NIEVA FENOLL, ANDREA PROTO PISANI e COMOGLIO. Em uma perspectiva seminal do Conhecimento Privado podemos citar a contribuição de JEREMY BENTHAM, em construção preliminar ao desenvolvimento do conceito por FRIEDRICH STEIN, o qual, sem anacronismos, não poderia estar pacificamente agregado à corrente diante dos desafios de sua época. Em Portugal, autores como JOÃO MARQUES MARTINS expõem riscos tangenciais do Conhecimento privado com tentativa de dissecar o instituto¹⁸⁴. No Brasil, autores como LENIO LUIZ STRECK¹⁸⁵, desferem críticas contundentes de base filosófica sobre o que ele, em especial, qualifica com um solipsismo judicial contemporâneo, chegando mesmo a levantar questões dentro da própria corrente Cética,

¹⁸¹ MARQUES MARTINS, João - *Reglas De La Experiencia...*, Ob. Cit., p. 3, após ele próprio propor uma determinada decupagem, apresenta uma lista de outros autores que promoveram alguma iniciativa taxonômica da espécie das Máximas de Experiência dentro do Conhecimento Privado, dentre eles STEIN, CALAMANDREI, HAINMÜLLER, KOCH e RÜßMANN, outro autor que elenca modelos distintos de decupagem é CALFURRAPA, Ramón Beltrán - *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional*, in Revista Ius et Praxis Talca, Chile, 2021.

¹⁸² A título e exemplo indicamos o excelente trabalho de UNTIVEROS, Miguel Ángel León - *Análisis lógico de las máximas de la experiencia en la jurisprudencia Peruana*, UPeCEN, Noviembre de 2019, Huancayo – Perú.

¹⁸³ *Considerazioni sulle massime d’esperienza...*, Ob. Cit., pp. 554 e ss.

¹⁸⁴ *Reglas De La Experiencia Concepto, Tipología, Formación Y Validez*, Ob. Cit.

¹⁸⁵ *Hermeneutica Juridica e(m) Crise*. 11ª. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014

ora identificada. DIERLE NUNES¹⁸⁶ e RAVI PEIXOTO¹⁸⁷, estes dois com uma perspectiva crítica que tangenciam o pragmatismo, são de possível adesão a corrente. Na América Latina como um todo e na literatura jurídica em espanhol, de modo particular pela influência que os seguidores de MICHELE TARUFFO exerceram nesses domínios, podemos citar muitos e diversos artigos céticos sobre o Conhecimento Privado do Juiz¹⁸⁸. Recentes trabalhos têm apresentado abordagem cética sobre as espécies do Conhecimento Privado do Juiz, dentre eles CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA¹⁸⁹ utiliza da estratégia de decupagem dos Factos Notórios com consistentes críticas em tentativa feliz de traçar um meio de utilização da espécie face desafios da contemporaneidade.

A corrente pragmática/otimista destaca-se, por evidente, na figura de STEIN que não apenas elaborou os elementos basilares do Instituto, mas o fez pela perspectiva de sua utilidade, seguido por toda a corrente de evolução italiana focada no conceito de Facto Notório, ao menos, até a crítica de VITTÓRIO DENTI ao já citado conceito de CALAMANDREI. Em Portugal, destaca-se a figura de JOÃO DE CASTRO MENDES, cuja formulação resulta em uma posição intensamente pragmática que o coloca em termos quase inigualáveis no modo como tratou o instituto. CANDIDO RANGEL DINAMARCO e sua ampla influência na escola processual brasileira (mais precisamente paulistana) é uma posição que agrega de modo talvez mais cristalino o convívio entre otimismo e pragmatismo, o que se compreende sobretudo em conta de sua contribuição acadêmica notável no âmbito da instrumentalidade do processo¹⁹⁰ e da formulação clássica de escopos da jurisdição¹⁹¹, dentre eles, por óbvio o viés Político da atividade jurisdicional. Trabalhos mais recentes sobre o cada qual das

¹⁸⁶ O citado autor aponta, acompanhado de ANA LUIZA PINTO COELHO MARQUES, diversas questões relativamente aos vieses decisórios em sede dos desafios tecnológicos da atualidade no artigo Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas, in *Revista de Processo*, vol. 285, p. 421 – 447, nov. 2018. Outro trabalho onde o autor, acompanhado de NATANAEL LUD e FLÁVIO PEDRON, aborda riscos que, em nosso entendimento, fazem por onde aderi-lo à corrente cética é Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing, 3ª Edição, Salvador: JusPodivm, 2022.

¹⁸⁷ *As regras de experiência, os deveres de justificação e os limites à discricionariedade do convencimento judicial*, in *Revista de Processo*, *Revista dos Tribunais*, vol. 320/2021, pp. 75/93, vale destacar que o autor ainda que tenha uma posição claramente cética tem, sob a ótica da funcionalidade, entendimento completamente distinto ao deste trabalho, pois tributa – especificamente às Máximas de Experiência - uma função unicamente ligada ao limite do convencimento judicial, ou seja, ao plano da construção lógica dentro de *standards* de fundamentação, nossa perspectiva é, neste aspecto em particular, diametralmente oposta, pois aqui se entende que o Conhecimento Privado do Juiz é instrumento técnico (quicá um *standard*) para a internalização da percepção extra processual.

¹⁸⁸ CALFURRAPA, Ramón Beltrán, *Las máximas de la experiencia...* Ob. Cit.

¹⁸⁹ *Facto Notório: revisão crítica...*, Ob. Cit.

¹⁹⁰ *A Instrumentalidade do Processo*, 14ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2013, especialmente nas pp. 279 e seguintes.

¹⁹¹ No trabalho clássico para o Direito Processual Brasileiro, escrito junto a ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e ADA PELLEGRINI GRINOVER - *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros Ed., 2003, o professor DINAMARCO estabelece de modo mais didático as balizas para a compreensão de escopos jurisdicionais dentre eles o escopo político da jurisdição, com o que se espera a atuação jurisdicional com fito a compor um quadro social coerente e suficiente para a pacificação.

espécies com caráter mais pragmático como DANILO KNIJNIK¹⁹², que aponta, em abordagem específica sobre as Máximas de Experiência, a necessidade de explicitação para controle do uso do Conhecimento Privado em toda e qualquer decisão judicial destacando o *Standard* da congruência narrativa como fundamental no exame das inferências complexas em processos decisórios. LUIS GUILHERME MARINONI e SERGIO CRUZ ARENHART, apontam perspectiva bem pragmática dos institutos¹⁹³. Alia-se à corrente GILBERTO FACHETTI SILVESTRE¹⁹⁴ e também WILLIAN SANTOS FERREIRA, este último, autor de estudo interessante sobre o contexto da Covid19¹⁹⁵. BARBOSA MOREIRA de perspectiva pragmática muito própria colocaria sua posição em local intermediário¹⁹⁶. Em Portugal, LUIS FELIPE PIRES DE SOUZA é um representante de perspectiva otimista entendendo que o Conhecimento Privado possui fundamentos culturais e sociais articulados sobre o processo valorativo do Juiz ser-humano.¹⁹⁷

Como trazido ao longo desta primeira parte, não há que se fazer qualquer juízo de valor sobre as correntes identificadas. Espera-se que com os parâmetros identificados, seja possível ampliar essa leitura para outros autores no futuro. Assim que, a despeito de qualquer outra utilidade que tenha a distinção proposta, o que nos parece é que o Conhecimento Privado do Juiz na sua perspectiva funcional tem dignidade de promover ao sistema jurídico processual um meio de catalisação do processo decisório. Tal efeito de catalisação, quando da sua distinção aos mecanismos heurísticos decisórios, tem a peculiaridade de ocorrer principalmente em construções acessórias e instrumentais do processo de cognição e não no *locus* típico que a doutrina, pautada pela perspectiva otimista/pragmática, atribui à sua função probatória imediata. Essa função oferece contornos interessantes para a abordagem do Conhecimento Privado do Juiz no contexto da Pós-verdade.

¹⁹² Ainda que abordado em diversas obras do autor citamos, especificamente, o artigo *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001, em linha <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>> em que ele ressalta, como também abordaremos, o processo de coerência e congruência interna como elemento de controle “...o *standard* da congruência narrativa manifesta-se como um bom instrumento para o controle das inferências judiciais em casos complexos, principalmente os que envolve m indícios e circunstâncias e, mais exatamente, para o controle da transição *facto conhecido —facto desconhecido*.”

¹⁹³ *Prova e Convicção*, 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁹⁴ *As máximas de experiência no processo civil*, Ob. Cit..

¹⁹⁵ *Levando a sério os conceitos de prova do facto, Facto Notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19*, in *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, Coord.: Alexandre David Malfatti, Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. V. 2, pp. 711/738

¹⁹⁶ Especialmente no já citado *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, Ob. Cit.

¹⁹⁷ PIRES DE SOUZA, Luís Felipe - *Prova por Presunção no Direito Civil*, Ob. Cit., p. 93. “Vivemos numa época de inflação legislativa em que a desvalorização qualitativa das leis tem como reverso o fortalecimento do papel do juiz, transformado em autêntico arquiteto social. O juiz é chamado a aplicar e a desenvolver o Direito no caso concreto. Nessa valoração que caracteriza a interpretação jurídica, incidem diretamente os conceitos culturais sociais e valorativos que o juiz traz consigo enquanto ser humano e que integram as regras de experiência.”

3. Conhecimento Privado do Juiz e Pós-verdade

Pós Verdade ou *Post Truth* palavra do ano pelo dicionário Oxford em 2016¹⁹⁸, tem uma origem muito mais remota do que o cenário em que o termo acabou ganhando popularidade. De facto, o termo remonta ao trabalho do dramaturgo sérvio-americano STEVE TESICH em um artigo de 1992, intitulado "A nação em pós-verdade"¹⁹⁹. TESICH fez uso do termo afim de descrever uma inclinação subjetiva para emoções e crenças pessoais em detrimento dos factos objetivos na política e na sociedade. Como dito, a popularidade do termo adquiriu contornos de “*referência pop*” após o referendo de aprovação do Brexit e a eleição presidencial dos Estados Unidos que, naquele ano de 2016, sagrou vencedor o Republicado Donald Trump. A circulação de informações enganosas, notícias falsas e retóricas polarizadas gerou uma sensação sem precedentes quanto à plasticidade da ideia de verdade e do uso de mecanismos de congregação de posições sobre a “verdade” através dos modernos meios digitais²⁰⁰.

A evolução do uso do termo, que passou logo à figura de conceito abordado em inúmeras obras de viés acadêmico e comercial, constituiu uma miríade de nomenclaturas relacionados com novas áreas de investigação focadas nos desafios contemporâneos relacionados com a política, à média e à disseminação de informações. Desde então, é possível identificar o surgimento de inúmeras linhas de pesquisas relacionadas e pulverizadas nas mais diversas esferas do conhecimento²⁰¹: *Alternative facts*; *Fake News*; *Truthiness*²⁰²; *Disinformation*; *Misinformation*;

¹⁹⁸ "Post-truth" named Oxford Dictionaries' Word of the Year 2016. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>

¹⁹⁹ Post-Truth and Its Consequences: What a 25-Year-Old Essay Tells Us About the Current Moment. Disponível em: <https://www.thenation.com/article/archive/post-truth-and-its-consequences-what-a-25-year-old-essay-tells-us-about-the-current-moment/>

²⁰⁰ Em quadra recente, mais precisamente no contexto do enfrentamento à pandemia do Sars-cov2, Portugal assistiu talvez um dos exemplos mais aterradores do impacto do processo de construção de verdades ou sentidos de realidade dentro das estruturas judiciais, notadamente, quando diante de um processo de validação lógica interna de um determinado grupo. Remetemos, por evidente, ao episódio envolvendo o magistrado Rui Fonseca e Castro, que ficou conhecido pela alcunha (a nosso ver, até um pouco simplista e superficial) de “Juiz Negacionista”. O antigo magistrado do tribunal de Odemira, era, na altura dos factos (março de 2021), membro de um grupo denominado “Juristas pela verdade” e manifestava suas opiniões nas redes digitais em grupos de propagação de perspectivas que questionavam a veracidade e a realidade em torno da pandemia. Suas posições se tornaram explícitas quando o, então magistrado, passou a insultar e a proibir expressamente o uso de máscaras por advogados e procuradores em incitação ao descumprimento de regras sanitárias vigentes na altura.

²⁰¹ Algumas menções de trabalhos que abordam o tema são: LEVITIN, Daniel J. - *Weaponized Lies: How to Think Critically in the Post-Truth Era*, New York, Dutton, 2016; EMPOLI, Giuliano da - *Os engenheiros do caos*, São Paulo, Vestígio Editora, 2019; KEYES, Ralph - *The Post-Truth Era*, New York, St. Martin's Press, 2004; STENMARK, Mikael, FULLER, Steve, ZACKARIASSON, Ulf - *Relativism and Post-Truth in Contemporary Society*, London, Palgrave Macmillan, 2018; MCINTYRE, Lee - *Post-Truth*, Cambridge, MIT Press, 2018; BAGGINI, Julian - *A Short History of Truth*, London, Quercus Editions, 2017; D'ANCONA, Matthew - *Post-Truth*, London, Ebury Press, 2017; MCCOMISKEY, Bruce - *Post-Truth Rhetoric and Composition*, Boulder, CO, University Press of Colorado, 2017.

²⁰² “Verdadeiro-sentimento”: termo cunhado por Stephen Colbert que descreve a qualidade de algo que “soa verdadeiro” ou “se sente verdadeiro”, independentemente dos factos reais.

*Confirmation bias*²⁰³; *Echo chamber*²⁰⁴; *Filter bubble*²⁰⁵; *Cognitive dissonance*²⁰⁶, *Informations Cluster*²⁰⁷. Para além dos termos destacados, ainda que cada qual pudesse ser tratado de modo muito amplo pelo olhar dos desafios gerados ao campo do Conhecimento Privado do Juiz, o que nos parece importante explorar são os conceitos associados com campos geradores de viés de confirmação. Tal tema tem sido tratado por diversos estudiosos do campo dos Vieses Cognitivos da Decisão Judicial²⁰⁸, a demonstrar que a era da pós-verdade tem erigido desafios muito complexos aos parâmetros de racionalidade objetiva no processo decisório, sob a perspectiva de que tais parâmetros seriam uma barreira para a entrada de raciocínios parciais, e que, na prática, *“conduziu os juristas, especialmente nos últimos vinte anos, a apostar que a justiça seria realizada por meio de operações hermenêuticas produzidas (i) juízes tecnicamente bem formados, (ii) informados por uma imprensa livre e (iii) comprometidos com a concretização dos direitos definidos pelo sistema representativo.”*²⁰⁹

Em resumo, a era da Pós-verdade impõe lidar com um ambiente onde informações são compartilhadas, inclusive para dentro da classe judicial, sob contexto de lógica formal interna e autorreferenciada sujeitas à aceitação com capacidade de reforçar perspectivas do mundo preexistentes²¹⁰. Em aproximação que justifica o tratamento deste conceito, podemos mobilizar

²⁰³ “Viés de confirmação”: tendência de buscar, interpretar e lembrar informações de maneira que confirme nossas crenças preexistentes.

²⁰⁴ “Câmara de eco”: ambiente onde um grupo de pessoas compartilha opiniões e informações semelhantes, criando um ciclo de reforço dessas opiniões e informações.

²⁰⁵ “Bolha de filtro”: a ideia de que os algoritmos das redes sociais e mecanismos de busca criam uma “bolha” em torno de cada usuário, filtrando informações que não se encaixam em seu histórico de navegação e preferências pessoais.

²⁰⁶ “Dissonância cognitiva”: sensação de desconforto ou tensão que surge quando alguém é confrontado com informações ou ideias que entram em conflito com suas crenças preexistentes.

²⁰⁷ SAWYER, Michael E. - *Post-Truth, Social Media and the “Real” as Pahntasm*, in *Relativism and Post-Truth in Contemporary Society*, 2021. Kindle edition. Pos. 1295: *“What this seems to mean is that our culture has accepted the online presence of a phenomenon as coincident with truth and this logic can be stretched to allow online phenomena to serve as events in and unto themselves without a relationship with or to an actual event or experience. ... The fact that individuals can now curate and broadcast their own media and, further, that the primitive nature of the content does not tend to undermine its authority allows the creation of an infinite number of “networks”. These networks operate in a fashion that facilitates the creation of discourses of internally coherent “truth” that are true only in relation to themselves and are in fact designed to obscure, eliminate, or decenter the notion of what amounts to a fact.”*

²⁰⁸ Dentre algumas abordagens desse conceito remetemos às preocupações expressadas por LINS, Ricardo de e COSTA, Horta Alexandre Araújo - *Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade*, in *Cadernos Adenauer*, xviii, nº1, 2017, p. 15 disponível em <<https://www.kas.de/pt/web/brasilien/einzeltitel/-/content/politik-und-rechtsprechung>>, os quais pontuam que *“Nesse contexto, dos principais desafios dos magistrados é lidar com o chamado viés de confirmação, um padrão cognitivo amplamente reconhecido no campo da psicologia e que consiste na tendência de cada indivíduo a aceitar evidências que confirmam suas crenças preconcebidas e a recusar a validade de provas que contrariam as suas intuições (Nickerson, 1998). Em outras palavras, é muito difícil para qualquer pessoa decidir em desconformidade com suas próprias intuições, ainda que existam provas sólidas que apontem em sentido contrário à sua interpretação dos factos que lhe são apresentados.”*

²⁰⁹ Idem, Ob. Cit., p. 17.

²¹⁰ SAWYER, MICHAEL E. - *Post-Truth, Social Media and the “Real” as Pahntasm*, Ob. Cit., pos. 1286: *“As technology for the broadcast of real or imagined self-curated material renders even the theater, television, or radio anachronistic, the notion that an individual can produce media that is self-referentially authoritative establishes the regime of “post-*

essa abordagem dentro do núcleo da definição de CALAMANDREI para os Factos Notórios, qual seja: *viés de confirmação* podem gerar afirmações de “*cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo*”²¹¹. Nuances que tocam ao conceito podem ser extraídas da abordagem de TARUFFO que fixa a ideia de generalizações (inclusive as que o autor qualifica como espúrias e para as quais o processualista precisa estar atento) no campo das Máximas de Experiência. Segundo TARUFFO, a noção de Máxima de Experiência coincide com o conteúdo de experiências que muitas das vezes está privada de validade cognitiva.²¹²

RAMON BELTRAN CAFURRAPA²¹³, por seu turno, ao reforçar as ideias de TARUFFO, destaca que factos colhidos da experiência empírica e de juízos de valor não se encontram diferenciados ou ainda completamente racionalizados pela lógica externa ao próprio raciocínio de validação. Os campos de confiabilidade da afirmação e da sua aceitabilidade fundem-se com o Conhecimento Privado do Juiz, em muitos casos, sem consciência explícita que justifique a evocação ou ainda, dizemos nós, em uso de carácter silogístico de cunho tão instrumental e, como se costuma usar na prática do foro, em *Obiter Dictum*, que a carga de tal utilização acaba por passar implícita no conteúdo da decisão. O manejo do Conhecimento Privado, neste caso, ocorre sem uma validação externa ou mesmo sem explicitação que o coloque em evidência. Assim, questiona CAFURRAPA, se uma sociedade fundada mais no dissenso do que no consenso, há utilidade nas máximas de experiência por uma perspectiva meramente pragmática.²¹⁴

A questão volta-se também ao campo dos Factos Notórios, para COMOGLIO²¹⁵ a pulverização de meios de acesso a conteúdo fático, enormemente ampliados com as medias digitais e bases de “conhecimento” em rede, são uma constatação para a dificuldade do tema. Tal aspeto é

truth” that concerns us here. Social media becomes an apparatus that implodes the concept of “truth” and allows the creation of regimes of discourse (political conversation as just one instantiation of this phenomenon) that are potentially purposefully at a distance from what are traditionally framed as “facts” in that they were dependent upon being part of a produced and hierarchical media ecosystem. It may prove useful to think of the traditional modes of presenting media (television, radio, theaters, magazines, books, etc.) as analogous to the relationship that the public maintains to the brick and mortar store in the age of the internet. The existence of a “bricks and mortar” shop is often only understood as “real” when that presence is backed up by a virtual one, meaning a place becomes “real” or reliable when it has an internet presence.”

