

OS FUNDAMENTOS DA PROVA

RONALD J. ALLEN

Organização e seleção:

CARMEN VÁZQUEZ E
VITOR DE PAULA RAMOS

Tradução e Revisão:

VICTÓRIA PASQUALOTTO E
AUGUSTO CABALLERO FLECK

2025

CAPÍTULO 5

COMPLEXIDADE, A GERAÇÃO DE CONHECIMENTO JURÍDICO E O FUTURO DO PROCESSO

Publicado originalmente como:

ALLEN, Ronald J. Complexity, the Generation of Legal Knowledge, and the Future of Litigation. *UCLA Law Review*, v. 60, p. 1384, 2013.

INTRODUÇÃO

Como pessoas tão diferentes como Yogi BERRA e Niels BOHR nos têm recordado periodicamente, previsões, especialmente sobre o futuro, são difíceis.¹ Embora eu esteja bastante confiante de que o processo moderno tem futuro, e provavelmente um bastante robusto, estou consideravelmente mais hesitante quanto aos seus contornos. Estou bastante convencido, em contrapartida, acerca da razão pela qual não tenho confiança em qualquer prognóstico, e a resposta é muito simples: a complexidade. As previsões andam de mãos dadas com a complexidade computacional. De um modo geral, à medida que o número de variáveis envolvidas em um problema e suas potenciais formas de interação diminuem, a capacidade de prever e calcular

1. BERRA; KAPLAN, 2001:159. ("O futuro não é aquilo que costumava ser."); ELLIS, 1970: 431 (citando BOHR ao dizer, "Previsões são muito difíceis, especialmente sobre o futuro"). Repare que a atribuição dessa passagem a BOHR é controversa. Ver, por exemplo, PORS, 2007.

resultados aumenta, mas o inverso é igualmente verdadeiro. Creio ser verdade que a maioria das questões humanas envolvem inúmeras variáveis com interações desconhecidas. Assim, o desafio central da condição humana é domar a complexidade desconcertante e hostil do universo, e é precisamente este fenômeno que gerou as muitas ferramentas úteis que preenchem as caixas de ferramentas cognitivas e da racionalidade.²

Uma das mais poderosas dessas ferramentas é a generalização e a dedução diretas, precisamente pela razão apontada no início deste artigo. Se uma pessoa conseguir determinar as condições necessárias ou suficientes para os eventos – em outras palavras, se uma pessoa conseguir construir aquilo que normalmente se tem por uma regra – as previsões tornam-se mais fáceis, o futuro se apresenta de forma ordenada e a probabilidade de sobrevivência aumenta consideravelmente. Isso sugere que o estímulo para o raciocínio baseado em regras pode ser uma configuração de fábrica dos seres humanos. Se a sua prole desce para o rio e é comida por jacarés, mas você não faz uma generalização a partir disso, é provável que os seus genes se extingam rapidamente.

É possível observar a influência desse modo de pensar em grande parte dos estudos jurídicos, tanto no trabalho doutrinário convencional como no *law and economics*, que tem sido o principal rival dos estudos jurídicos convencionais nos últimos cinquenta anos.³ A metodologia principal do trabalho doutrinário envolve ordenar os materiais jurídicos de uma forma organizada e útil, indicando implicações lógicas e potenciais contradições. Embora eu duvide que os seus praticantes pensem de forma explícita nos termos que estou aqui empregando, eles estão implicitamente modelando seus fenômenos como estáticos e passíveis de ordenação e manipulação de cima para baixo. Essa caracterização não é de modo algum depreciativa. Os grandes avanços jurídicos dos primeiros cinquenta anos do século XX foram, em grande parte, desse tipo, e estão incorporados nos grandes tratados sobre Prova, Responsabilidade Civil, Contratos, Propriedade,

2. Ver ALLEN, 2011: 1047.

3. Os estudos jurídicos empíricos podem ser a nova tendência no ensino jurídico, fornecendo novas questões interessantes.

e assim por diante⁴ De maneira interessante, essa mesma abordagem orienta a física de partículas, campo que alguns consideram ser a história de maior sucesso nos anais do conhecimento⁵ embora aqui o conhecimento esteja registrado em experimentos bem-sucedidos em vez de tratados.