²¹¹ Per la definizione del fatto notorio, Ob. Cit., p. 298.

²¹² TARUFFO, Michele - *Il Fatto e L'interpretazione*, Ob. Cit., pp. 199/200. “... la nozione di “massima d’esperienza” coincide con molti contenuti dello stock of knowledge di cui parla Twining e con molte delle generalizzazioni (incluse quelle spurie) di cui parla Schauer, con la conseguenza che molte “massime” si rivelano in realtà prive di qualunque validità conoscitiva.”

²¹³ *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción....* Ob. Cit..

²¹⁴ Idem, p. 141 “... en una sociedad altamente diversificada, influenciada por ideologías fundadas más en el dissenso que en el consenso, con recursos culturales no siempre bien compartidos, cabe preguntarse si las máximas de la experiencia pueden ser expresión neutral e imparcial de esos ‘background knowledges’”

²¹⁵ *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 191. “La faticosa opera di consolidamento della nozione di notorietà di Calamandrei da parte della dottrina e della giurisprudenza rischia di essere destinata a un repentino stravolgimento. Al di là delle piccole crepe segnalate in precedenza, è sopraggiunto un evento che mette in serio pericolo le fondamenta stesse del notorio. E tale evento ha senza dubbio un solo nome, Internet.”

muito debatido, como o próprio COMOGLIO destaca, na tradição da *Common Law*²¹⁶, sob a intersecção das conclusões sobre factos obtidas de iniciativas probatórias ou pesquisas singelas (inclusive fora do *iter* probatório) realizadas pelos magistrados nas bases digitais disponíveis em rede, sob a fixação de tratar-se de uma *Judicial Notice*²¹⁷. Tal tema tem gerado intensa produção e discussão no Brasil, a exemplo de todos, remetemos ao já citado e excelente trabalho de CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA²¹⁸, no qual o autor aborda de forma inovadora o tratamento do Facto Notório dentro do contexto da difusão digital do conhecimento.

A identidade de que a construção do discurso decisório do tipo judicial para a sua aceitabilidade exige, no modelo do Estado Democrático de Direito, uma convergência lógica racional chega a ser uma conclusão banal, como pontua MICHELE TARUFFO. Todavia, ao questionar o enquadramento lógico da atividade cognitiva judicial, o mestre italiano destaca que a adoção de uma ideologia de racionalidade da decisão judiciária impõe a presunção da validade lógica, não representando essa presunção como elemento meramente de fundo, mas como componente disperso em todo o arco lógico de pronunciamento judicial²¹⁹. Assim, e essa ampliação fazemos nós, a afirmação judicial baseada em seu Conhecimento Privado produz na conversão para a realidade *intra* processual algo cuja impugnação é protegida pela própria natureza do instituto.

Alguma noção de realidade, nesse caso, é inafastável da definição dentro do plano da correspondência entre afirmação e factos do mundo e que pode ser dividida em inúmeras correntes de abordagem²²⁰, CLAUDIA TRINDADE elege o que para nossa exposição seriam duas correntes principais: **a)** verdade como correspondência; e **b)** verdade como coerência, ambos inseridos dentro do conceito relacional de verdade. Enquanto para a corrente da verdade como correspondência “**a)**” uma proposição é verdadeira quando o facto existir no mundo, para a verdade como coerência “**b)**” uma determinada proposição é verdadeira quando coerente com um conjunto específico de proposições. CLAUDIA TRINDADE destaca ainda a respeito da verdade como correspondência a dificuldade de se aferir a efetiva objetividade epistêmica. Segundo a autora, “[a]inda que tal seja possível, não será comum, tendo em consideração que as representações humanas da realidade

²¹⁶ Idem, p. 283 e segs.

²¹⁷ BELLIN, Jeffrey e FERGUSON, Andrew Guthrie - *Trial by Google: judicial notice in the information age*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 108, No. 4.

²¹⁸ *Facto Notório: revisão crítica...*, Ob. Cit..

²¹⁹ *Senso Comum...*, Ob. Cit., p. 173. “... a adoção de uma ideologia do racional da decisão judiciária (e não só legal) impõe que ele [o raciocínio judicial] seja visto como logicamente válido e articulado em uma estrutura de argumentação capaz de assegurar sua racionalidade... Esse raciocínio decorre, pois, em larga medida, do senso comum: ele é context-laden e profundamente situado na cultura e na experiência do lugar e do tempo da decisão. Pode-se até dizer, com boas razões, que o senso comum está em todo o raciocínio do juiz: ele não representa apenas o fundo, como a lâmina dourada das mesas medievais, mas também uma parte importante do material de que o juiz se serve, fornecendo-lhe um repertório de formas de argumentação e esquemas interpretativos empregados em seu raciocínio.”

²²⁰ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves - *A prova de estados subjetivos...*, Ob. Cit., p. 84.

são realizadas em contextos históricos, culturais e pessoais específicos, que levam o ser humano a filtrar a realidade e a subjetivizá-la.”²²¹ Essa característica invulgar da verdade objetiva e epistêmica, segundo a autora, seria um verdadeiro fio de lâmina sobre o qual caminha a perspectiva de que os sistemas de convicções humanas dirigem a sua percepção (ainda que objetivamente enquadrada) a algo, ao menos sutilmente, diverso da realidade²²².

Por mais complexo que o tema seja vale pontuar – *sem qualquer pretensão abordagem mais profunda* - que, mesmo na perspectiva da correspondência mais objetiva e radical, um cenário em que as fontes de informação externas que convergem para múltiplas perspectivas de realidade, típico do que se entende por era da Pós-verdade, possam ser aderidas ao Conhecimento Privado do Juiz, gera preocupações, ao menos, relevantes. É esse substancialmente o campo de preocupação de COMOGLIO quando de sua incursão no tema do Conhecimento Privado do Juiz, sob a égide das novas tecnologias de acesso à informação, pela perspectiva do conhecimento privado vedado (a citada Ciência Privada do Juiz)²²³, mas, também, pela perspectiva do Conhecimento Privado do Juiz (Factos Notórios e Máximas de Experiência), como dito acima, permitido e desejado pela corrente Otimista/Pragmática do instituto²²⁴ e pela lógica do modelo jurisdicional contemporâneo²²⁵.

Já o campo da coerência lógica interna está relacionado com a noção de que as afirmações

²²¹ Idem, p. 85.

²²² Idem, p. 86. “Concordar com a afirmação de que o ser humano não consegue sair do seu sistema de convicções é dizer que uma proposição não pode ser diretamente comparada com a realidade. Se assim o é, o critério de verdade de uma proposição não pode ser a correspondência entre ela e os factos. Se o ser humano não consegue abstrair-se do seu sistema de representações, então toda a realidade é expressa exclusivamente através da linguagem, por via das proposições, pelo que o critério de aferição da verdade de uma proposição tem de ser a coerência com outras proposições. E tal entendimento é, *prima facie*, próprio das teorias da coerência.”

²²³ COMOGLIO, Paolo, *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 293, “Con specifico riferimento al processo, la crisi del modello conoscitivo tradizionale sembra ripercuotersi prima di tutto sull’effettività del divieto di scienza privata da parte del giudice. In effetti, al di là dei dubbi di attendibilità delle informazioni reperibili online, tutti abbiamo ormai l’abitudine di consultare Internet per reperire facilmente informazioni, per verificare fatti della vita quotidiana o anche per reperire informazioni su altre persone. Questa nuova abitudine (ma potremmo parlare di vera e propria nuova strategia conoscitiva) rischia di mettere a serio rischio il rispetto del divieto della scienza privata.”

²²⁴ Idem, p. 311: “... le nuove tecnologie e, in particolare, la diffusione delle conoscenze sulla rete hanno reso evidente l’intrinseca incertezza del fondamento epistemico della concezione tradizionale di notorietà. Se neppure Wikipedia (pur comunicando a tutti l’esistenza di un fatto e sottoponendola alla verifica potenziale di chiunque) è in grado di assicurare la verità dei fatti tramite questo meccanismo, allora a maggior ragione neppure gli altri casi di notorietà sono in grado di assicurare la verità del fatto. Come si è acutamente osservato, Internet ‘sta distruggendo la vecchia e ottimistica fiducia che potessimo tutti concordare sui fatti e, di conseguenza, sulle loro conclusioni’. In altri termini, il fatto che la convinzione circa la verità di un fatto sia diffusa fra un numero indeterminato di persone e che nessuna di queste lo abbia messo in discussione non può considerarsi sufficiente per ritenere realmente esistente quel medesimo fatto. Potrebbe anche essere, ma di per sé la notorietà non sembra sufficiente per ritenere giustificata la credenza circa la verità del fatto notorio. Occorre, quindi, ripensarne il fondamento e la collocazione sistematica.”

²²⁵ As exigências de eficiência, economicidade em face dos desafios/desenvolvimentos tecnológicos é bem tratada por DIERLE NUNES, em diversos artigos e trabalhos em que o autor aborda justamente a questão dos vieses cognitivos e do implemento tecnológico, como a adoção de algoritmos, sistemas de racionalização processual e estratégica adotados por tribunais e mesmo por operadores jurídicos os mais diversos. O autor elenca dentre as importantes lentes de abordagem desse fenómeno a “Virada Cognitiva” sobre os estudos da racionalidade decisória. Dentre outros trabalhos já citados acima, indicamos *Processo Civil, Vieses Cognitivos e Tecnologia: Alguns Desafios*, in *Panorama atual do Novo CPC*, Vol. 3, coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira, Ed. Tiratn lo banch, 2019, pp. 79/96 e

devem ser consistentes entre si²²⁶ e seguir as regras da lógica formal, em uma perspectiva de consenso²²⁷. É evidente, nesse caso, que a discussão sobre a própria existência e a percepção da verdade é demasiado profunda e variada, a começar pelas múltiplas correntes e posições no que toca às vertentes moderadas e radicais de cada linha. No entanto, independentemente desta discussão, a adoção de critério de verdade, não com base em correspondência, mas em decorrência de coerência e aceitação, confirmação ou de perspectivas validáveis internamente denota um elemento relevante. Logo, a ideia de coerência lógica interna pode ser um problema, pois a construção de uma estrutura de patente lógica formal pode gerar um plano de coerência para a aplicação de um entendimento aberto pelo uso do Conhecimento Privado do Juiz que seria, por sua vez, facilmente pautado em perspectivas de verdade sujeitas às *biases* da Pós-verdade e validadas pela referência interna do grupo que podemos definir como composto pelo aparelho judicial. Essa referência interna obviamente não é uma novidade da tal era da Pós-verdade e nem tampouco um fenómeno desconhecido, ela se espraia pelas cercanias da prática forense, da própria jurisprudência (que reafirma noções de verdade e modelos de abordagem) e, por óbvio, pela experiência de mundo compartilhada dentro da Classe Judicial, como diria o trecho já citado de TARUFFO, uma lógica racional *“context-laden e profundamente situated na cultura e na experiência do lugar e do tempo da decisão”*.

Portanto, como tentaremos abordar, parece-nos que, esta perspectiva apenas reforça que o Conhecimento Privado do Juiz é mecanismo de “válvula aberta” para internalização formal, legal e legítima que apenas se acelerou com a demanda de desempenho, amplitude e efetividade da função jurisdicional contemporânea. Isso, à luz de que, como decorrência de mera operação de

²²⁶ Segundo TRINDADE, Cláudia Sofia Alves - *A prova de estados subjetivos...*, Ob. Cit., pp. 86/87: *“Uma visão coerentista radical defende que a verdade de uma proposição é aferida unicamente através da sua coerência com um conjunto de outras proposições, não podendo o critério de verdade consistir em condições objetivas, ou seja, não podendo as proposições corresponder a factos objetivos, exatamente por ser impossível ao ser humano sair do seu sistema de convicções. Por este motivo também, para a visão radical o objetivo das proposições não pode ser representar o mundo real, ainda que este exista. ... Já o coerentismo moderado considera que existe um mundo objetivo independente da linguagem e das representações, não obstante a impossibilidade de comparação direta entre estas últimas e aquele, e que a verdade consiste na correspondência com a realidade¹⁴⁹. Admitindo uma forma de realismo, o coerentismo moderado assume que a verdade pode transcender o conjunto das convicções, o que é dizer, que as convicções (expressas por meio de proposições) podem ser falsas, ainda que formadas em coerência com um conjunto específico de outras convicções. Mas se o mundo real não é passível de conhecimento direto, embora a verdade consista na correspondência com o mundo objetivo, o único critério de verdade acessível é o da coerência entre proposições.”*

²²⁷. As noções de verdade como consenso são remetidas por COMOGLIO, *Nuove tecnologie...*, Ob. Cit., p. 183, o qual fixa alguns pontos de vista tais como os do próprio MICHELE TARUFFO, UBERTIS e de sobretudo da posição de DE STEFANO, no seguinte sentido: *“Pur essendo partito da una implicita concezione corrispondentista della verità, egli perviene a conclusioni che di fatto implicano una teoria consensualistica della verità.”*, mais adiante o autor assevera *“Ebbene, la nozione di fatto notorio elaborata da Calamandrei e sostanzialmente recepita da dottrina e giurisprudenza non sembra essere compatibile con tale obiettivo. Come si è già detto in precedenza, la nozione di fatto notorio utilizzata sino a ora (secondo la quale un fatto è notorio se acquisito come vero nel bagaglio culturale medio di una determinata cerchia sociale) si fonda essenzialmente su una concezione consensualistica della verità”*.

coerência lógica interna, a era da Pós-verdade conduz a verdade menos à uma questão de correspondência com os factos e mais à uma questão de coerência formal, ou mais, de uma estrutura estabelecida de práticas decisórias, seja pelo viés da confiança no agente legítimo da decisão, seja pelo pragmatismo de sua atuação.

Essa relação de correspondência certamente desagua na própria conformação dos factos que circundam a matéria posta em juízo e objetivamente do caso concreto. MICHELE TARUFFO pontuou, em ao menos uma oportunidade, que a particularização do caso concreto seria até por via de um movimento crítico das correntes jus-filosóficas pós-modernas, agregador de valores essencialmente particulares na análise do litígio. Referenciado autores como NEIL MACCORMICK que criticava abordagens jurídicas de cunho abstrato e tradicional, para TARUFFO, o jus-filósofo escocês, denunciava que tal regime propaga modelos *“maschilisti, razzisti, o comunque formali e troppo lontani dalla realtà concreta dei fatti che hanno dato luogo alla controversia”*²²⁸.

Por outro lado, mesmo os movimentos de inserção de valores estruturantes da decisão que enfrentam os modelos tradicionais podem ofertar a oportunidade de vislumbrar o modo de funcionamento do Conhecimento Privado do Juiz como a citada “válvula aberta”. Logo, a perspectiva contrária e eminentemente cética desse cunho abstrato e tradicional também não é de todo desejável, nem imune a críticas ou a gerar episódios até inusitados, mas sobretudo, ricos para o exame que se propõe aqui. Para ingressarmos no próximo tópico, tomamos a liberdade de narrar brevemente dois casos, a nosso ver, diametralmente opostos, mas ilustrativos do tema a tratar.

Em recente episódio, envolvendo o músico brasileiro Chico Buarque de Holanda²²⁹, uma decisão judicial proferida pelo juízo da 6ª (sexta) Vara do Juizado Especial Cível da Lagoa²³⁰, Zona

²²⁸ TARUFFO, Michele - *Il Fatto e L'interpretazione*, Ob. Cit., pp. 205/206.

²²⁹ Inúmeros meios noticiaram, no mês de dezembro de 2022, o episódio no Brasil e mesmo em Portugal, onde o músico é reconhecido especialmente pela sua ligação cultural muito forte. Apenas para citar algumas fontes: <<https://visao.sapo.pt/atualidade/mundo/2022-11-26-juiza-coloca-em-causa-a-autoria-da-musica-roda-viva-chico-buarque-ou-eduardo-bolsonaro/>>; <<https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/juiza-questiona-autoria-de-chico-buarque-da-musica-roda-viva/>>

²³⁰ No sistema jurisdicional brasileiro, os Juizados Especiais são instâncias para julgamento de causas de menor complexidade e de valores inferiores a determinado patamar. O surgimento dos Juizados Especiais na década de noventa, bem da verdade uma evolução dos antigos Tribunais de Pequenas Causas, está diretamente ligado à evolução dos meios de acesso à justiça decorrentes do enfrentamento do que a doutrina brasileira configurou chamar de litigância contida ou represamento de litígios pelos custos altos e pelo tipo de técnica de abordagem do sistema judicial comum. Tratamos sobre o tema dos Juizados Especiais e seu acoplamento estrutural no contexto do que no Brasil se qualificou pela “litigância massificada” especialmente no ramo do Direito do Consumidor em nosso trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Láurea) na Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo: Um Ponto de Equilíbrio no Acesso à Justiça: Os Jogadores Processuais e o Contencioso de Massa das Relações de Consumo nos Juizados Especiais Cíveis, Diss. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. À guisa de complementar a própria pertinência do sistema dos Juizados Especiais como reafirmador do modelo funcional do Conhecimento Privado do Juiz proposto neste trabalho, vale destacar a disposição dos artigos 5º e 6º da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que regula o sistema dos Juizados: “Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

Sul do Rio de Janeiro, gerou uma comoção generalizada devido à extinção de uma ação proposta naquela instância pelo músico. A decisão pela extinção sem resolução de mérito decorreu, no entendimento do juízo, da falta de comprovação de que a obra musical Roda Viva, um dos componentes mais importantes do repertório do autor era de facto da sua autoria. Originalmente a ação fora proposta contra o deputado federal Eduardo Bolsonaro, filho do então Presidente da República, no processo o artista questionou o deputado pelo uso da sua música como trilha sonora em uma publicação nas redes sociais. Na decisão, o juízo entendeu que estaria ausente documento indispensável à propositura da demanda, no caso, documento que comprovasse a autoria da música.

Por seu turno, os advogados do cantor recorreram alegando “*que Chico Buarque é compositor e cantor de Roda-viva, especialmente no fonograma utilizado pelo réu, é facto público e notório*”. Com efeito, o caso em questão denota uma primeira abordagem sobre a quebra da perspectiva de mundo de onde poderia ser extraído e devidamente fundamentado o Conhecimento Privado do Juiz, como meio de internalização de uma premissa para tomada de decisão (neste caso concreto, entendida como a verificação de um pressuposto processual positivo - *documento essencial* - ou uma regra de julgamento, tal como durante muito tempo fora compreendido o instituto da inversão do ónus probatório). De facto, afirmar que algo é notório e afirmar que algo não é notório, salvo os efeitos prático-procedimentais de exigir a prova correspondente, resulta do mesmo paradigma de confiabilidade externa quanto a qualidade epistêmica da afirmação (notório/não notório ou máxima de experiência/não máxima de experiência). Em um ambiente em que a afirmação se desdobra em diversos núcleos de compartilhamento da ideia de verdade ou de realidade passível de adoção oficiosa pelo instrumento do Conhecimento Privado do Juiz, a dimensão do viés de convicção em que está inserido o magistrado torna-se ponto central para identificarmos seu uso prático no processo cognitivo. Em comentário à decisão acima mencionada, CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA tece importantes conclusões principalmente sobre o impacto da quadra informacional na quebra de expectativa de consenso e veracidade.²³¹

O outro caso parte de uma premissa que será melhor desenvolvida no tópico subsequente, mas que de modo sucinto podemos fixar como os efeitos decorrentes da ampliação do Ativismo

²³¹ “Roda Viva”, notoriamente de Chico Buarque, coluna Direito Civil Atual, em linha, <https://www.conjur.com.br/2022-dez-19/direito-civil-atual-roda-viva-notoriamente-chico-buarque> “*Saímos de uma sociedade que possuía instituições responsáveis por estabelecimentos de filtros prévios à disseminação de informações, separando mediante critérios o que é verdade do que não é, para uma sociedade com uma sobrecarga de informações que atribui ao receptor da informação filtrar o que é verdade e o que não é mediante critérios de credibilidade e confiabilidade da informação. Se antes já poderia ser colocada em xeque a ideia de consenso de um grupo social para formação de um patrimônio cultural acerca da notoriedade e consequente veracidade de determinados factos, atualmente, com todas essas significativas mudanças, a notoriedade não pode ser considerada sinônimo de qualidade epistêmica para confiabilidade acerca da sua ocorrência.*”

Judicial experimentado nos últimos trinta anos²³². Ainda que não haja uma posição unânime sobre o aspeto positivo ou negativo do ativismo judicial nem tampouco sobre as verdadeiras cercanias de sua conformação²³³, tal matéria tem representado enorme ponto de inflexão notadamente em conta de uma hipertrofia do Poder Judiciário perante outros poderes, o qual é, nos países onde esse fenómeno se mostra mais explícito²³⁴, chamado a se posicionar de modo “substitutivo” na construção de políticas públicas ou mesmo para a satisfação de interesses supostamente captados do seio da sociedade. Aí reside o tema da função estruturante da decisão judicial.

É dizer, tal circunstância revela-se problemática sobretudo em países com forte carestia de meios básicos, nos quais o Poder Judiciário acaba por se tornar meio de satisfação de demandas sociais tais como garantia de acesso à educação básica, acesso a medicamentos, ou seja, políticas públicas e direitos sociais de modo generalizado²³⁵²³⁶. No entanto, o Poder Judiciário passa também a configurar, em conta da legitimidade tradicional da figura do Juiz, “mão forte” da garantia da moralidade, legalidade e punibilidade de condutas ilícitas, com a mesma premissa da capacidade

²³² Artigo do, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, BARROSO, José Roberto - *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 81, n.º 1, 2005, p. 244, é ilustrativo sobre a perspectiva ideológica que gerou o desenvolvimento das correntes pró-ativismo judicial: “Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos factos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” Tal perspectiva remete à crítica/preocupação de MICHELE TARUFFO apresentada linhas acima.

²³³ Há posicionamentos que distinguem o fenómeno do Ativismo Judicial com o conceito da Judicialização Política, sendo que o primeiro estaria mais ligado a ideia de regulação ativa de Direitos por parte do Poder Judiciário e o segundo mais ligado à função substitutiva que o Poder Judiciário exerceria perante o Poder Político (em sentido amplo). Um dos escritores mais críticos a abordar o tema do ativismo judicial pela perspectiva filosófica é LENIO STRECK, *Hermeneutica Jurídica e(m) Crise*. 11ª. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, autor que qualifica essa postura como decorrente de um modelo de Solipsismo Judicial decisório.

²³⁴ Ainda que, como dito, em alguns países a função do Ativismo Judicial possa gerar efeitos muito mais amplos de substituição da política pública, é de se destacar que em diversas experiências de países que optaram pelo controle constitucional centralizado e em concreto, notadamente os Estados Unidos da América, o ativismo judicial se mostra claramente voltado à conformação de interesses sociais em conflito, tal tema pode ser abordado de forma muito interessante durante período de pesquisas na Universidade de Leipzig, especialmente nas reflexões propostas pelo Professor ALEXANDER BRADE, no curso de Direito Constitucional Comparado daquela universidade. A utilização de elementos extraprocessuais internalizados por via do *Judicial Notice*, já referido homólogo da *Common Law* ao instituto do Conhecimento Provado do Juiz, chega a ser aterradora. Sobre o uso desse tipo de expediente no contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos veja-se ALLISON ORR LARSEN. *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, in New York University Law Review, vol. 93, no. 2, May 2018, p. 175-248.

²³⁵ Por todos veja-se HENRIQUES DA COSTA, Susana - *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*, in Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe; Susana Henriques da Costa. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017

²³⁶ Como será abordado no tópico subsequente, o aumento da importância e abrangência das expectativas de resposta do Poder Judiciário decorre sobretudo da mudança de perspectiva de sua funcionalidade típica especialmente ao longo do Século XX, é dizer, o papel do Poder Judiciário e sua função na sociedade contemporânea é caracterizado pela ampliação da abordagem de conflitos (difusos, transindividuais, marginais e excêntricos se comparados com a perspectiva novecentista) e, conseqüentemente, da variabilidade de desafios que se coloca ao magistrado da atualidade. Nossa abordagem, neste trabalho, tenta apresentar a noção de que a ampliação e os desafios do Conhecimento Privado do Juiz na era da Pós-verdade estão de certa forma associados à essa abertura do sistema jurisdicional a novos conflitos antes alheios à sua apreciação.

de captação dos anseios da sociedade por justiça²³⁷, especialmente em sistemas onde o tema da corrupção e punibilidade ocupa posição central na pauta jornalística²³⁸.

É justamente com base nesse último foco que o Supremo Tribunal Federal brasileiro passaria, a partir do ano de 2016²³⁹, a promover verdadeiro movimento pendular na fixação de seu posicionamento quanto à possibilidade de prisão imediata após exaurida a segunda instância recursal. Com efeito, a Constituição Brasileira tem, em seu artigo 5º, inciso LVII, previsão expressa sobre a configuração de culpa, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. O Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2009, possuía jurisprudência pacífica sobre o tema²⁴⁰, mas a alteração de posicionamento ter-se-ia baseado, de entre alguns outros, no argumento jurídico de que, ao ser julgado em segunda instância e superado a apreciação da matéria fática, a culpabilidade estaria já configurada, logo passível da decretação de prisão, ainda que, ao arrepio da previsão constitucional, a sentença condenatória não tenha efetivamente passado em julgado.

Esse movimento pendular do Supremo Tribunal Federal brasileiro iria durar pouco, bem da verdade, seu posicionamento de maioria – *julgados recorrentes com posicionamentos entre 7 a 4 e 6 a 5* - pró-prisão em segunda instância ocuparia os jornais durante o período áureo da “Operação Lava Jato”. Entretanto, em que pese tal aspeto, o que mais toca ao tema aqui proposto é justamente o processo de “fundamentação não jurídica”, mais precisamente, as manifestações em *Obter Dictum* dos ministros da Corte, não apenas as manifestações que levaram ao início do movimento pendular, mas sobretudo à superação desse movimento que viria a se concretizar com o julgamento de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs nºs 43, 44 e 54²⁴¹ - ajuizadas para avaliar

²³⁷ No Brasil e no mundo não é raro o erigir de juízes a figura de verdadeiros justiceiros, não é necessário sequer citar os episódios e os momentos em que na história recente tal tenha ocorrido. Apenas à guisa de exemplo remetemos à leitura feita por EMPOLI, Giuliano da - *Os engenheiros do caos*, Ob. Cit., pos. 299 da operação “Mãos Limpas” na Itália e seus efeitos de longo prazo sobre o discurso jurídico e político com atenção à Pós-verdade. Por óbvio, remetemos, também, à operação “Lava jato” no Brasil a qual possui contornos muito similares à experiência Italiana, e que podem explicar muito do contexto da Pós-verdade e do *senso communis* à respeito de como o sistema jurisdicional aborda o tema corrupção. Nesse *locus*, Pós-verdade, Conhecimento Privado do Juiz e função jurisdicional contemporânea atingem a relação que se quer expor neste trabalho. Sobre o tema, por todos ainda que muito focado no aspecto penal, remetemos ao livro do hoje também Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro ZANIN MARTINS, Cristiano, MARTINS ZANIM, Valeska e VALIM, Rafael - *Lawfare- Uma Introdução*, Portugal, Grupo Almedina, 2020.

²³⁸ Uma abordagem muito interessante e complementar sobre o tema é dada pelo artigo de MATTOS, Karina Denari G. de e OSÓRIO DA SILVA, Mauro - *John Kenneth Galbraith e Reputação Judicial: Como o Supremo Tribunal Federal interage com a Sabedoria Convencional?*, in *Economic Analysis of Law Review*, V. 9, nº 1, p. 19-40, Jan-Abr, Universidade Católica de Brasília – UCB, 2018.

²³⁹ O Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.292 de fevereiro de 2016, teve como propulsor o voto do Ministro Teori Albino Zavascki, o qual faleceria em um acidente aéreo em janeiro de 2017. Esse entendimento acabou por deflagrar uma posição pendular no posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos anos que se sucederam, especialmente no que se refere às condenações no bojo da “Operação Lava Jato”.

²⁴⁰ Remetemos ao Acórdão do *Habeas Corpus* nº 84.078 que fixou tal entendimento sobre a ilegalidade da prisão após o julgamento em segunda instância.

²⁴¹ O inteiro teor de todos os votos pode ser acessado, respectivamente, nos seguintes endereços:

a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro.

A avaliação da constitucionalidade desse artigo geraria por via indireta o reconhecimento e a reafirmação do posicionamento quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade da prisão em segunda instância. O artigo que é expresso em dispor “*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado*”, reconhecida sua constitucionalidade, colocaria uma pá de cal sobre o assunto. Entretanto, para os fins desse trabalho, o ponto central é o pano de fundo fático baseado na notoriedade e no *senso communis* utilizado pelos ministros, de lado a lado, para votar seja pela possibilidade da prisão em segunda instância seja pela sua inconstitucionalidade.

Uma verificação dos votos condutores de cada qual dos ministros, permite-nos desenhar um quadro interessante da forma como o Conhecimento Privado do Juiz passa a ser manejado e operacionalizado ativa e negativamente, com o que pode ser qualificado como um instrumento catalisador, dentro das categorias funcionais que abordamos na primeira parte do trabalho. Alguns ministros, na oportunidade, tal como ALEXANDRE DE MORAIS²⁴², CELSO DE MELLO²⁴³, e ROSA WEBER²⁴⁴ abordam os efeitos e as expectativas nutridas pela “sensibilização” dos magistrados quanto aos clamores populares, com destaque para os efeitos de pesquisas estatísticas que serviriam a comprovar supostos efeitos punitivistas benéficos da prisão em segunda instância. Estes são apenas exemplos pontuais e que podem ser agregados a muitos e muitos mais e que, inclusive, chegam ao paroxismo quando verificadas as gravações da sessão de julgamento respetiva²⁴⁵.

Enfim, tal exemplo serve, mais uma vez, para um mero vislumbre de como os Factos

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>; <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>; <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>.

²⁴² Excerto do voto “*Lamentavelmente, a população passou a ser, em grande parte, desinformada e bombardeada incessantemente com repetidos falsos mantras: ‘Direitos humanos atrapalham o combate à criminalidade’; ‘o respeito ao Devido Processo legal, contraditório e ampla defesa impede a luta contra a corrupção’; ‘o STF precisa ouvir o clamor das ruas’; ‘os juízes precisam decidir de acordo com a vontade da maioria’ e, mais recentemente, ‘o STF precisa ouvir o barulho dos motores de alguns caminhões’*”

²⁴³ Excerto do voto “*Tenho-me indagado, por isso mesmo, Senhor Presidente, quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal?*”

²⁴⁴ Excerto do voto “*É cediço que as sociedades democráticas contemporâneas são marcadas por divisões culturais e pela pluralidade de percepções sobre os elementos do bem comum, de modo a importarem a ausência de consenso e a imprevisibilidade cotidiana presentes na arena política, em que resolvidas como regra as divergências por apertadas maiorias, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático representativo, com frequência bem maior do que a desejável. Nesse cenário, ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.*”

²⁴⁵ A gravação da íntegra de cada qual dos votos encontra-se disponível no Youtube podendo ser acessado pelo endereço: https://www.youtube.com/watch?v=T12G9CLw_Fk e <https://www.youtube.com/watch?v=xCKpehiNrDs> as cerca de três horas de gravações mostram as abordagens dos ministros e o cuidado especial com a identificação dos limites da sua função judicial e da coleta do *senso communis* e dos factos notórios que estariam, ou não, na base das decisões tomadas.

Notórios e as Máximas de Experiência são articulados direta e indiretamente a todo momento na operação da formulação cognitiva, isso em reforço do impacto que o cenário da Pós-verdade tem sobre a percepção da realidade por parte dos magistrados.

3.1. A Função Jurisdicional Contemporânea e o Conhecimento Privado

O desenvolvimento da função jurisdicional a partir do século XIX é talvez algo comparável à exploração espacial. Evidentemente a evolução do sistema de acesso a modelos estruturais e dinamizados de distribuição e acesso à justiça passaram por diversos e variados percalços²⁴⁶, todavia a imagem de um servo com seu cajado e sua ovelha dirigindo-se a uma autoridade para articular algo que, não à toa, recebe o nome de “súplica” está tão distante dos dias atuais quanto a perspectiva de que a terra é plana e a foto do grande orbe turquesa flutuando no espaço escuro.

Foi no espaço de cento e cinquenta anos que a prestação jurisdicional galgou a posição de serviço estatal cuja distribuição se encontra hoje largamente difundida principalmente ao longo da desestruturação de modelos processuais medievos, passando por estruturas liberais-individualistas e de acesso restrito e chegando a serviços estatal publicizado e cuja cognição é ampla e ubíqua. Não por outra razão é de se esperar que os juízes passem a ter contato mais estreito com conflitos para os quais “suas” Máximas de Experiência e “seus” Factos Notórios se revelam pouco amoldáveis e aplicáveis²⁴⁷, proporcionando “balão de ensaio” ideal para o estudo do Conhecimento Privado²⁴⁸. A falta de identidade com as variadas e múltiplas matérias postas sobre a mesa dos

²⁴⁶ Cite-se, por exemplo, os desenvolvimentos sobretudo da sua própria percepção sociológica de tema relevante “Sociologia da Administração da Justiça” que se desenvolveu, bem da verdade, ao longo da segunda metade do Século XX especialmente baseados em pressupostos teóricos e condições sociais que levariam, nos anos 60 à eclosão do que ficou conhecido como Crise da Administração da Justiça. Mais adiante trataremos também de como houve “percalço” nessa aplicação do sistema dentro do estado hitlerista.

²⁴⁷ Essa ampliação a nível de complexidade das relações sociais é coerente com a busca pela verdade notadamente pela sua afinidade com a ideia de Poder e Legitimidade no processo decisório em um ambiente de elevado desenvolvido civilizacional e o manejo da própria verdade como mecanismo social. Sobre esse ponto LUHMANN, Niklas - *Legitimação pelo Procedimento*, trad. Mara da Conceição Côrte-Real, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 25 “*Só no decurso do desenvolvimento civilizacional em ordem de uma complexidade mais elevada das sociedades e da sua visão do mundo se diferenciam e especificam estes mecanismos e só com o início da idade moderna é que esta diferenciação se tornou assunto de rigorosa reflexão teórica. A verdade só constitui transmissão de ideias com base na certeza obrigatoriamente intersubjetiva e assim se diferencia com rigor da aceitação de ideias por motivo de simpatia pessoal ou de filiação ou de submissão ao poder. Assim, muitas ideias, sobretudo objetivos e valores, perdem a sua capacidade de verdade e com isso se agrava simultaneamente a problemática d’outros mecanismos. A questão da personalidade nas relações sociais e a questão da legitimidade no poder adquirem um radicalismo até então desconhecido.*” No tópico subsequente vamos abordar, ainda que sucintamente, a importância social do Conhecimento Privado como mecanismo de cognição processual, fundado sobre as perspectivas de Legitimidade e Poder.

²⁴⁸ O fenômeno da explosão de litigiosidade registrado por diversos autores gerou a necessidade de adequação dos órgãos judiciais às mais diversas hipóteses de litígio tais como litígios consumeristas, relações de trabalho, segurança social, habitação, temas e matérias coletivas e difusas, mais recentemente sobrevierem questões litigiosas originadas dos avanços tecnológicos como as decorrentes de conflitos típicos da sociedade da informação, porte e circulação de dados pessoais, media dentre muitas outras. Com efeito, empiricamente tal suposta explosão é ainda questionada quando analisada ao menos nas últimas décadas. Uma verificação mesmo superficial do relatório *Justiça em Números* produzido pelo Conselho Nacional de Justiça Brasileiro < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>, talvez um dos melhores quadros para afirmar sobre a existência de uma suposta explosão de litigiosidade,

magistrados parece-nos, portanto, a razão pela qual o tema hoje se ressalta²⁴⁹, notadamente pela possibilidade de que a presumida era de fluxo informacional e construção de perspectivas de mundo parciais gere um conflito no que se refere à afirmação do que é tanto Facto Notório quanto a *communis opinio*²⁵⁰.

Como se tratou anteriormente, essa ubiquidade decorre inclusive da superação da teoria imanentista do direito processual, logo, se o direito processual é autônomo e há garantia de acesso aos sistemas jurisdicionais, o arco ideal de evolução é que sua presença se torne cada vez mais constante, distribuída e acessível. Não por outra razão, alguns autores qualificam o Direito de Acesso à Justiça, experimentado na atualidade, como um “*Direito Charneira*”. Daí resulta a necessidade de investigação das funções sociais da “*tramitação processual*” pela via da sua função e de como estruturas técnicas evidenciaram as opções a favor ou contra perspectivas ideológicas²⁵¹. Tal temática, ponderadas algumas investigações mais abstratas, viria a desaguar em um ramo de pesquisa jus-sociológica aplicada denominada de “*Acesso à Justiça*”²⁵², uma corrente de pesquisa que, em esforço comparatístico inédito, analisou e mapeou o histórico das assim chamadas “*ondas*” de evolução da abertura jurisdicional vividas no Século XX²⁵³. Essa decorrência do Acesso à

pois trata de um país cujo universo amostral é superlativo, demonstra que o número de processos entrantes no sistema judicial permanece em um relativo equilíbrio. Talvez seja este o Ponto de Equilíbrio no Acesso a Justiça que a ampliação de Direitos Materiais e o desenvolvimento de Procedimentos Especializados e abertos veio a gerar. É dizer, ainda que a doutrina jus-sociológica tenha concluído que haveria o uma suposta explosão de litigiosidade contida o que podemos afirmar, com grau elevado de certeza, é que ao menos no campo de Direitos tuteláveis e ubiquidade da função judicial houve alguma espécie de fenómeno novo, ainda que não seja o de uma explosão.

²⁴⁹ MIRANDA, Pontes de - *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo III, Ed. Forense, 1973, pp.156/157, tem passagem interessante ao tratar sobre a posição do juiz perante suas convicções e a evolução social, “*Para essa atividade apreciadora da prova, em que entra percepção, representação, memória, imaginação, raciocínio, supõe-se no juiz certo grau, médio, de cultura, e um plus, que é o exigido para a função de julgar, segundo as convicções do povo, em seu estágio de civilização material e intelectual. Muitas vezes os erros judiciários são erros que têm de ser praticados pelo atraso do país e refletem, no juiz, o que se passa lá fora. Nem ele, pelo facto de resistir à prática de tais erros, conseguirá que as sentenças da segunda instância sejam no mesmo sentido das suas, nem que os votos dos outros juizes, nos tribunais, estejam isentos da falta de discriminação de certas categorias de direito ou de certas convicções religiosas ou econômicas, que eles sobpõem, inconscientemente, “rationalizing”, como dizem os Anglo-saxões, ao texto da lei, isto é, vendo o que está no espírito deles e não nos textos, que, copiados de leis de povos adiantados, supõem certos conhecimentos de história do direito, ou de doutrina econômica, de intuítos de reforma social, etc. Na apreciação, se bem que em menor dose, acontece esse rebaixamento dos preceitos legais, ou a aceitação sem crítica de brocardos ou proposições doutrinárias que já foram criticadas e destruídas como perigosas aos julgamentos. Por exemplo: quando se repete qualquer dos brocardos *Affirmanti non neganti incumbit probatio, *Negativa non sunt probanda. Ainda com todos os elementos culturais, é de mister ao juiz o auxílio de pessoas técnicas. Outrora acontecia isso; e, mais do industrial veio exigir.*”

²⁵⁰ SAWYER, Michael E. - *Post-Truth, Social Media*, Ob. Cit., pos. 1277.