Embora *law and economics* seja frequentemente visto como um ramo que desafia a abordagem básica dos estudos jurídicos convencionais, em verdade ambos são metodologicamente muito parecidos. A principal diferença reside na origem do modelo que está sendo desenvolvido de forma ordenada. Nos estudos jurídicos convencionais, ele provém da lógica das próprias fontes do direito, embora essa lógica seja por vezes criticada a partir de um ponto de vista normativo externo. No *law and economics*, provém em grande parte da otimização da utilidade, tal como exposta pela microeconomia da Escola de Chicago, cuja consequência é que um conjunto de disposições jurídicas será ou não economicamente racional por referência a uma determinada conceção dessa frase.⁶

Ambas as abordagens dos estudos jurídicos também partilham importantes semelhanças metodológicas quanto a um aspecto do debate jurídico dos últimos cinquenta anos, o debate Hart-Dworkin, e, em particular, o conceito de DWORKIN do direito como integridade. Os estudos jurídicos convencionais adotam implicitamente a ideia de que as áreas complexas podem ser ordenadas, tal como o faz o direito como integridade. E *law and economics*, de um lado, e o direito como integridade, de outro, abraçam as potencialidades das teorias globais de cima para baixo e dedutivas como meio de ordenar esses domínios complexos.

Embora, mais uma vez, eu duvide que muitos praticantes de qualquer uma das artes pensem nesses termos, se essas abordagens forem semelhantes e, por conseguinte, tiverem o *imprimatur* de

4. Ver amplamente, por exemplo, AMERICAN LAW OF PROPERTY; ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS; W. PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON TORTS; JOHN HENRY WIGMORE, WIGMORE ON EVIDENCE.

5. Ver, por exemplo, KRAUSS, 2012 (descrevendo a busca pela partícula de Higgs como uma das mais notáveis aventuras intelectuais na história da humanidade"); MUKUNTH, 2012.

6. Ver, por exemplo, ESKRIDGE JR., 1986: 691.

histórias espetaculares de sucesso como a física, o que poderia haver de errado em imitar sua metodologia? Bastante coisa. Fornecerei dois exemplos – um apócrifo e outro real – que demonstram os limites das abordagens dedutivas e vinculadas a regras. Em seguida, abordarei como o debate sobre as decisões recentes da Suprema Corte nos casos *Iqbal*⁷ e *Twombly*⁸ incorporam as lições dos exemplos. Abordarei, depois, uma recente explicação econômica das questões processuais e do direito como integridade para explorar melhor os dois exemplos de abordagens vinculadas a regras que demonstram os limites dessa metodologia. Concluo com algumas observações sobre o que poderá ser a alternativa a estas abordagens.

I. OS LIMITES DAS ABORDAGENS DEDUTIVAS

Primeiro, o exemplo dito apócrifo dos limites do raciocínio dedutivo de cima para baixo. Suponha-se que uma pessoa que desejasse demonstrar o poder das leis causais da física fosse indagada se poderia prever se uma determinada molécula de água em uma nascente no topo de uma montanha poderia descer até sua base.⁹ “É claro que isso é teoricamente possível”, seria a resposta, “todas as interações físicas se dão em função de leis bastante conhecidas e previsíveis. Tudo o que é preciso saber é a posição inicial e o *momentum* da molécula de água e poderemos prever com certeza onde é que ela vai parar.”¹⁰ “Mas”, respondeu um cético, “você não precisaria também saber a configuração do leito do rio e a turbulência que isso pode causar?” “Teoricamente, sim, mas vamos modelar isto como uma molécula de água a fluir por uma superfície perfeitamente plana e reta.”

“Mas”, diz novamente a voz cética, “você não precisaria também saber a posição inicial e o *momentum* de todas as outras moléculas de água que possam interagir com a molécula cuja trajetória estamos mapeando, e não há trilhões e trilhões moléculas?” “É claro, existem

7. *Ashcroft and Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009).

8. *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

9. Nenhum especialista em física faria isso, é claro. Estou apenas me valendo dessa história para fazer minhas observações sobre a construção de modelos.

10. Para os conhecedores da física, é evidente que os princípios da incerteza podem entrar no caminho, mas deixaremos isso de lado.

tantas que não podem ser computacionalmente tratáveis, por isso é que agora precisamos construir um modelo envolvendo uma superfície perfeitamente plana e com moléculas de água cujo *momentum* inicial resulte em nada mais do que a força da gravidade puxando essa molécula de água pela superfície perfeitamente plana e reta.” O cético indaga novamente: “Esses são todos os ajustes que temos de fazer? E as condições climáticas? Uma mudança climática, e nesses termos, as interações da molécula de água com as partículas gasosas não afetariam as coisas?” “Mais uma vez, você tem razão, por isso temos de acrescentar ao modelo condições atmosféricas perfeitamente estáveis e imutáveis. Esse deve ser o ajuste final que precisamos fazer”. “Acho que não”, poderia o cético acrescentar, “não é possível que a nossa molécula específica se evapore e nunca chegue de fato na base da nascente?” “É claro que sim, por isso obviamente temos de acrescentar que tudo isto está acontecendo em um sistema fechado, sem interação entre o rio e a atmosfera.” “Em síntese, você realmente não faz ideia onde uma molécula irá parar, e não há meio de descobrir isso. É isso?” prossegue o cético. “Como eu disse, em teoria é possível, e comecei a criar um modelo para fazê-lo”.