²⁵¹ Essas perspectivas ideológicas, certamente fluem por dentro da noção de mundo

²⁵² CAPPELLETTI, Mauro - *Acesso à Justiça*, Ob. Cit.

²⁵³ Como já abordamos em outra oportunidade, em *Um Ponto de Equilíbrio no Acesso à Justiça: Os Jogadores Processuais e o Contencioso de Massa das Relações de Consumo nos Juizados Especiais Cíveis*, Diss. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 20 “*Tais ‘ondas’ se referem diretamente à pesquisa de direito comparado promovida pelo Projeto Florença e resumida no trabalho denominado de Acesso à Justiça de autoria de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH... Segundo os autores, as ‘ondas’ estariam ligadas a três momentos específicos de ações Estatais e Sociais: (i) assistência judiciária aos pobres; (ii) representação jurídica de interesses coletivos ou difusos; e (iii) implantação de sistemas de Acesso à Justiça baseados no enfoque do conflito...*”

Justiça foi não uma contingência, mas seu escancarado objetivo²⁵⁴.

Um segundo tema da sociologia da justiça trata justamente do cenário exposto acima, ou seja, o Acesso à Justiça face ao reconhecimento da existência de Sistemas Políticos institucionalizados dentro das estruturas judiciais. Tais sistemas teriam o condão de pôr abaixo a ficção de que a administração da justiça seria uma atividade completamente neutra. Logo, os diversos estudos que abordaram as peculiaridades sociológicas da figura dos magistrados (suas origens de classe, cor, etnia, religião) colocaram a lume esses efeitos na função decisória. Tais estudos que se concentraram, pelo viés sociológico, sobretudo nos anos 90 e se difundiram por diversos países como Brasil, Itália, Polônia, Alemanha, EUA e Portugal, são hoje verdadeiros clássicos e até, de facto, paradigmáticos para perceber as propostas de enfrentamento dessa dicotomia da função dos Tribunais da Sociedade Contemporânea: “Acesso à Justiça” e “Sociologia da Administração da Justiça”.

Um dos pontos em comum dos referidos estudos, além, claro, da evidente defesa de maior acesso aos meios jurisdicionais e da democratização na formação do corpo da magistratura, foi o do reconhecimento da necessidade de ampliação dos poderes judiciais, de um modo geral, mais especificamente os poderes instrutórios e de “liberdade” de fundamentação em particular. Essa ampliação, em estudos produzidos no início do Século XXI, são diretamente associadas à necessidade de implemento funcional da atividade jurisdicional.²⁵⁵ Tais poderes são tributários de um esforço de adaptação do sistema jurisdicional a uma crescente demanda decorrente de novas

²⁵⁴ MAURO CAPPELLETTI relata ser este o objetivo do “acesso à justiça”: “*Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos De facto, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.*” Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil, Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, Revista de Processo. v. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

²⁵⁵ FARIA, José Eduardo - *Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil*, texto originalmente preparado para o seminário “Direito e Justiça no Século XXI”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003. “*Como a magistratura não pode deixar sem resposta os casos que lhes são submetidos, independentemente de sua complexidade técnica e de suas implicações econômicas, políticas e sociais, ela se sente impelida a exercer uma criatividade decisória que, como será examinado à frente, acaba transcendendo os limites da própria ordem legal. Afinal, em “casos difíceis”, nos quais a interpretação a ser dada a uma norma, lei ou código não está clara ou é controvertida, “os juizes não têm outra opção a não ser inovar, usando o próprio julgamento político” (Dworkin, 1997:2). O problema é que, em muitos desses casos, nos quais julgar não significa apenas estabelecer o certo ou o errado com base na lei, mas também assegurar a concretização dos objetivos substantivos por ela previstos, o Judiciário não dispõe de meios próprios para implementar suas sentenças especialmente as que pressupõem decisões, recursos materiais e investimentos do setor público. À mercê de atos, gastos, programas - governamentais e serviços públicos fora de sua competência e jurisdição, a instituição se encontra numa encruzilhada.*”

tutelas, o que foi associado por alguns autores como PERFECTO IBANEZ²⁵⁶ a uma democratização da atividade jurisdicional em face de um “*politeísmo de valores*”. Dessa fonte, brotaram aparatos político-administrativos jurisdicionais tal como em Portugal pela constituição do Conselho Superior da Magistratura já em meados da década de 70, ainda que em um arco histórico longo²⁵⁷, e repetido em outras jurisdições como a espanhola em 1978 e a brasileira que, por sua vez, concretizou a instituição do Conselho Nacional de Justiça apenas em 2004.²⁵⁸

Esse politeísmo de valores é obviamente uma fonte inesgotável de questões sob a égide da Era da Pós-verdade, principalmente tendo em conta a hipótese de interferência subjetiva dos valores dos juízes no contexto das suas decisões. Enquanto há imposição de controle da ingerência da subjetividade no processo decisório, por uma premissa da imparcialidade da jurisdição, a Era da Pós-verdade lança uma dificuldade muito relevante²⁵⁹, ora que já não se trata mais de controle do subjetivismo, mas, sim, de afirmação de grau de objetividade. Em outras palavras, o juízo de facticidade e a aferição sobre a adequação da afirmação de uma regra de experiência, são elementos objetivamente colhidos de um senso de certeza ou de captação da realidade coerentemente confirmada os quais “podem e devem” ser incorporados às premissas decisórias e à construção do fundamento da decisão por via do Conhecimento Privado do Juiz.

Nessa esteira, outros estudos já clássicos, como o de INGEBORG MAUS²⁶⁰, fixaram a noção de que o Poder Judiciário assumiu uma posição de verdadeiro Superego da Sociedade exercido por pessoas que agregaram a função crescente de controle legítimo das ânsias de distribuição de justiça, segundo a autora, em função claramente paternalista. Evidente que a leitura proposta por INGEBORG MAUS é muito mais profunda e, ao mesmo tempo, superior ao presente trabalho, mas sua análise concede um vislumbre de que a função jurisdicional contemporânea se pautou pelo equilíbrio lógico de funções e satisfações morais colhidas do seio da sociedade, em operacionalização que supera mesmo os limites da própria Lei. Ao citar MAX WEBER, a autora traz ainda a lume que o desenvolvimento de aparelho técnico jurídico burocratizado desde o século XIX e sua evolução

²⁵⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés - *Derecho y Justicia en el Siglo XXI: mas difícil todavía*, in Revista de Estudios de la Justicia, n.º 5, 2004, p.149, “*Semejante transformación capilar de la jurisdicción no podía dejar de incidir en la proyección práctica del ordenamiento, a través de la apertura de éste –y, con él, de todo el orden institucional- a nuevas demandas a las que de otro modo habría sido –mejor, habría seguido siendo- impermeable. El pluralismo y la apertura cultural del medio judicial, al diversificar a éste internamente, le hicieron más funcional al nuevo orden jurídico-constitucional, también internamente contrastado, como corresponde a la expresión jurídica de un cierto politeísmo de los valores.*”

²⁵⁷ PAULO DIAS, João - *Responsabilidade e Transparência Democrática: o Papel dos Conselhos Superiores de Magistratura e do Ministério Público na Reinvenção da Prática Judicial*, in Actas do IV Congresso Português de Sociologia, Associação Portuguesa de Sociologia, 2000.

²⁵⁸ Veja, por exemplo, que no caso vivido em Portugal, que ficou conhecido pelo do “Juiz negacionista” o afastamento do dito magistrado se deu por processo instaurado perante o Conselho Superior da Magistratura.

²⁵⁹ MCINTYRE, Lee - *Post-Truth*, Cambridge, Ob. Cit., pos. 872.

²⁶⁰ MAUS, Ingeborg - *Justiz as gesellschaftliches...*, Ob. Cit.

formal foi a pedra fundamental para a autonomia e superioridade do Poder Judicial perante os outros poderes do Estado. Nesse momento, resta ao juiz “*sintetizar a heterogeneidade social*”²⁶¹.

Como tentamos indicar, na oportunidade de fixar os conceitos mais basilares sobre o Conhecimento Privado do Juiz, toda essa implementação funcional demandaria a sincronia com institutos dogmáticos que, tecnicamente desenvolvidos, estariam à disposição do Poder Judiciário no intento de distribuir justiça. Assim, a decisão exigida pelas novas exigências sociais que se impuseram ao exercício da jurisdição se alicerçou através do uso (melhor dizer, do reconhecimento técnico) de mecanismos sem os quais as pretensões ideológicas jamais seriam atingidas. Foi juntamente nessa quadra, e sobretudo em conta da formulação de STEIN, que se constitui o que já denominamos de *locus* operativo do Conhecimento Privado do Juiz, sob os auspícios eficientistas e economicistas da função jurisdicional.

O reconhecimento desse *locus* operativo e de como o Conhecimento Privado é uma válvula de internalização técnico-formal e dos cuidados para sua adoção são, portanto, fundamentais, especialmente ante a necessidade de controle e de verificação, sobretudo, de sua artificialidade, em um momento histórico em que o critério objetivo de delimitação do facto e da *communis opinio* é de fonte claramente questionável. A título de exemplo, a reconstrução da experiência alemã promovida por INGEBORG MAUS²⁶² é, no mínimo, assustadora, principalmente quando, ao remeter às bases que legitimaram a postura pró-hitelariana da magistratura alemã, a autora remete à “*Carta aos Juízes*”²⁶³ (*Richterbriefe*) que afirmava expressamente: “*O juiz é a corporificação da consciência viva nacional*”.²⁶⁴

Assim o Conhecimento Privado do Juiz, como instrumental técnico presumido na formulação decisória, parece ser, no contexto da função judicial contemporânea, a expressão mais interessante da manifestação do formalismo jurídico legitimador. INGEBORG MAUS sobre esse ponto é assertiva: “*Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer facto imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial.*”²⁶⁵

Logo parece concebível afirmar que a função jurisdicional contemporânea, não apenas está ligada à ideia da democratização de seu acesso, mas também à amplitude de sua cognição,

²⁶¹ Na tradução do clássico texto *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. in Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002, p. 196.

²⁶² Idem, p. 197.

²⁶³ Documento distribuído pelo Ministério da Justiça Hitlerista no ano de 1942.

²⁶⁴ LUIS CORREIA DE MENDONÇA, no excelente texto 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português, in *Processo Civil e Ideologia*, coord. Juan Montero Aroca, ed. Tirant to blanc, 2006, pp. 381/438, cita, em epígrafe crítica, frase atribuída a Salazar que vai ao encontro da Carta aos Juízes Tedescos “*Entreguemos a liberdade à autoridade, porque só ela a sabe administrar...e defender*”

²⁶⁵ Idem, p. 201.

especialmente com a entrada de maiores e diversos temas à apreciação do Poder Judiciário o qual na Era da Pós-verdade, tem um leque objetivo de catalisação com o manejo do Conhecimento Privado do Juiz muito ampliado.

3.1.1. O Conhecimento Privado do Juiz: sua Dimensão Social

O Conhecimento Privado do Juiz, instrumento de função formadora da decisão, como visto acima tem desempenhado um papel muito relevante em conta da ampliação das funções e da cognição judicial relativamente ao processo de abertura de portas do Poder Judiciário e ao avanço da ampliação de matéria litigiosa desde o final do Século XIX. Mesmo a construção do processo de legitimidade da função jurisdicional nesta quadra histórica passou pelo reconhecimento do uso do Conhecimento Privado como elemento do processo de adesão da decisão à expectativa nutrida pela sociedade quanto à função jurisdicional. Semelhante expectativa mostra-se claramente influenciada pela ideia de relativização do conceito de verdade, especialmente no que se refere à possibilidade de afirmações as mais variadas perante a multiplicidade de experiências possíveis sobre o mundo²⁶⁶. Com efeito, sequer se enfrenta aqui qualquer discussão sobre a ideia de verdade ou a dignidade do processo judicial para sua busca, pois isso é noção afeita à base ideológica do sistema de justiça.

O que se articula, tentando fixar uma leitura mais pontual, é o campo de fundamentação e validade do uso instrumental do Conhecimento Privado do Juiz. Por hipótese, o uso desse instituto encontra desafios inquestionáveis em um período histórico em que bases objetivas para afirmação do que é notório ou do que é senso comum – *em uma menção atécnica deste último conceito* – se encontram claramente alijadas²⁶⁷. Todavia, é importante perceber que o Conhecimento Privado do Juiz ainda assim detém essa dignidade conceitual e de instituto processual com base na dimensão social que lhe concede fundamento de utilização nas decisões judiciais. Tal função é claramente instrumentalizada como aparato técnico processual.

Assim, a dimensão social do Conhecimento Privado exige a adoção de duas perspectivas razoavelmente já fixadas neste trabalho, mas que merecem ser revisitadas brevemente: o Poder e a

²⁶⁶ TARUFFO, Michele - *Uma Simples Verdade: O Juiz e a construção dos factos*, São Paulo, Marcial Pons, 2016, pp. 78/84

²⁶⁷ SAWYER, Michael E., Ob. Cit., pos. 1159, ou ainda, infelizmente um pouco desatualizado, TARUFFO, Michele - *Uma Simples Verdade...*, Ob. Cit., p. 83 “Provavelmente poucas pessoas compartilham hoje em dia daquela, que era a convicção geral, de que a Terra é plana ou da existência e dos hábitos das bruxas. Felizmente o estereótipo do Italiano que come somente masse e pizza enquanto toca bandolim está desaparecendo, assim como aquele do chinês pequeno de estatura que vende gravatas na rua. Mesmo estereótipos que tiveram grande influência, como «Bush, o Grande Condutor», estão desaparecendo rapidamente do panorama político. Por outro lado, novos ingredientes da soup emergiram e se difundiram em escala global: basta pensar na internet, na cozinha chinesa e, mais recentemente no sushi, nos celulares na oximórica new age, na moda étnica e assim por diante.”

Legitimidade²⁶⁸. A primeira perspetiva transita sobre a exigência económica de celeridade, concentração e desempenho das decisões judiciais face às necessidades do ambiente social contemporâneo. Ou seja, ao passo que a sociedade demanda decisões e posicionamento judicial perante casos diversos, multifacetados e de temática ampla, é uma decorrência lógica que sejam adotados modelos e processos cognitivos de fundamentação juridicamente legítimos e válidos para satisfazer as exigências listadas acima. Logo, de uma perspetiva da dimensão social, o Conhecimento Privado do Juiz parece desempenhar um papel que promove economia, celeridade e concentração de conclusões²⁶⁹. Essa situação reflete-se sobretudo em matérias de disponibilidade probatória muito restrita²⁷⁰ ou de relações onde há, de facto, muito desequilíbrio técnico-informacional entre as partes²⁷¹, ou, ainda sobre matérias em que a impossibilidade de aferição objetiva é patente, exemplo máximo disso são os danos de natureza não patrimonial²⁷², previstos no artigo 486.º do Código Civil. Todos esses casos, assumindo o pressuposto aqui apresentado, resolvem-se justamente com um processo de expansão do poder judicial.

Com efeito, nessa seara, o uso do Conhecimento Privado do Juiz mostra-se com funções sociais muito similares ao da carga dinâmica do ónus probatório especialmente no ambiente de incerteza²⁷³. Sem dúvida, dentro de um arco histórico que fatalmente resultou em uma ampliação de sua eficiência e poder, dotar o magistrado de semelhantes instrumentos passa pela preservação de elementos de legitimidade, o que se funda sobretudo na sua condição de imparcialidade. JUAN MONTERO AROCA, ao tratar da experiência doutrinária italiana, destaca, por exemplo, que PROTO PISANI era bastante crítico no que toca à utilização do Conhecimento Privado como elemento dos poderes instrutórios exercidos de ofício, segundo ele por ser uma solução que compromete a

²⁶⁸ Sobre como o valor verdade se articula sobre a temática do Poder e da Legitimidade, remetemos ao excelente trabalho de HALAH, Thales Issa - *O Conceito de Autoridade para Hannah Arendt como Factor de Legitimidade no Direito*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018

²⁶⁹ A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça é rica em exemplos muito interessantes de saltos lógicos baseados no uso do Conhecimento Privado: “*Sendo certo – e isso é facto notório, que não pode ser ignorado quer pelos jornalistas quer pelo jornal – que há leitores que lêem e retêm apenas as “letras gordas” e títulos das notícias e que não lêem o seu conteúdo.*” (Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, Acórdão nº 1869/06.0TVPRT.S1, 7ª SECÇÃO, Relator PIRES DA ROSA, julgado em 14/01/2010)

²⁷⁰ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves - *A prova de estados subjetivos...*, Ob. Cit.; CAPELO, Maria José - *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, in Revista De Legislação E Jurisprudência, Coimbra, a.143.º n.º 3985, Mar.-Abr, 2014.

²⁷¹ Veja, por exemplo, FONTES CINTRA, António Carlos - *Imputação do erro médico, ponderação dos riscos e prova por inferências*, tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, 2012

²⁷² Veja por todos o exemplar julgado do Tribunal da Relação de Coimbra, em que o relator discorre amplamente - *ainda que na nossa leitura qualificando equivocadamente a espécie como de Facto Notório* - sobre a possibilidade de recurso ao seu Conhecimento Privado para identificar o dano não patrimonial decorrente de ser agredido pelo próprio filho. (Tribunal da Relação de Coimbra, Apelação, Processo nº 1803/08.3TBVIS.C1, Relator CARVALHO MARTINS, julgado em 22/06/2010).

²⁷³ LIMA REGO, Margarida - *Decisões em Ambiente de Incerteza...*, Ob. Cit.

imparcialidade psicológica do juiz²⁷⁴. Essa imparcialidade psicológica é fortemente relativizada com o reconhecimento da função artificial do Conhecimento Privado²⁷⁵ como anulador de uma suposta pessoalidade.

Assim nessa primeira perspectiva, mas até do que a teleologia dos valores, que orbitam sobre o mote da economicidade, falamos de Poder no sentido de que o aparelho jurisdicional contemporâneo dialoga constantemente com o manejo de instrumentos que outrora eram desconhecidos. As modalidades de tutela específica e a substituição da vontade dos executados para a busca pela pacificação em sincronia com a economia (no sentido definido acima) são bons exemplos desse ponto. Esse poder, por óbvio, também dialoga com a ideia de utilização do conhecimento de mundo e da fixação de factos inquestionáveis dentro do processo.

Sobre outro ponto de vista muito próprio da teoria que lhe é afim - *e que este trabalho não tem medo de admitir beber na fonte* -, NIKLAS LUHMANN fixa a ideia de Poder como um mecanismo de transmissão do conteúdo decisório “[q]uem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas de procedimento, portanto, a aceitar como compulsiva uma selecção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento.”²⁷⁶ Essa decorrência do Poder, ainda que esteja ligada à ideia de verdade, demanda, segundo o autor, de outros elementos para aceitação (efetividade), elementos que são construídos ao longo do processo decisório através do procedimento. Logo, para LUHMANN, apenas a verdade (termo que desde já perde o seu sentido material) não é suficiente devendo ser sustentada por razões adicionais para a aprovação da decisão com capacidade de transmissão intersubjetiva.²⁷⁷

Assim, passamos a segunda perspectiva que orbita ao lado do Poder, falamos da Legitimidade da decisão. Nesse quesito, a ideia de legitimidade da função jurisdicional na

²⁷⁴ JUAN MONTERO AROCA, El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria, in *Proceso Civil e Ideologia*, coord. Juan Montero Aroca, ed. Tirant to blanc, 2006, pp. 156/158. “En realidad, cuando se trata de atribuir poderes probatorios al juez, lo que debe cuestionarse no es propiamente la imparcialidad judicial, sino si ello es posible atendida la necesidad de que el juez siga siendo tercero, con la exigencia de incompatibilidad de funciones entre parte y juez en el proceso. Debe tenerse en cuenta que si la incompatibilidad de funciones en el proceso es algo objetivo, que puede determinarse en la ley de modo general, es decir, sin referencia a un juez y a un proceso concreto, pudiendo la ley disponer en general qué es lo que no puede hacer el juez pues de hacerlo estaría asumiendo funciones propias de la parte, la imparcialidad es siempre algo subjetivo, que debe referirse siempre a un juez y a un proceso concreto (y por ello se habla de imparcialidad psicológica), y desde esta distinción puede hablarse de "imparcialidad" (que es condición de tercero o *terzietà*) y de imparcialidad.”

²⁷⁵ LUHMANN, Niklas - *Legitimação pelo Procedimento*; Ob. Cit. p. 58 “Até mesmo a própria experiência da vida e o saber pessoal do juiz – qualidades que em processos de decisão diferenciados, o tornaram apto para a magistratura numa forma muito especial – são anulados artificialmente.”

²⁷⁶ Idem, p. 26

²⁷⁷ Idem, p. 26/27, “Portanto, tem que se partir da hipótese de que, no procedimento, se criem essas razões adicionais para a aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução da complexidade – quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo da decisão”

contemporaneidade - *é dizer, legitimidade pelo procedimento* - está ligada diretamente ao conceito weberiano de legitimidade racional, cuja crença da legalidade decisória está baseada na premissa (ainda que questionável) de que um sistema lógico racional legítimo seria fundado em elementos de impessoalidade burocrática, a afastar o ilegítimo, no limite da operacionalização de decisões sob o uso de instrumentos técnico funcionais (conceitos e institutos jurídicos), aspeto, novamente, ligado de modo íntimo à ampliação da função jurisdicional²⁷⁸.

Assim, o Conhecimento Privado passa a instrumento de funcionalidade social cuja legitimidade chega a ponto de sustentar valores de diversas ordens inclusive valores de natureza estética que estariam supostamente dispersos, com o perdão do trocadilho, no seio da sociedade. A exemplo disso (e completando o trocadilho infame) citamos um julgado do Supremo Tribunal de Justiça cujo salto lógico quanto aos valores estéticos base da generalização sobre a expectativa de determinada parte processual demonstra o nível de articulação do Conhecimento Privado do Juiz²⁷⁹ e sua mobilização para a satisfação da construção lógica. No exemplo, a percepção do magistrado no sentido de que a fisionomia mamária ficou diferente e por isso [um suposto Facto Notório de que ela assim não satisfaria ao juízo estético] haveria direito à indenização. Ainda que possamos, de plano, afastar que o juízo geral e abstrato “possuir seios de tamanhos distintos não satisfaz o sentido estético de quem quer que seja” não pertença à espécie Factos Notório, mas às Máximas de Experiência, o que se colhe da referida decisão é sobretudo de interesse científico (jurídico) muito relevante.

A identificação por exemplo da figura da Máxima de Experiência com essa função de afirmação legítima - *isto é, que se sustenta mais na legitimidade do discurso e na construção lógica de coerência interna do que na capacidade de demonstração* - sobre um dado colhido do mundo é reforçada tanto por TARUFFO²⁸⁰ quanto por outros doutrinadores, que inclusive não remetidos no plano jurisprudencial exatamente sobre esse aspeto²⁸¹. Assim, a própria legitimidade decisória está

²⁷⁸ Idem, p. 31 “*Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm de se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos esses indiretos e mais generalizados. Isto pode acontecer em parte pela abstração interior categorizada do sistema de regulamentos, pela criação de conceitos; mas esse auxílio embate contra restrições, pois afinal cada decisão isolada tem de ser concretamente fundamentada. Por conseguinte, partindo dum determinado limite de desenvolvimento, têm de se procurar qualitativamente outras formas de legitimação de decisões.*”

²⁷⁹ E se é verdade que imediatamente após a intervenção para aumento do volume dos seios e, pela primeira vez que os viu, a A. ficou satisfeita com o resultado, a verdade é também que posteriormente um dos implantes esvaziou e com a segunda cirurgia a morfologia e fisionomia mamária ficou diferente, no que sem receio se pode afirmar como um facto notório, não é de molde a satisfazer o sentido estético de quem quer que seja, muito menos de qualquer mulher, por menos exigente que seja. Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, Acórdão nº 117/2000.L1.S1, 2ª SECÇÃO, Relator ABRANTES GERALDES, julgado em 15/11/2012.

²⁸⁰ *Uma Simples Verdade...*, Ob. Cit., pp. 81/82

²⁸¹ “*Importa sublinhar que a prova representativa e o indicio diferem não pelo objecto a provar, mas sim pela estrutura*

ligada a uma expectativa de que o juiz traga como referência à representatividade e significado sobre os quais se submete “*todo o feixe de experiências modais e vivenciais em que se desenvolve o proceder humano em situações similares, desbordando, naturalmente, de qualquer especulação ou elucubração sacada do seu conhecimento privado ou do seu íntimo conhecer e conceber a realidade histórica e social em que lhe é dado viver.*”²⁸²

Essa dialogia entre Legitimidade e Poder encontra rescaldo histórico muito profundo em nossa sociedade, sendo uma narrativa bíblica muito famosa o exemplo mais bem formado de como uso do Conhecimento Privado do Juiz no equilíbrio entre justiça e pacificação²⁸³ se formata na dimensão social. Referimo-nos ao Julgamento de Salomão. O notório (nos permita o abuso do conceito) julgamento²⁸⁴ trata da história em que o rei de Israel julga o destino de uma criança, então disputada por duas mulheres que alegavam serem suas verdadeiras mães. A resolução da história é senão o mais eloquente reconhecimento da Legitimidade e do Poder no uso do Conhecimento Privado do Juiz, na modalidade da Máxima de Experiência. No caso, tal máxima estaria dividida entre duas vertentes sobre a perspetiva do comportamento esperado da verdadeira mãe e que seria afirmado pelo Poder e a Legitimidade de mobilizar um artifício estratégico (*rectius* Poder Instrutório) para a conclusão decisória que seria fundada na expectativa de conduta. Se por um lado, há a premissa (completamente enviesada por juízos de valor questionáveis) de que uma prostituta, tal como referida na Bíblia, não teria motivos para valorizar uma criança que dela não tenha nascido. Por outro lado, há um ponto de vista mais socialmente aceite nos dias de hoje de que a verdadeira mãe preferiria ver seu filho vivo, mas com outra mulher (ainda que tal conclusão tenha patente carga de romantização da figura materna já completamente superada nos dias atuais).

Entretanto, conquanto a remissão bíblica possa ser mais famosa e eloquente, outro uso do mesmo artifício narrativo, ora no âmbito do teatro, é de todo exemplificativo do ponto máximo a

do procedimento lógico. O objecto a provar pode ser um *facto principal* (*fatto di reato*), ou *facto secundário* (uma outra circunstância indiciante). Esta última, *de facto*, pode ser provada seja mediante uma prova representativa, seja uma prova crítica.” (Paolo Tonini, “*Manuale di Procedura Penale*”, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pág. 208. Ou do mesmo autor, in “*Prova Penale*”, CEDAM, 2000, Verona, p. 35, “*La massima di esperianza é una regola di comportamento che esprime quello che avviene nella maggior parte dei casi (id quod plerumque accidit); più precisamente, essa é una regola che è ricavabile da casi simili*”. Ainda segundo este autor, e tendo presente a doutrina da Corte di Cassazione “a diferença entre (tra) máxima de experiência e mera conjectura reside no facto que no primeiro caso o dado é já dado (stato), ou ainda assim vem submetido a verificação empírica e portanto (quindi) a máxima pode ser formulada sobre a provisão (scorta) do id quod plerumque accidit, enquanto que (mentre) no segundo caso tal verificação não está adquirida, nem o poderá ser, e por isso queda afiançada a um cálculo de possibilidade, do passo que (sicché) a máxima permanece insusceptível de verificação empírica e portanto de demonstração” (tradução nossa)” (Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Penal, Acórdão nº 387/19.1PCSNT.S1, 3.ª SECÇÃO (CRIMINAL), Relator GABRIEL CATARINO, julgado em 07/10/2020).

²⁸² *Idem.*

²⁸³ TARUFFO, Michele - *Uma Simples Verdade...*, Ob. Cit., p. 122 e segs.

²⁸⁴ Bíblia, Antigo Testamento, Sociedade Bíblica Portuguesa, I Reis, 3, 16-28. Em linha <https://biblia.pt/biblia/BPT/1KI.3/1-Reis-3>, acesso em 12/05/2023.

que tentamos alcançar. Remetemos ao famoso (quisera poder usar o notório neste caso) texto O Círculo de Giz Caucasiano de autoria de BERTOLD BRECHT. Na história²⁸⁵, a resolução sobre a quem caberia a herança do filho disputado é resolvida pelo, então juiz Azdak, que, no decorrer da narrativa brechtiana, distribui justiça muito à sua maneira²⁸⁶.

A peça que, na esteira clássica da dramaturgia narra uma história dentro de outra história, conta o conflito entre duas comunidades que disputam um vale fértil no Cáucaso. Um menestrel é chamado a pacificar o grupo e lhes conta uma história, supostamente chinesa, em que, depois de sucessivos golpes de estado, o jovem Miguel, filho de um líder político, é disputado por duas mulheres (a mãe biológica, esposa do governador, e a serva, de nome «Grusche», que lhe havia criado durante o tempo de ostracismo político). Azdak, um andarilho, bêbado e maltrapilho, por sortilégios do destino, abriga um dos nobres, vítima da perseguição decorrente do golpe de Estado e, por sortilégios ainda maiores, é elevado à judicatura.

A referência que aqui se faz ao texto de BRECHT não é senão uma forma de ilustrar um pouco a facticidade de que, nos sistemas jurisdicionais ocidentais contemporâneos, a perspectiva da Legitimidade e do Poder assumem contornos do mais dirigido pragmatismo eficientista económico²⁸⁷. Se a articulação entre Poder e Legitimidade na obra de BERTOLD BRECHT tem a

²⁸⁵ “AZDAK - Da reclamante e da reclamada! O Tribunal ouviu todos os argumentos, e ainda não chegou a nenhuma conclusão clara quanto a quem seja a verdadeira mãe do menino. Em minha qualidade de Juiz, tenho a obrigação de descobrir alguém que seja uma mãe para ele. E vou fazer uma prova. Schauwa, arranje um pedaço de giz e trace um círculo no chão! (Schauwa traça no chão um círculo, com o giz.) Ponha o menino dentro do círculo! (Schauwa põe o Menino dentro do círculo, e o Menino sorri para Grusche.) Agora a reclamante e a reclamada tomem posição perto do círculo, as duas! (Grusche e a Mulher do Governador aproximam-se do círculo.) Segurem o menino pelas mãos! A verdadeira mãe há de mostrar força bastante para tirar o menino de dentro do círculo. ... A Mulher do Governador acaba arrancado o Menino de dentro do Círculo: Grusche não faz nenhuma força, e fica olhando, parada. ... AZDAK (a Grusche) - Que foi? Você não fez força nenhuma! GRUSCHE - Eu não estava segurando bem. (Corre para junto de Azdak.) Meritíssimo, retiro tudo que disse do senhor e peço que me perdoe. Eu só queria tomar conta do menino até ele saber falar: ele só sabe ainda umas duas ou três palavras: AZDAK - Não queira influenciar o Tribunal! Aposto que você também não sabe mais de umas vinte palavras... Bem, vamos repetir a prova e acabar com isso de uma vez! As duas mulheres tomam posição novamente. AZDAK - Puxem! Grusche solta de novo a mão do Menino. GRUSCHE (em desespero) - Eu, que fiz tudo por esse menino, agora vou ser obrigada a machucá-lo? Não posso! AZDAK (levantando-se) Por esta prova, o Tribunal chegou à conclusão de quem é a verdadeira mãe. (A Grusche) Pode pegar o menino e levar com você, mas aconselho a não ficar com ele nesta cidade. (A Mulher do Governador) E a senhora, desapareça da minha vista antes que eu a condene por falso testemunho! Os bens da família Abaschvíli passam à propriedade do Município, que se encarregará de custear com eles a construção de um parque para as crianças: elas estão precisando, e eu determino que se denomine “Jardim de Azdak”. ” O Círculo de Giz Caucasiano, 2ª edição, São Paulo, Cosac & Naify, 2002, é, em termos gerais, a mesma questão solucionada por Salomão.

²⁸⁶ “Me traga aquele livro grosso, que eu sempre faço de almofada para sentar! (Schauwa [o oficial de justiça] apanha em cima da cadeira de Juiz um grande livro, que Azdak se põe a folhear.) Isto aqui é o Código das Leis, e você é testemunha de que eu sempre fiz uso dele.”, BERTOLD BRECHT, O Círculo de Giz Caucasiano, 2ª edição, São Paulo, Cosac & Naify, 2002, p. 109.

²⁸⁷ MICHELE TARUFFO, Uma Simples Verdade: O Juiz e a construção dos factos, p. 123 “Também nesse caso, é posto em evidência o procedimento considerado em si mesmo, como instrumento que favorece a aceitação da decisão que o conclui, ao passo que a decisão, considerada em si mesma, segue nas sombras. Essa, por conseguinte, não se legitima em razão de seu conteúdo ou de sua qualidade (que seguem sendo irrelevantes), mas sim em razão do facto de que as modalidades procedimentais com que é obtida (especialmente se houver participação dos sujeitos interessados) são objeto de aceitação por parte desses sujeitos, bem como por parte do ambiente social circundante.” Mais adiante o

felicidade de mostrar em tons crus o limite da função jurisdicional em termos de satisfação de uma expectativa sobre o Conhecimento Privado do Juiz, ela ainda se mostra muito útil em apresentar a visão da corruptela dessa função. Todavia, a solução de Azdak, tal como a de Salomão é pautada em um juízo sobre a expectativa de conduta.²⁸⁸

Embora TARUFFO tenha preferido analisar outras obras literárias em seus estudos²⁸⁹, a conclusão é rigorosamente a mesma, ora sob a perspectiva de que tanto procedimento quanto qualidade da decisão são recíproca e pragmaticamente implicadas pela aceitação social do Conhecimento Privado do Juiz como mecanismo de fundamentação decisória. Assim, com a devida consideração articulada entre Poder e Legitimidade, o Conhecimento Privado do Juiz apresenta-se como válvula de inserção no processo de *standards* de comprovação da congruência e da coerência da fundamentação. Tal uso ainda denota, dentro da sua funcionalidade social, uma régua para aferição da factualidade e da razoabilidade do conteúdo decisório relativamente à possibilidade de uma suposta e presumida sensibilidade judicial ao meio social. O Conhecimento Privado do Juiz parece-nos ser um instrumento de dimensão social que discursivamente expõe a “*convicção e a coerência lógica com que cerze a tessitura que dá forma a essa convicção*”²⁹⁰. Seria, então, o caso de perguntar se esse “círculo de giz” deve ou não ser mais ou menos Caucasiano, ainda que, nesse ponto, flertemos com o aspeto político-ideológico do tema.

Não por outra razão, e vamos tratar dela no tópico final, a figura do *erro notório* e seu critério de controlabilidade é um exemplo de razoável ligação com essa expectativa social na jurisprudência portuguesa.²⁹¹ A dimensão técnica do Conhecimento Privado do Juiz, abordada de modo a perceber sua funcionalidade, dialoga com a estrutura processual de modo técnico instrumental, mas fundado nas premissas ideológicas que lhe concederam legitimidade na utilização.

mestre italiano completa (p. 129) “*Na verdade, o que se leva em consideração é a aceitação – ou a legitimação social – do procedimento e, caso julgue-se que isso é suficiente para determinar a aceitação ou a legitimação das decisões que esse produz, fecha-se o círculo*”

²⁸⁸ BRECHT, Bertold, O Círculo de Giz Caucasiano, Ob. Cit., pp. 125/126.

²⁸⁹ O autor analisa a obra *Tiers Livre* de Rabelais em *Uma Simples Verdade...*, Ob. Cit., p. 122

²⁹⁰ Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Penal, Acórdão nº 387/19.1PCSNT.S1, 3.ª SECÇÃO (CRIMINAL), Relator GABRIEL CATARINO, julgado em 07/10/2020

²⁹¹ “*Resumidamente os desvios de racoamento assumem a forma de erro notório, ou seja num desvio interpretativo de uma dada situação de facto que se apresenta à leitura lógico-racional do indivíduo, aqui consideradas as envolventes sociais, históricas, pessoais, económicas e/ou outras. A decisão que labore em erro notório há-de expressar esse desvio interpretativo, como evidente e detectável a uma análise perfunctória, de feição intuitivo-racional, do caso em que ele se manifesta ou patenteia. O erro notório torna-se, assim, numa calamidade interpretativa à luz dos princípios da razão histórica e do padrão cognoscente prevalente e socialmente instituído, i. é, das máximas da experiência comum.*” Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Penal, Acórdão nº 387/19.1PCSNT.S1, 3.ª SECÇÃO (CRIMINAL), Relator GABRIEL CATARINO, julgado em 07/10/2020.

3.1.2. O Conhecimento Privado do Juiz: sua Dimensão Técnica

Sob a dimensão técnica, ainda que tal já tenha sido explorada em razoável aprofundamento nos tópicos iniciais deste trabalho, é importante, ora diante da apresentação da dialogia (Técnico/Social), trazer alguns contributos adicionais. Logo, nesta seara, o Conhecimento Privado mostra-se como efetivo instrumento manejado pelo juiz a fim de atingir o resultado decisório, por um lado, sustentado pela dignidade legitimadora do uso desse poder processual na sua dimensão social, por outro, sustentado pela dimensão técnica desse instituto. Essa dimensão técnica é sobretudo qualificada pela miríade de previsões normativas, jurisprudenciais e, as já aprofundadas, doutrinárias sobre o uso do Conhecimento Privado como instrumento juridicamente válido de *ponto de partida cognitivo*.

De plano, é importante relembrar que a utilização técnica do Conhecimento Privado tem afinidades estreitas com a evolução histórica da valoração probatória²⁹². Neste sentido, ainda que não adentremos nessa tortuosa trilha, o facto é que os conceitos de íntima convicção (*intime conviction*) em França, da *frei beweiwürdigung* na Alemanha de entre os usos de desenvolvimentos da *Sana Crítica* na tradição espanhola, agregados a muitos outros, foram a antessala desse processo de adoção do instituto no sistema processual. Logo, pela dimensão técnica do Conhecimento Privado do Juiz é inafastável a leitura de que, ao menos em sua base, se encontrarão a formulação teórica da valoração probatória e dos *standards* de prova.

Nesse sentido, não por outra razão boa parte dos doutrinadores atuais que tratam o tema dos *standards* probatórios e de valoração, inclusive com aguda crítica sobre eles, e da disponibilidade de prova se referem a uma ou outra das espécies do conhecimento privado do juiz utilizando-as como uma base cognitiva ou um ponto de partida da cognição judicial na construção do processo valorativo ao respeito da prova. Tanto COMOGLIO como MARINA GASCÓN ABELLÁN ou JORDI NIEVA FENOLL, todos reconhecidos cultivadores dos pensamentos de TARUFFO, são uníssomos em reconhecer que as Máximas Experiência e os Factos Notórios compreendem um elemento técnico preliminar o substancial da valoração probatória. Como dito anteriormente sustentados pelos estudos de JOÃO DE CASTRO MENDES, a utilização das Máximas Experiências e dos Factos Notórios também se encontram na construção dos silogismos instrumentais em posição tácita dentro do processo de construção cognitiva do juiz²⁹³.

²⁹² NIEVA FENOLL, Jordi - *La Valoracion de la Prueba*, Ob. Cit. pp. 70/85.

²⁹³ Aqui importa destacar que muitos autores, por exemplo, ABELLÁN, Marina Gascón - *La Prueba Judicial...*, Ob. Cit., p. 13, demonstram que a construção de raciocínios inferenciais estaria justamente eivada pelo risco de inferências indutivas baseadas em afirmações concretas e gerais de grau de probabilidade. A autora ainda aponta que a distância que separa a hipótese da conclusão e a cadeia de inferências entre elas é inversamente proporcional a condição de segurança do juízo de probabilidade. “*de modo que cuanto mayor sea al número de pasos intermedios entre la hipótesis*

É interessante perceber a guisa de exemplo do que aqui chamamos de dimensão técnica que, conquanto ainda na justiça civil a utilização das Máximas De Experiências dos Factos Notórios se encontra orbitando dentro de uma lógica de princípios gerais de aplicação, no direito penal tal utilização, ao menos em Portugal, parece ser eloquentemente portadora da qualidade de regra, uma diretiva de aplicação expressa durante o sopesamento das provas e dos factos litigiosos. Citamos, por exemplo, o previsto nos artigos 127º e 340º do Código de Processo Penal²⁹⁴. Deduzir este peso de regra ao Conhecimento Privado do Juiz no processo penal talvez decorra da própria estrutura lógica que circunda o juízo de condenação neste âmbito. De facto, JORGE NIEVA FENOLL destaca que o princípio do *in dubio pro reu* exige que o juízo de valor quanto à culpabilidade no Direito Penal resulte em uma conclusão que guarde uma carga de certeza muito superior àquela típica do Direito Civil²⁹⁵. Portanto, o uso das Máximas de Experiência e dos Factos Notórios nesse caso seriam claramente um juízo de primazia absolviória e não condenatória. Nada mais exemplificativo dos limites técnicos dessa espécie no *iter* da fundamentação²⁹⁶.

MARINA GASCÓN ABELLÁN²⁹⁷, por seu turno, destaca que, ainda que haja uma aparência dedutiva durante o processo de racionalização que constrói a conclusão a partir de hipóteses de um determinado facto, a sua natureza é, a bem da verdade, indutiva. Logo, a construção de conclusões baseia-se na análise de regularidades empíricas em relações de probabilidade, ou seja, conclusões estabelecidas a partir de uma experiência. Quando se apercebe que o discurso judicial em sua maioria está baseado nessa espécie de regularidade e de expectativa social de conduta humana livre, conclui-se que neste lugar reside também a utilização do Conhecimento Privado do Juiz, em sua dimensão técnica, seja na categoria de Máxima de Experiência seja na de Facto Notório, todos cercados de uma natureza probabilística ínsita e de uma necessidade de coerência interna quanto à implicação destas afirmações concretas ou abstratas.

A já citada reconstrução da formulação histórica do Conhecimento Privado do Juiz, a partir da superação dos paradigmas ideológicos medievais e do exacerbado privatismo do sistema jurisdicional do Século XIX, viria demonstrar que a chegada ao conceito por parte de STEIN seria a elaboração de uma estrutura técnica de aceitabilidade e controle. Assim, considerando tudo

y las pruebas que la confirman, menos será la probabilidad”. Adotando, apenas à guisa de exemplo mais imediato, que cada qual desses passos demandem uma estrutura silogística instrumental nos termos desenvolvidos por JOÃO DE CASTRO MENDES, mais se envereda pelo uso do Conhecimento Privado na conclusão alcançada.

²⁹⁴ “Artigo 127.º Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente. ... Artigo 340.º...4 - Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que a) (Revogada.) b) As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas; c) O meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou d) O requerimento tem finalidade meramente dilatória.”

²⁹⁵ *La Valoración de la Prueba...*, Ob. Cit. p. 86.

²⁹⁶ NEVES, CASTANHEIRA - *Sumários de Processo Criminal*, 1967/68, pp. 20/21.

²⁹⁷ *La Prueba Judicial...*, Ob. Cit., pp. 7/8.

quanto já exposto anteriormente, é perceptível que, mesmo o desenvolvimento do Conhecimento Privado do Juiz como um instituto técnico no âmbito do direito processual decorre justamente do desenvolvimento de uma dignidade muito particular da atividade jurisdicional dentro do período que decorreu a partir meados do Século XIX. Essa evolução lógica da atuação do juiz, paralela àquilo que se espera de sua atividade na sociedade, é a razão de ser da alteração dos modelos probatórios vigentes partindo da estrutura valorativa baseada nas provas legais para o livre convencimento.

Assim, para MARINA GASCÓN ABELLÁN, o livre convencimento não é necessariamente um critério de valoração, mas um princípio metodológico que afasta a suficiência das provas legais, sendo que estas últimas guardam um critério mais objetivo de racionalidade valorativa. É dizer, o “problema” do Conhecimento Privado do Juiz nem sequer existiria, caso o princípio metodológico baseado nas provas legais tivesse se sagrado no lugar do livre convencimento, ou melhor, na convivência de uma presença insular das provas legais (*i.e.* confissão, peso probatório de documentos públicos e privados e conceitos de provas plenas e semi-plenas ligadas a diversos institutos do Direito Probatório de alguns países) nos regimes mistos²⁹⁸.

Do mesmo modo, o destaque feito por JORDI NIEVA FENOLL²⁹⁹ da postura doutrinária anacrônica e demonizadora do sistema de provas legais e tarifadas vem demonstrar que o atual sistema misto, adotado na maioria dos países da tradição continental europeia e que tem como característica a paulatina aceitação do livre convencimento, carrega consigo a funcionalidade técnica do Conhecimento Privado de Juiz como instrumento de abertura do ponto de vista da fundamentação judicial. Se por um lado, não se pode demonizar o sistema de provas legais, por outro, tal sistema mostrar-se-ia substancialmente pouco articulado para as necessidades probatórias de abertura de acesso a jurisdição e a multiplicidade de matérias litigiosas a partir do Século XIX. Deste modo, no veio em que fluiu a necessidade da adoção do modelo de livre convencimento por necessidade técnica afeita aos desafios jurisdicionais, também desaguou - *e de certo modo até mesmo ajudou a talhar o leito* - a dimensão técnica do Conhecimento Privado do Juiz.

Justamente com olhos postos nessa dimensão técnica que JORDI NIEVA FENOLL destaca o facto de que a maior parte dos trabalhos doutrinários que tenta abordar o enfoque jurídico na valorização e no processo de convencimento judicial limitam-se a apresentar a dicotomia entre o sistema de valoração livre e legal. Eis um limite técnico objetivo, caso se adote o estudo da fundamentação, motivação e valoração baseado na mera dicotomia entre sistemas de bases de motivação fechados (provas legais) e abertos (livre convencimento). Segundo JORDI NIEVA

²⁹⁸ Idem, pp. 10/12.

²⁹⁹ *La Valoración de la Prueba*, Ob. Cit., p. 96/99.

FENOLL, esse limite seria a recondução simples à base comum de uma experiência extrajurídica, em um processo que encontra nos limites do - *dizemos nós* - Conhecimento Privado do Juiz e sua base técnica imediata.

Os profundos desenvolvimentos propostos pelo professor catalão, de certo já estão muito além dos lindes deste humilde trabalho. Entretanto, vale destacar que o próprio Professor encerra a primeira metade de sua magnífica obra sobre valoração da prova já alertando o leitor para o Facto de que, a partir daquele momento, todos os pontos subsequentes das mais de uma centena e meia de páginas seriam voltados a elencar de um modo analítico a tipologia das Máximas de Experiência aplicáveis à valoração probatória.³⁰⁰

Assim, nessa dimensão técnica, o Conhecimento Privado do Juiz revela-se efetivamente como um *ponto de partida cognitivo*. Note-se – *com o risco de estarmos atrasados com esta ressalva* - que denominar um *ponto de partida cognitivo* não significa necessariamente dizer que a cognição parte dele, mas, sim, que a ele a cognição se remete como supedâneo do processo de fundamentação. Essa figura de supedâneo, que é tão fixada em diversos trabalhos já referidos nesta dissertação, conduz à afirmação também difusa na doutrina quanto a qualidade heurística do Conhecimento Privado do Juiz.

É dizer, o Conhecimento Privado do Juiz é reconhecido pela perspectiva de simplificação decisória, no que toca à utilização das generalizações (Máximas de Experiência) ou afirmações concretas independentes de prova (Factos Notórios) no processo de silogismo ou - *agora abandonando de vez esse conceito ideal e virtual* - no processo de construção do discurso decisório e vinculativo de coerência sustentado pelo tónus de Poder e Legitimidade. Muitos autores que trabalham o tema do campo jurídico comportamental da função decisória trazem o conceito de heurística ligado ao processo de construção do raciocínio judicial³⁰¹. Entretanto, pela coleta da doutrina mais técnica e sobretudo pelo sopesamento das posições dos autores que representam aquilo que denominamos neste trabalho de corrente Cética, parece-nos interessante, ao menos, pontuar algumas críticas à percepção heurística do Conhecimento Privado. Isso porque esses autores reconhecem ou tributam à heurística um caráter naturalizado e típico de qualquer estrutura de pensamento em ambiente complexo ou de incerteza ainda que reconheçam que sua funcionalidade neste caso é voltada à economia³⁰², lança-se o desafio de desnaturalizar o Conhecimento Privado

³⁰⁰ *La Valoracion de la Prueba*, Ob. Cit., p. 96/99.

³⁰¹ RUMIATI, Rino, Bona, CARLO - *Dalla testimonianza alla sentenza Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, Il Mulino, 2019.

³⁰² LINS, Ricardo de e COSTA, Horta Alexandre Araújo - *Vieses na decisão judicial e desenho institucional...*, p. 18: “Ao decidir, pessoas se valem de heurísticas, ou seja, de atalhos cognitivos a partir dos quais lidam com as limitações de tempo e com a incompletude dos dados disponíveis: certas informações são privilegiadas, certas lacunas são

do Juiz sobre esse viés.

Para esse desafio, tal como sói se fazer nas ciências humanas, socorremo-nos de um conceito das ciências duras, no caso da química³⁰³. Tomamos de uso um já desgastado conceito químico, o processo de catálise. Basicamente um processo catalítico é um processo que acelera reações a fim de obter um produto final, entretanto, diferentemente do conceito de heurística (que com certeza divide afinidade com a perspectiva da lógica e da racionalidade) a catálise é sobretudo um processo (ainda que químico) econômico e artificialmente inserido no sistema para obter a aceleração e eficiência desejadas.

Isso porque, enquanto a percepção que reconhece um efeito heurístico do Conhecimento Privado naturaliza a sua presença na construção da fundamentação decisória, uma perspectiva que atribui ideia de Catálise deste instituto centra foco em sua dimensão técnico-instrumental, artificial e funcional. Muitos autores da corrente Cética reconhecem essa característica, ainda que restrinjam a uma posição limite de “critérios cognitivos”³⁰⁴. Outros autores que, infelizmente, padecem de uma contradição ínsita em sua forma de pensar, sói trazerem esse processo de naturalização do instituto³⁰⁵. Logo, o viés da catálise tende a permitir uma abordagem mais passível de controle normativo, ao reconhecer - *espera-se na colheita adequada das bases lançadas por STEIN* - que o Conhecimento Privado do Juiz não é uma decorrência de toda a qualquer cognição (embora o seja no âmbito extraprocessual, lógico e das ciências da razão e do pensamento), mas, sim, um instrumento de dimensão técnica específica, determinada e manejada para justamente traçar os limites processuais de seu uso.

É dizer, o Conhecimento Privado do Juiz, longe de ser uma estratégia racional natural, é instrumento processual para a facilitação do processo decisório e a chegada ao fim desejado da decisão, tal como o são, por exemplo, os diversos institutos processuais similares adaptados às necessidades da complexidade procedimental e social da contemporaneidade, a exemplo da inversão do ônus probatório e as presunções *iuris tantum*. Assim, quer se adote: a funcionalidade

inconscientemente completadas, certas percepções desencadeiam reações emocionais intensas, certas projeções de significado são rejeitadas pelos incômodos que nos provocam. Nossa cognição não é tipicamente baseada em uma reflexão detida, em cálculos estratégicos e análises probabilísticas. Como nossa capacidade de processamento de informação é limitada, temos de selecionar com cuidado os objetos que receberão esse tipo de atenção, extremamente custosa em termos de tempo e energia.”

³⁰³ Chega a ser irônico que MAX WEBER tenha se socorrido de semelhante expediente com o uso do conceito de “Afinidade Eletiva”, sobre uma reconstrução histórica de como esse conceito transitou da química, em verdade da Alquimia, para a literatura e por fim para a sociologia, veja LÖWY, Michael - *Le concept d’affinité élective chez Max Weber*, Archives de Sciences Sociales des Religions, Paris, n. 127, p. 93-103, 2004. em linha <<http://assr.revues.org/1055>>

³⁰⁴ PEIXOTO, Ravi - *As regras de experiência, os deveres de justificação e os limites à discricionariedade do convencimento judicial*, in Revista de Processo, Revista dos Tribunais, vol. 320/2021, p. 3

³⁰⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo - *As lógicas das provas no processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45 e 79.

específica o preenchimento de lacunas legais; a interpretação do Direito; a determinação de alcance de conceitos jurídicos indeterminados; ou a mais estrita fixação de premissa para uma decisão final ou interlocutória, o uso do Conhecimento Privado é de todo um aparato, também, de dimensão técnica³⁰⁶.

Entendemos, portanto, que com esse potencial olhar, que bebe na fonte tanto da corrente Cética quanto do viés Otimista/Pragmático do instituto, podemos esboçar os pontos de partida para o avanço do verdadeiro desafio que é o limite de controlabilidade e que vem sendo a batalha fielmente travada por todos os doutrinadores comprometidos honestamente com a funcionalidade do sistema de justiça.

3.2. Pós Verdade, Conhecimento Privado do Juiz e o Problema Doutrinário da Fundamentação Judicial

Não se busca traçar uma metodologia de fundamentação ou qualquer hipótese de “plano de voo” a ser seguido em conta dos problemas surgidos com o Conhecimento Privado do Juiz na Era da Pós-verdade, essa tarefa seria sobretudo inócua e muito superior ao esforço esperado para um trabalho deste porte. Convém ainda remeter a toda uma miríade de trabalhos que chegaram ao limiar da exaustão no processo de identificação das “melhores práticas/cuidados” por parte dos magistrados, especialmente, no que se refere à motivação suficiente, racional, coerente e logicamente estruturada³⁰⁷. A bem da verdade, o problema surge justamente do facto de que esses requisitos, na atualidade, não significam a segurança de uma decisão que satisfaça a Justiça³⁰⁸ e que se presuma escorada em elementos objetivos e nas dimensões social e técnica do Conhecimento

³⁰⁶ Aqui fazemos referência a toda a conceituação funcional que os autores citados nos pontos 2.3, 2.3.1 e 2.3.2. fazem de modo apartado às Máximas de Experiência e aos Factos Notórios. Ainda que alguns estudos que na história reconheceram a existência de uma identidade das duas espécies de conhecimento privado, o nosso esforço maior é trazer que há, sim, uma qualidade que une o gênero sob um mesmo manto e por obvio faz com que tecnicamente haja sentido em lhe dar o nome de gênero de instituto processual. Logo, no nosso entender, com reverência e respeito a toda doutrina, tanto a que separa as espécies em *locus* estanques, quanto a que praticamente erodiu as diferenças entre elas, há uma razão de fundo para se abordar o Conhecimento Privado como o gênero que é em sua função técnica e de enfrentamento científico.

³⁰⁷ TARUFFO, Michele - *Il Fatto e L'interpretazione*, Ob. Cit., p. 207, exemplo do tipo de postura tratado é extraído das palavras do mestre italiano: “Anche sotto questo profilo emerge la necessità di controlli adeguati, che rinviando ai canoni della logica della giustificazione: ne deriva la necessità di motivazioni complete e coerenti, logicamente strutturate attraverso lo svolgimento di “buone ragioni” capaci di giustificare sia l'accertamento dei fatti sulla base delle prove, sia l'interpretazione delle norme secondo i canoni della interpretazione normativa. Infine, il riconoscimento della natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione non implica la rassegnazione all'arbitrarietà e alla indifferenza delle scelte operate dagli interpreti ed in particolare dai giudici. Come si è tentato di mostrare, si possono individuare criteri riconoscibili e condivisibili che servono a controllare il fondamento delle scelte, sia che esse riguardino la selezione dei fatti rilevanti, sia che riguardino l'individuazione dell'interpretazione “giusta” delle norme. Si tratta da un lato, ancora una volta dei canoni dell'ermeneutica giuridica e del rispetto dei limiti dell'interpretazione, e dall'altro lato della verifica della congruenza tra il fatto (accertato) e la norma (interpretata) come premesse giustificate della decisione finale.”

³⁰⁸ Como já afiançado por TARUFFO, Michele - *Uma Simples Verdade...*, Ob. Cit., pp. 159 e segs, o requisito de verdade e justiça deve estar afim de uma pretensão ideológica para seu atingimento pela via processual, vide.

Privado do Juiz³⁰⁹. Com efeito, tomar de plano uma inafastabilidade naturalizada do uso do Conhecimento Privado talvez seja o efetivo problema, pois nos parece mais coerente tomar por premissa que este instrumento é mais um dentre os diversos a serem manejados para o processo de fundamentação e cognição judicial.

Os trabalhos de maior qualidade sobre o tema abordam o Conhecimento Privado justamente sobre essa dimensão, ou seja, sobre a sua disponibilidade instrumental do instituto, ainda que não expressamente o digam³¹⁰. Não por outra razão, trabalhos acadêmicos mais recentes têm centrado foco justamente nos modos de otimização do manejo do Conhecimento Privado, compartilhando de uma estratégia taxonômica quanto a instrumentalização do instituto (graduação de generalizações aceitáveis em meios probatórios específicos; fontes confiáveis ou não confiáveis de afirmação de notoriedade; procedimentos de ponderação sobre o ponto de partida cognitivo; equilíbrio entre critérios mínimos de motivação e busca pela verdade e etc.)³¹¹. Esses trabalhos oferecem uma verdadeira panaceia de qualificações em graduações de maior ou menor “segurança” questionando, ora tácita ora explicitamente, o equilíbrio entre eficiência, economia, justiça e capacidade de captação da verdade suficiente/desejada aos fins do processo. Entretanto, fica em aberto a questão sobre a suficiência dessa iniciativa taxonômica dos modos “bons/desejáveis” no uso do Conhecimento Privado. Em nossa modesta opinião esse tipo de estratégia é semelhante a um processo de tarifação do Conhecimento Privado. Com manifesto reconhecimento da essencialidade de tais trabalhos e do esforço intelectual louvável, essa corrente cética que adota a

³⁰⁹ Como anota BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico - Facto Notório: revisão crítica..., Ob. Cit., pp. 89/92, ainda que com foco na espécie dos Factos Notórios, essa ruptura com a capacidade de afirmação sobre a ideia de conhecimento é decorrência justamente da perda de referencial, uma mudança epistêmica em conta, inclusive da quebra de filtros, diríamos nós, verdadeiros “Gate Keepers” de segurança e objetividade.

³¹⁰ Apenas rememorando que essas referências se encontram já citadas e desenvolvidas no tópico da delimitação das correntes sobre o Conhecimento Privado do Juiz e no tópico sobre cada uma das espécies (Factos Notórios e Máximas de Experiência), com destaque para COMOGGIO, JORDI NIEVA FENOLL, MARIANA GASCÓN ABELLAN, MICHELLE TARUFFO, sendo estes as referências centrais dessa perspectiva cética e que tenta colher algo aproveitável para os fins instrutórios.

³¹¹ Muitos trabalhos acadêmicos têm abordado o tema com essa estratégia taxonômica e analítica, dentre eles, no Brasil, (alguns já citados): BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico - Facto Notório: revisão crítica..., Ob. Cit.; VIEIRA ALVES, Andre Bruni - *As Máximas de Experiência*..., Ob. Cit.; SILVESTRE, Gilberto Fachetti - *As máximas de experiência no processo civil*, Ob. Cit.; PRINCEPE CREDIDIO, Georgius Luís Argentini - *O controle da aplicação das regras de experiência no direito processual civil sob a perspectiva do dever de motivação das decisões judiciais (Art.93, inc. IX, da CR)*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, Recife, 2010; GROSS, Marco Eugênio - *A categoria das máximas de experiência no âmbito do livre convencimento do juiz e o seu controle pelo superior tribunal de justiça*, Ob. Cit. Em Portugal, temos FARIA DE ANDRADE, Ana Margarida - *A prova por presunção no direito civil e processual civil as presunções judiciais e o recurso ao senso comum e às máximas da experiência*, Dissertação elaborada para a obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídico- Processuais, Universidade autónoma de Lisboa, 2016; ANDRADE COSTA, Liane Teresa - *A simples e provável verdade processual: contornos, perfil e expressões de uma verdade «possível»*, Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013; PAULINO, Fonseca Catumbela - *Fundamentação das Decisões Judiciais*, Dissertação de Mestrado Profissionalizante Mestrado em Ciência Jurídico – Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019.

estratégia de taxonomia parece produzir a verdadeira tarificação doutrinária.

Mesmo esses trabalhos, alguns dos quais podemos reunir sobre a corrente cética do Conhecimento Privado do Juiz, ainda apostam em, ao menos, algum grau de objetividade e controlabilidade desse instituto, seja quanto as generalizações seja quanto as afirmações concretas e sua disponibilidade oficiosa. Todavia, aqui também insta perguntar sobre a perenidade deste campo objetivo de fundamentação.

Isso porque, o que vivenciamos atualmente é o que tomamos a liberdade de definir como uma *erosão dos paradigmas objetivos do Conhecimento Privado do Juiz* em decorrência de eventos históricos, tecnológicos, econômicos e sociais que se convencionou reunir sob o nome de “Era da Pós-verdade”³¹². Assim, a graduação de generalizações e da possibilidade de coerência na afirmação de facticidade e do juízo de expectativa está influenciada por um crescente campo de incerteza e de falta de capacidade de afirmação objetiva, seguido de um exacerbamento do discurso de legitimidade e poder³¹³. Nesse cenário, o incremento do valor de mera coerência³¹⁴ e a disponibilidade infinita e oficiosa de uma fonte completamente incontrolável na aferição de afirmações e de critério fático de realidade são as notas mais relevantes³¹⁵. Ainda que possamos colher iniciativas, dentro de outros campos e sistemas sociais (como o poder legislativo³¹⁶ ou a imprensa e media profissional³¹⁷), no intento de controlar esse aumento da complexidade e da incerteza, o facto é que no plano jurisdicional essas iniciativas são pouco ou nada visíveis³¹⁸. Pelo

³¹² Ainda que possamos identificar a era da pós-verdade e suas evidentes decorrências negativas, o facto é que mesmo essa erosão de paradigmas objetivos, como dito anteriormente, é razão para a possibilidade de defesa de interesses antes marginalizados e que, por não estarem no núcleo de uma *communis opinio* nem no campo de afirmação de facticidade poderiam passar despercebidos pela capacidade cognitiva judícia. Em outras palavras, é importante perceber que essa erosão de valores e critérios objetivos passa pela ampliação da afirmação de formas de vida, cultura, sexualidade, gênero e um mar sem fim de temas para os quais o Poder Judiciário, a fim de manter a sua pretensão de ubiquidade, não pode simplesmente fechar os olhos. Para uma perspectiva bem interessante e anti-demonizadora do tema, ora que aborda os efeitos de combate aos abismos sociais, ainda que focada mais no plano da *Common Law* veja COCHRAN, Patricia - *Taking Notice: judicial notice and the “community sense” in anti-poverty litigation*, in University of British Columbia Law Review, 2007, pp. 559/589.

³¹³ NEVES, Castanheira - *Sumários de Processo Criminal*, Ob. Cit., pp. 49/50, já demonstrou de modo suficientemente claro essa premissa de objetividade dos parâmetros para aplicação das regras experiência.

³¹⁴ Esse aspecto se ressalta a nosso ver como talvez uma possibilidade de ampliação da exigência de que o uso do Conhecimento Privado do Juiz sempre esteja pautado no critério de afirmação por correspondência, tal como expusemos no tópico 3 *supra* especificamente com arrimo nos trabalhos de TRINDADE, Cláudia Sofia Alves - *A prova de estados subjetivos...*, Ob. Cit.

³¹⁵ BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico - *Facto Notório: revisão crítica...*, pp. 67 e segs.

³¹⁶ Em que se destacam as iniciativas legislativas para aprovação de leis que promovam a contenção de desinformação.

³¹⁷ Com que podemos remeter ao crescente número de agências de serviço de checagem de factos.

³¹⁸ Dentre muitos outros factores, podemos trazer como uma das razões para essa invisibilidade de meios de contenção dos efeitos da erosão de paradigmas objetivos justamente a incapacidade do corporativismo jurídico de aceitar que os sistemas convencionados e estabelecidos dentro do Direito possam ser alvo de críticas por visões de mundo extrajurídicas. Pudera, o Direito, ciência especializada em conformar estruturas de validação, desenvolveu um aparato invejável para proteger a própria validação de seus pressupostos. Diga-se mais, é talvez esse corporativismo que promova uma epidemia galopante no que se refere à afirmação de uma coerência interna muito estrita a respeito do que é *communis opinio* e do que é notório dentro do sistema de justiça. Para usar um termo moderno, não há exemplo

contrário, quando visíveis essas iniciativas de controlabilidade são alvo de críticas ferrenhas e claramente fundamentadas sobre um excesso de poder e legitimidade pelos seus respectivos operadores.³¹⁹ O lugar comum nesse tema é que tanto aquilo que pode ser qualificado como notório como os juízos generalizantes (*communis opinio*) são decorrências diretas de um acelerado processo de implementação comunicacional, onde há convergência de pensamentos de mundo similares construindo uma pseudo sensação de consenso e de certeza nas suas respectivas câmaras de percepção. A magistratura não está fora dessa zona de influência³²⁰.

Diante da evolução que a imprensa periódica representava no apagar do Século XIX, FRIEDRICH STEIN já colocava em termos explícitos *“Pero se preguntará, ¿es notorio todo lo que viene en el periódico? ¿También lo es la serpiente marina y la anciana de 120 años que cada verano muere en Galicia? ¿No es “notorio” que en los periódicos aparecen más noticias falsas que verdaderas? La pregunta está justificada y nada más lejos de mi intención que considerar válida la tesis según la cual prácticamente todo lo notorio aparece o ha aparecido en el periódico, o lo contrario*”³²¹

Podemos dizer com algum grau de segurança que a erosão desses paradigmas nos preocupa hoje como preocupavam STEIN há mais de cem anos. Certamente, tivemos, em ao menos duas oportunidades do Século XX (1914-1918 e 1939-1945), a chance de comungar dentro de nossa, hoje verdadeiramente periférica, sociedade ocidental de inúmeros valores que constituiriam bases

mais claro de *cluster de informação* do que uma Câmara Julgadora em qualquer tribunal do mundo. Sobre o tema veja CESAR DE AGUIAR, Julio - *Análise Comportamental do Direito*, Ob. Cit., pp. 81/85.

³¹⁹ Veja, por exemplo, a constante denuncia quando a extrapolação dos limites da inércia judicial no recentíssimo caso do inquérito das *Fake News* relatado e “conduzido” pelo ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. No referido inquérito (Inquérito 4781/19), que visa sobretudo dismantlar grupos de divulgação de conteúdos falsos contra os ministros da própria corte (o extremo da crise dos paradigmas de objetividade citados), o ministro tem tomado inúmeras iniciativas cuja legalidade é passível de discussão sob o argumento de que tais pulverizações de falsas informações estariam causando danos ao próprio funcionamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Vale ainda destacar que, não raro, conteúdo dessa qualidade além de muitos outros já foram usados como bases objetivas para fixação do Conhecimento Privado do Juiz no Direito Brasileiro.

³²⁰ CALFURRAPA, Ramón Beltrán - *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual...*, Ob. Cit., p. 142, ainda que se alie aos cultores dos métodos taxonômicos de critérios de fundamentação, expõe de modo muito interessante exemplos dessa erosão: *“En los EE.UU., por ejemplo, un estudio llevado a cabo el año 2018 determinó que la mayor trayectoria o experticia de los jueces no logra atenuar los sesgos y prejuicios de género en la toma de decisiones judiciales. Los hallazgos, que forman parte de un estudio más amplio sobre el comportamiento judicial, revelaron que los jueces eran tan propensos como cualquier otro sujeto a discriminar y a reproducir en sus fallos ideas preconcebidas sobre los roles de género. Incluso es más, según dicha investigación, que involucró a 619 jueces de familia de primera instancia, los sentenciadores apoyaron conscientemente diversas representaciones tradicionales de género, que incluían estereotipos como “las mujeres están más interesadas en criar niños” o “a las familias les va mejor si el hombre es la cabeza de familia”. No porque les guste o apetezca ser tildados necesariamente de machistas o patriarcales, sino porque las ideas culturales sobre el género calan tan hondo que todo el entrenamiento forense y habilidades sobre pensamiento lógico muchas veces no son suficientes para hacerlos inmunes a este tipo de errores. De este modo, la tendencia a generalizar con argumentos comunes, pero sesgados, falaces o espurios, plantea la posibilidad de que las máximas de la experiencia sean también la puerta de entrada a decisiones fundadas en prejuicios y estereotipos, más aún cuando la mayor experiencia de los jueces no es suficiente “escudo” contra la influencia de tales yerros.”*

³²¹ *El conocimiento...*, Ob. Cit., p. 167

objetivas de expectativa de mundo e da seleção de fontes confiáveis da afirmação da facticidade durante ao menos os cinquenta anos seguintes. Vejam que os episódios para tanto não foram exatamente o que se deseja para mola propulsora da sociedade. Logo, qualquer hipótese de fundamentação que faça uso do Conhecimento Privado deve ter em conta que o aumento da complexidade e do conflito é um prognóstico razoável em um futuro próximo. É dizer, o que se espera é que o cenário de incerteza aumente e não diminua.

Não que seja necessária a adoção de modelos de fundamentação fechados tal como um retrocesso às provas legais, mas sobretudo é necessário sustentar as bases de legitimidade da fundamentação judicial para que a dimensão técnica do Conhecimento Privado continue fazendo sentido. Parece ser a tarefa da Ciência do Direito Processual se debruçar sobre aquilo que se espera do processo cognitivo judicial, sem descuidar e suas funções inerentes à sociedade contemporânea³²². Um caminho já tradicional é obviamente explorar, no plano da cognição e da jurisdição, alternativas além dos limites estreitos da via processual como o único digno para a solução de controvérsias. Para tanto o desempenho cada vez mais fundamental dos meios alternativos de solução de litígios. Evidente que nada disso é uma novidade muito menos uma grande evolução, sendo apenas a emergência ao estímulo para a radicalização desses meios de auto-reconhecimento do contexto lógico e fático do conflito³²³. Talvez seja até mais interessante nesse ponto tratar dos modos de não lidar com o núcleo central do conhecimento privado. Ao passo que há uma erosão do processo de objetividade da fundamentação, o caminho seja justamente erodir a dimensão social da afirmatividade do uso do conhecimento privado. É dizer, tratar a fundamentação como problema jurídico doutrinário pode ser a verdadeira questão³²⁴.

Com efeito, essa erosão passaria por aprimorar elementos de dúvida sobre aquilo que é afirmado nos autos pelo juiz, tornando esse, sim, meio de estabelecer o contraditório com o

³²² Junto à evolução das doutrinas que tratam do livre convencimento e sua motivação, estão a evolução substancial sobre o tema da Sana Crítica já referidos neste trabalho e que tem experimentado uma evolução muito grande quanto a compatibilização da experiência pessoal e da compreensão comum da realidade, notadamente, a realidade particular do Juiz. Veja-se a este respeito: CORREA, Rodrigo Coloma - *¿Realmente importa la sana crítica?*, in Rev. chil. derecho, Santiago, v. 39, n. 3, p. 753-781, 2012.

³²³ Diversos autores têm inclusive pontuado a própria dificuldade de fixação do núcleo controvertido em conta de diferenças objetivas de porte e poder das partes. Logo ainda que se entenda que os ADRs (Alternativa Dispute Resolutions) devam figurar como instrumento de auxílio perante o risco representado pela Erosão identificada o facto é que tais instrumentos devem estar sujeitos a formas de controle para evitar o desequilíbrio. Dois grandes e fundamentais escritos sobre o tema são as clássicas obras GALANTER, Marc - *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, in Law & Society Review, Vol. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, 1974, pp. 95-160 e FELSTINER, William L.F., ABEL, Richard L. e SARAT, Austin - *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming* in Law & Society Review, Vol. 15, No. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation (1980 - 1981), pp. 631/654.

³²⁴ Remetemos à obra de WRÓBLEWSKI, Jerzy - *Legal decision and its justification*, in le raisonnement juridique: actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, nouvelle série, vol. 14, no. 53/54 (mars-juin 1971), pp. 409-419 e CALFURRAPA, RAMÓN BELTRÁN - *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción...*, Ob. Cit., p. 146

pronunciamento judicial. Um exemplo muito interessante e que tem receção pela jurisprudência é o do erro notório, que tem sido adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça como razão de reforma de diversos julgados³²⁵, podendo inclusive ser ampliado o contraditório sobre esse tema no plano recursal³²⁶, trata-se justamente da inversão do eixo de rotação da notoriedade e da afirmação de generalizações amplas, travando sobre a instância uma abertura ao contraditório^{327,328}. Entretanto, a jurisprudência ainda é renitente em afirmar a função do conhecimento privado³²⁹.

Claro que, diante de uma expectativa de validação por coerência, mesmo a articulação do erro notório é claramente paliativa, pois a mobilização de tal instituto nada mais faz do que devolver à instância superior a possibilidade de revisão do Conhecimento Privado mal aplicado. Todavia, ela parte de outra das premissas da doutrina que estuda o problema da fundamentação: a hipótese de que a revisão judicial seria um dos melhores remédios contra os problemas do Conhecimento Privado do Juiz. Ainda que possamos adotar essa perspetiva como verdadeira, o que logicamente faz sentido, o facto é que, diante das críticas que a doutrina jus-sociológica vem desferindo à uma homogeneidade de experiências daqueles que preenchem os quadros da magistratura desde os anos

³²⁵ “E o Supremo Tribunal de Justiça, como tribunal de revista, embora não possa recorrer a presunções judiciais, - pois que o Tribunal, ao afirmar um facto desconhecido porventura por não ter sido incluído na base instrutória, por meio de ilações, com base em juízos de probabilidade, em regras de experiência, em princípios de lógica, está a fazer um julgamento em matéria de facto -, pode censurar o seu uso pela Relação sempre que feito em condições irregulares, quer quanto aos pressupostos, quer quanto ao concreto raciocínio efectuado, nomeadamente atendendo à circunstância de o facto presumido nem sequer ter sido articulado (art.º 664º do Cód. Proc. Civil).” Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, Acórdão nº 07A979, Relator SILVA SALAZAR, Julgado em 24/05/2007

³²⁶ “Neste sentido veja-se o Acórdão do STJ de 9.12.1998 (BMJ 482, p. 68) onde se conclui que ‘erro notório na apreciação da prova é aquele que é de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores, ou seja, quando o homem médio facilmente dele se dá conta’ e o Acórdão do STJ de 12.11.1998 (BMJ 481, p. 325) onde se refere que o erro na apreciação da prova só pode resultar de se ter dado como provado algo que notoriamente está errado, ‘que não pode ter acontecido, ou quando, usando um processo racional e lógico, se retira de um facto dado como provado uma conclusão ilógica, arbitrária e contraditória, ou notoriamente violadora das regras de experiência comum, sendo o erro de interpretação detectável por qualquer pessoa’”. Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, Acórdão nº 202/14.2GAPCR.G2. S1, 5.ª SECÇÃO, Relator HELENA MONIZ, julgado em 08/11/2018.

³²⁷ “É, neste particular, jurisprudência pacífica e constante que cabe nas atribuições deste STJ, não só o controlo do correcto uso, pelas instâncias, do dispositivo do artº. 514º, 1, CPC, na definição do que, em concreto, constitui, ou não, facto notório, mas, também, o próprio conhecimento, de ofício, dos factos notórios.” Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, Acórdão nº 6628/04.2TVLSB.L1.S1, 1.ª SECÇÃO, Relator GREGÓRIO SILVA JESUS, julgado em 10/10/2012

³²⁸ “Nestes termos o que se afirma na fundamentação da resposta ao ponto 19 da matéria de facto é que por ser notório, não no réu em concreto e naquele momento, mas no geral e abstracto, que a ingestão de álcool pode provocar alterações psicomotoras a quem tenha bebido, sempre que se seja registada uma TAS superior à legal, automaticamente se tem por concluído que o acidente resultou, causalmente desse registo de TAS.” Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, nº 96/14.8TBSPS.C1.S1, 2ª SECÇÃO, Relator TOMÉ GOMES, julgado em 24/11/2016.

³²⁹ “É efectivamente através de tais presunções judiciais ou naturais, alicerçadas nas regras da experiência, que as instâncias conseguem alcançar plenamente uma reconstrução integral, sistemática e plenamente compreensível das «situações da vida» subjacentes ao litígio, em todos os aspectos juridicamente relevantes –como manifestamente sucedeu no caso dos autos e está claramente documentado pelas transcrições atrás feitas do acórdão recorrido” Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, nº 1834/03.0TBVRL-A.S1, 7ª SECÇÃO, Relator: LOPES DO REGO, julgado em 08/10/2009.

80, particularmente em Portugal (vide item 3.1 *supra*), a “tábua de salvação” da revisão de instância parece ser uma virtualidade. É dizer, só faz sentido que a instância recursal atue como fiel da balança perante o problema doutrinário da fundamentação e do Conhecimento Privado do Juiz se essa instância for ocupada por representatividade de experiências que satisfaçam a falta de paradigmas de objetividade no uso do conhecimento privado. Em um curto espaço de tempo, ao menos suficiente para equilibrar o processo de deterioração desse campo de fundamentação, tal hipótese parece impossível. No mais, vale ainda destacar que, atingir esse suposto equilíbrio pela democratização de “experiências de mundo”, é tornar o plano jurisdicional em ambiente de embate entre magistrados, o que se imagina como diametralmente distanciado da ideologia sobre o Poder Judiciário da atualidade.

Repise-se ainda que o Conhecimento Privado do Juiz da Era da Pós-Verdade faz com que os conceitos de STEIN e CALAMANDREI (respetivamente, negativo e positivo, conforme visto no item 2.3.2 e exemplificado no item 3 *supra*) entrem em declarado conflito. Isso porque, a erosão dos indicados paradigmas objetivos permite que tanto a afirmação quanto a infirmação do uso do Conhecimento Privado sejam operadas sobre o mesmo critério. A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já demonstrou que infirmar o Conhecimento Privado do Juiz com base no próprio Conhecimento Privado do Juiz é passível de operacionalização³³⁰.

Assim, nos parece traçado, ainda que rudimentarmente, o nosso Círculo de Giz Caucasiano em torno do problema sobre a fundamentação judicial e sobre o Conhecimento Privado do Juiz. Ainda que tal instituto tenha promovido amplos e relevantes contributos para o desenvolvimento da função jurisdicional da contemporaneidade, o facto é que a sua capacidade de legitima catalisação processual parece ter chegado a um momento de exaustão, decorrente sobretudo do que agora nomeamos como a *erosão dos paradigmas objetivos do Conhecimento Privado do Juiz*. Se por um lado, a experiência particular precede a experiência social e sobre ela exerce influência, não há como se negar que essas experiências, que se estimam comuns, são baseadas em critérios que se encontram cada vez mais alijados de nossa sociedade. Talvez, para chegarmos a conclusões mais profundas, ainda seja caso de aguardar e ver quem solta a mão da criança primeiro.

³³⁰ “Facto notório é aquele que, para se considerar verdadeiro, não necessita da produção de prova, por ter de se considerar do conhecimento geral, como prescreve o artº 514º do C. P. Civil. Conhecimento geral significa aqui, não um facto que é de fácil percepção, mas sim um facto que é realmente do conhecimento da generalidade das pessoas, sem necessidade de fazer apelo a qualquer atividade lógico-cognitiva ou juízo presuntivo. Para se convencer da existência de um facto notório o julgador não tem de considerar uma presunção judicial, mas apenas de colocar-se na posição do cidadão comum. Ou seja, ver se qualquer cidadão comum conhece o facto em questão. Perante este conceito de facto notório é manifesto que a matéria dos pontos 1 e 2 não integra factos notórios. Como diz a recorrente estes factos são de fácil conhecimento, nomeadamente, através da internet. Admite assim que são de fácil acesso, mas, ao mesmo tempo, que não são do conhecimento geral. E, pelo que consignámos, só estes últimos é que são factos notórios para efeitos do citado artº 514º.” Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, Acórdão nº 9810/036TVLSB.S1, 2ª SECÇÃO Relator BETTENCOURT DE FARIA, Julgado em 15/04/2010

4. Conclusão

A guisa de uma conclusão sintética, elencamos alguns pontos que podem ser colhidos da nossa pesquisa. Tal pesquisa, como destacado, não possuía qualquer pretensão de natureza propositiva, bastando para o presente ciclo de estudos, revisar o tema do Conhecimento Privado do Juiz. Não obstante, a mera intenção de revisar o tema como sua estrutura original de gênero sob o qual residem as espécies dos Factos Notórios e das Máximas de Experiência, ao modo como proposta pela primeira iniciativa de sistematização da lavra de FRIEDRICH STEIN, acabou-se por identificar aspetos interessantes sobretudo no verdadeiro “balão de ensaio” que representa a assim chamada “Era da Pós-Verdade”.

Eis, que podemos traçar alguns itens conclusivos:

i) O Conhecimento Privado do Juiz assume a posição de instituto processual ao longo do Século XIX, notadamente com o movimento de autonomia da ciência, da construção de suas bases epistemológicas e da paulatina adoção do modelo de maioria fundamentação com base no Livre Convencimento (aqui em expressão ampla de todas as variações práticas: *Intime Conviction*, *frei Beweiwürdigung*, *Sana Crítica*, *Livre Convencimento Motivado e etc.*);

ii) O Conhecimento Privado do Juiz, ainda que sujeito a uma visão de cunho “naturalizador” dispersa na doutrina, ora que aderido à sua suposta imanência aos processos racionais decisórios, possui, na cognição do tipo judicial, instrumentalidade técnica de caráter retórico-econômico-eficientista (a qual nomeamos de função Catalisadora do processo decisório), fundada na dialogia entre Legitimidade e Poder dentro do procedimento:

a) Foram identificadas duas correntes doutrinárias dentro daquelas que se dedicam ao estudo do Conhecimento Privado do Juiz: **Corrente Cética** – que aponta os riscos decorrentes do uso do conhecimento privado e que, reconhecendo seu caráter técnico-instrumental, se propõe a reestruturar taxonomicamente as formas de seu exercício pautada em critérios de justiça no manejo desse instituto; e **Corrente Pragmática/Otimista** – que agrupa tanto a parcela doutrinária que reconhece a função prática resolutória no manejo do Conhecimento Privado a despeito dos riscos, por vezes, identificados, quanto a parcela doutrinária que entende que o uso do Conhecimento Privado é uma premissa para o atingimento de valores políticos e sociais pela jurisdição.

iii) A instrumentalidade técnica do Conhecimento Privado do Juiz se desenvolveu sobretudo em conta da exigência de ampliação de atuação do Poder Judiciário experimentada, ao menos na sociedade Ocidental, desde o Século XIX, assumindo este

ubiquidade e dispersão, em clara ampliação da matéria posta ao Juízo. Esse cenário viria a se acelerar na segunda metade do Século XX, especialmente por influência do fenômeno de Acesso à Justiça;

iv) A ampliação da função jurisdicional, em termos de ampliação das matérias colocadas a sua apreciação, gerou a necessidade de estruturação de paradigmas objetivos fundados sobre a dialogia Legitimidade e Poder, reforçando mutuamente um e outro na instrumentalização do Conhecimento Privado do Juiz;

v) A *erosão dos paradigmas objetivos do Conhecimento Privado do Juiz* decorrente da assim chamada “Era da Pós-Verdade” vem representar período histórico em que as bases objetivas para o uso do Conhecimento Privado do Juiz se mostram dia-a-dia mais alijadas no processo de fundamentação;

vi) Ainda que possa ser identificada uma consciência quanto à citada *erosão* dentro da **Corrente Cética**, a sua estratégia de decupagem e taxonomia dos “modos bons ou desejáveis” da fundamentação com o uso do Conhecimento Privado parece não ser sustentável, ora que, prognosticamente, imagina-se que tal cenário de *erosão* tende a aumentar.

Espera-se que o presente estudo sirva de algum modo para novas abordagens sobre o Conhecimento Privado do Juiz especialmente sobre essa mirada que se propõe e dos desafios que se avizinham.

5. Referências Bibliográficas

ABÍLIO NETO - *Código de Processo Civil Anotado*, 17ª Edição, Lisboa, Edifórum

ALEXY, Robert - *Teoria da argumentação jurídica, a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy Editora, 2001.

ARENHART, Sergio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme - *Prova e Convicção*, 3ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015

AUSTIN, John - *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Londres, vol. 1, 1879

BAGGINI, Julian - *A Short History of Truth*, London, Quercus Editions, 2017

BARBOSA DE MAGALHÃES, J. M. - *A distinção entre Matéria de Facto e de Direito em processo civil, a interpretação dos negócios jurídicos e a competência do Supremo Tribunal de Justiça*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1958.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos - *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo, Saraiva, 1984

_____ - *As presunções e a Prova*, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1977

_____ - *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, in *Temas de direito processual*, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980

BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico - *Facto Notório: revisão crítica diante da difusão digital de conhecimento*. 2022. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, no prelo, JusPodivm

BEDAQUE, José Roberto dos Santos - *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

_____ - *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed.. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

BELLIN, Jeffrey; GUTHRIE FERGUSON, Andrew - *Trial by google: judicial notice in the information age*, in *North Western University Law Review*, Vol. 108, nº. 4, 2014.

BRONZE, Fernando José - *Lições de introdução ao direito*. 3ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019.

CALAMANDREI, Piero - *Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados*, Ed. Pilaes, São Paulo, 2013

_____ - *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v.1

_____ - *Per la definizione del Facto Notório*, in *Rivista di diritto processuale civile*, a. 2, n. 4, 1925

- CALFURRAPA, Ramón Beltrán - *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional*, in Revista Ius et Praxis Talca, Chile, 2021
- CAMBI, Eduardo - *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo, Editora RT, 2006.
- CAPELETTI, Mauro - *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, Revista de Processo. v. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977
- CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant - *Acesso à Justiça*, 1ª reimpressão, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002
- CARPI, Frederico; TARUFFO, Michele - *Commentário Breve al Codice di Procedura Civile*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 2006
- CASTRO MENDES, João de - *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Edições Ática, 1961
- CESAR DE AGUIAR, Julio - *Análise Comportamental do Direito*, São Paulo, Almedina, 2020
- CHAYES, Abram - *The role of the judge in public law litigation*, in Harvard Law Review, vol. 89, n. 7, 1976
- COMOGLIO, Luigi Paolo - *Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del facto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2018
- CORREA, Rodrigo Coloma - *¿Realmente importa la sana crítica?*, in Rev. chil. derecho, Santiago, v. 39, n. 3, p. 753-781, 2012
- COUTURE, Eduardo - *Estudios de derecho procesal civil*, tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1979
- D'ANCONA, Matthew - *Post-Truth*, London, Ebury Press, 2017
- DE FREITAS, Lebre e Alexandre, Isabel - *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2021
- DE FREITAS, Lebre, *Introdução ao Processo Civil conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993
- DE SOUSA, Teixeira - *Estudos sobre o novo processo civil*, Coimbra, Almedina, 1997
- DINAMARCO, Candido Rangel - *A Instrumentalidade do Processo*, 14ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2013
- _____ - *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª Ed., São Paulo, Malheiros, Vol. 3, 2002
- DINAMARCO, Candido Rangel; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini - *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros Ed., 2003
- DO REGO, Lopes - *O princípio dispositivo e os poderes de controlo do juiz no momento da sentença*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

- EMPOLI, Giuliano da - *Os engenheiros do caos*, São Paulo, Vestígio Editora, 2019
- ENGEL, Christoph - *Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit*, in Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, n.º 2001/9, MaxPlanck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn
- ENGISH, Karl - *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001
- FARIA DE ANDRADE, Ana Margarida - *A prova por presunção no direito civil e processual civil as presunções judiciais e o recurso ao senso comum e às máximas da experiência*, Dissertação elaborada para a obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídico- Processuais, Universidade autónoma de Lisboa, 2016
- FARIA, José Eduardo - *Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil*, texto originalmente preparado para o seminário "Direito e Justiça no Século XXI", Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003
- FELSTINER, William L.F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin - *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, in *Law & Society Review*, Vol. 15, No. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation (1980 - 1981),
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª Ed. São Paulo, Atlas, 2003
- FISS, Owen, *The forms of justice*, in *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979
- FONSECA DA COSTA, Eduardo José - *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, Salvador: Ed. Juspodivm, 2018
- FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo, *Factos Notórios e Máximas de Experiência*, in *Revista Forense*, Vol. 376, ano 100, nov/dez 2004
- GALANTER, Marc - *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, in *Law & Society Review*, Vol. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, 1974
- GARAPON, Antoine - *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Revan, 2001
- GASCÓN ABELLÁN, Marina - *La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación*, España: Universidad de Castilla la Mancha
- GRIFFIN, Lissa - *Judging during Crises: Can Judges Protect the Facts*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 50, no. 4, Summer 2019
- HAAS, Georg Alexander - *Internetquellen im Zivilprozess*, Berlin, Springer, 2019
- HENRIQUES DA COSTA, Susana - *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o*

- mínimo existencial: relação direito e processo*, in Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe; Susana Henriques da Costa. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017
- HESPANHA, António Manuel - *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés - *Derecho y Justicia en el Siglo XXI: mas difícil todavía*, in Revista de Estudios de la Justicia, n.º 5, 2004
- JUDGE, Elizabeth F. - *Curious judge: judicial notice of facts, independent judicial research, and the impact of the internet*, in Annual Review Of Civil Litigation, Cardwell, 2012
- KAHNEMAN, Daniel V. e TVERSKY, Amos - *Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty*, J Risk Uncertainty 5, 297–323, 1992
- _____ - *Prospect theory*, *Econometrica*, Vol. 47, n.º. 2, Mar., 1979
- KAUFMANN, Arthur - *A problemática da filosofia do direito do longo da história*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002
- KEYES, Ralph - *The Post-Truth Era*, New York, St. Martin's Press, 2004
- KNIJNIK, Danilo - *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, Revista Forense, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001
- LAGIER, Daniel Gonzales - *Argumentacion y Prueba Judicial*, in *Estudios sobre la prueba*, serie Estado de Derecho e Función Judicial, Instiuto de Investigaciones jurídicas, Univ. Nac. Autónoma de México, 2006
- LEVITIN, Daniel J. - *Weaponized Lies: How to Think Critically in the Post-Truth Era*, New York, Dutton, 2016
- LIMA LOPES, José Reinaldo de - *Uma Introdução à História Social e Política do Processo*, in Fundamentos de História do Direito, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- LIMA REGO, Margarida - *Decisões em Ambiente de Incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais*, Rev. Julgar, n.º 21, Coimbra, Coimbra Ed. 2013
- LIMARDO, Alan - *Repensando Las Máximas De Experiencia*, in Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning Año 2021, n.º 2 pp. 115-153
- LINS, Ricardo de; COSTA, Horta Alexandre Araújo - *Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade*, in Cadernos Adenauer, xviii, nº1, 2017
- LIU, H. Albert; TRAN, Jasper L. - *Internet (Re)Search by Judges, Jurors, and Lawyers*, in IP

- Theory: Vol. 9: Iss. 1, Article 1, 2019
- LOBO XAVIER, Rita - *Os princípios do processo nos "princípios orientadores" da Proposta da Comissão de Reforma do CPC*, RMP/Cadernos, II/2012
- LUHMANN, Niklas - *Legitimação pelo Procedimento*, trad. Mara da Conceição Côrte-Real, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980
- MARQUES MARTINS, João - *Reglas De La Experiencia Concepto, Tipología, Formación Y Validez*, 2018, em linha <http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1605_A/João_Marques_Martins.pdf>
- MAUS, Ingeborg - *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. in Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002
- MCCOMISKEY, Bruce - *Post-Truth Rhetoric and Composition*, Boulder, CO, University Press of Colorado, 2017
- MCINTYRE, Lee - *Post-Truth*, Cambridge, MIT Press, 2018
- MICHEL, Gian Antonio; TARUFFO, Michele - "*A prova*", in Revista de Processo (Revista dos Tribunais), out/dez 1979.
- MONTESQUIEU - *O espírito das leis*, São Paulo, Martins Fontes, 1996
- NEVES, António Castanheira - *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2003
- _____ - *Sumários de Processo Criminal*, 1967/68
- NIEVA FENOLL, Jordi - *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*, Barcelona, Revist InDret, 03.2020, em linha <<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1549.pdf>>
- _____ - *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010
- _____ - *Las Materias Extrajurídicas y el Estudio del Proceso en Michele Taruffo*, Revista ítalo-española de derecho procesal, Vol. 1, 2021
- NUNES, Dierle - *Processo Civil, Vieses Cognitivos e Tecnologia: Alguns Desafios*, in Panorama atual do Novo CPC, Vol. 3, coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira, Ed. Tiratn lo banch, 2019
- NUNES, Dierle; COELHO MARQUES, Ana Luiza Pinto - *Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas*, in Revista de Processo, vol. 285, p. 421 – 447, nov. 2018
- NUNES, Dierle; LUD, Natanel e PEDRON, Flávio - *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o*

- debiasing*, 3ª Edição, Salvador: JusPodivm, 2022
- PALAIA, Nelson - *O Facto Notório*, São Paulo: Saraiva, 1997
- PEIXOTO, Ravi - *As regras de experiência, os deveres de justificação e os limites à discricionariedade do convencimento judicial*, in *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, vol. 320/2021
- PICÓ I JUNOY, Juan - *El juez y la prueba - Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007
- PINTO, Rui - *Notas ao Código de Processo Civil*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2014
- PIRES DE SOUZA, Luís Felipe - *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017
- PITÃO, José António de França e Pitão, Gustavo França - *Código de Processo Civil Anotado*, Lisboa, Ed. Quid Juris, Tomo I, 2016,
- POPPER, Karl R. - *The Open Society And Its Enemies*, Volumes I and II, 1962. Fifth edition (revised) 1966
- PRINCIPE CREDIDIO, Georgius Luís Argentinini - *O controle da aplicação das regras de experiência no direito processual civil sob a perspectiva do dever de motivação das decisões judiciais (Art.93, inc. IX, da CR)*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, Recife, 2010
- PROTO PISANI, Andrea - *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli, Jovene, 1999
- REALE, Miguel - *Para uma hermenêutica jurídica estrutural*, in *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, 72(1), 1977
- RIBEIRO, Ricardo - *Preferências, Custos da Decisão e Normas Jurídicas no Processo Decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos*, in *Economic Analysis of Law Review*, vol.2, Jul-Dez, 2011
- ROSITO, Francisco - *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007
- SAWYER, Michael E. - *Post-Truth, Social Media and the “Real” as Pahntasm*, in *Relativism and Post-Truth in Contemporary Society*, 2021.
- SILVA PEREIRA, Fernando - *A responsabilidade Probatória das Partes no Atual Modelo Processual*, Coimbra, Almedina, 2019
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti - *As máximas de experiência no processo civil*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, Vitória, 2009
- SOBA BRACESCO, Ignacio M. - *Prueba pericial y conocimiento privado del juez: entre el*

- optimismo y la deferência*, in Revista de Ciencias Sociales, n.º 78, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2021
- STEIN, Friedrich - *El conocimiento privado del juez*, Santiago-Chile Bogotá-Colômbia, Ed. Themis e Olejnik, 2018
- STENMARK, Mikael; FULLER, Steve; ZACKARIASSON, Ulf - *Relativism and Post-Truth in Contemporary Society*, London, Palgrave Macmillan, 2018
- STREK, Lenio Luiz - *Hermeneutica Juridica e(m) Crise*. 11ª. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014
- TARUFFO, Michele - *l fatto e l'interpretazione*, in Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 195-208, jul./dez. 2010
- _____ - *A prova*, trad. João Gabriel Couto, São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____ - *Contributo Allo Studio delle Massime d'Esperienza*, Tesi di Laurea, Roma La Sapienza, 1964.
- _____ - *Senso Comum, Experiência E Ciência No Raciocínio Do Juiz*, in Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 2, n.º 2, julho-dezembro, 2001, p. 171-204.
- _____ - *Uma Simples Verdade: O Juiz e a construção dos factos*, São Paulo, Marcial Pons, 2016
- TRINDADE, Cláudia Sofia Alves - *A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil*, Presunções judiciais e Regras de Experiência, Almedina, 2016
- UNTIVEROS, Miguel Ángel León - *Análisis lógico de las máximas de la experiencia en la jurisprudencia Peruana*, UPeCEN, Noviembre de 2019, Huancayo – Perú
- VIANNA, Luís Werneck - *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- MUFFATO, Nicola - *Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia*, in Revista Derecho & Sociedad, n.º 57, pp. 1-38, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021
- WALTER, Gerhard - *Libre Apreciación de la prueba*, Bogotá, Ed. Temis, 1985
- WATANABE, Kazuo - *Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade*, Revista da Escola Paulista da Magistratura v. 1 (1996): p. 149-151.
- _____ - *Da cognição no processo civil*, 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005
- WRÓBLEWSKI, Jerzy - *Legal decision and its justification*, in le raisonnement juridique: actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, nouvelle série, vol. 14, no. 53/54 (mars-juin 1971)