É precisamente o tipo de considerações latentes no exemplo acima que levou ao campo da dinâmica dos fluidos,¹¹ que emprega numerosas aproximações que, no conjunto, permitem fazer previsões úteis, mas sempre imprecisas, sobre o movimento das partículas nos fluí¹² No caso da molécula de água, por exemplo, se alguém fosse efetivamente forçado a fazer uma previsão sobre o local onde uma molécula poderia parar, a previsão seria que a molécula de água específica acabaria na margem do rio ou noutra obstrução qualquer, no ar ou na base da colina. Ao mesmo tempo, é possível obter previsões e controle bastante precisos do fluxo e do movimento de líquidos e gases. A dinâmica dos fluidos abrange o ambiente dinâmico, mas às custas de previsões muito menos precisas sobre as partículas, o que não é o seu foco, em parte pela futilidade de um objetivo como esse.

11. Digo "levou" metaforicamente, não cronologicamente. Pessoas que estudam as forças físicas se valem de diferentes tipos de instrumentos para lidar com diferentes tipos de tarefas.

12. Ver, por exemplo, ROACHE, 1997: 123-160, "Considero aqui apenas uma estimativa de erro *a posteriori*, sendo da opinião de que uma estimativa útil *a priori* não é possível para problemas não triviais da mecânica dos fluidos."

Considere outro caso que se tornou um dos meus exemplos favoritos da diferença crítica entre soluções computáveis e não computáveis para problemas, porque mostra que as soluções não computáveis podem mesmo assim gerar resultados muito precisos.¹³ A indústria têxtil alimentou a revolução industrial na Inglaterra. As máquinas a vapor forneceram uma fonte abundante de energia necessária para produzir tecidos, mas, para além disso, a produção precisava ser constante. O rendimento de uma máquina a vapor é, no entanto, bastante variável. Ele depende de muitas coisas, incluindo as condições climáticas e o calor do fogo. A adição de um volante de motor ajudou a manter a constância, mas não o suficiente. Era necessário fazer pequenos ajustes a todo momento. A solução para este problema poderia ser computacional:

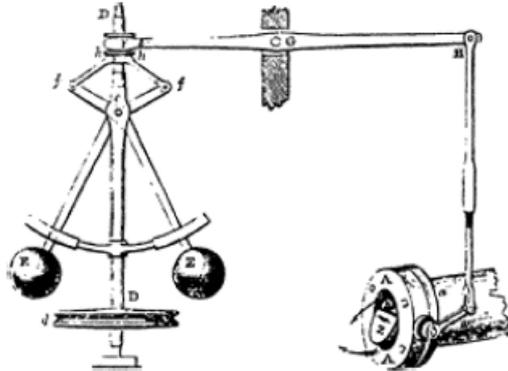
1. Aferir a velocidade do volante do motor.
2. Comparar a velocidade efetiva com a velocidade almejada.
3. Se não houver discrepância, voltar ao passo 1. Do contrário:
 - a) Aferir a pressão do vapor atual;
 - b) Calcular a alteração desejada na pressão do vapor;
 - c) Calcular o ajuste necessário na válvula de regulagem.
4. Fazer o ajuste na válvula de regulagem.
5. Voltar ao passo 1.

Infelizmente, essa solução computacional requer uma pessoa para fazê-la e pode ainda falhar; ela envolve também passos iterativos intermináveis efetuados ao longo do tempo. Em 1788, James Watt inventou o regulador centrífugo que resolveu o problema mecanicamente. Ele colocou braços móveis em um eixo no centro do volante do motor, cujo movimento é transferido instantaneamente para a válvula reguladora do fluxo de vapor.¹⁴ Quando o do motor acelera, os braços estendem-se e, quando diminui, os braços retraem-se e a válvula abre e fecha até atingir a calibração correta. Aqui está uma imagem:

13. Devo o exemplo e imagem abaixo a VAN GELDER, 1995: 347-350.

14. HILLS, 2005: 58-65.

Figura 1. O regulador centrífugo de Watt¹⁵



Grande parte da lei é redigida como se uma solução computacional, semelhante à primeira opção para regular a velocidade do volante do motor, estivesse disponível para resolver qualquer problema que se esteja regulando. Em verdade, regras estáticas funcionam muitas vezes bastante bem. Nos últimos vinte e cinco anos, surgiu uma vasta literatura que justifica essa visão das regras,¹⁶ argumentando essencialmente que os erros relativos à sobreinclusão e à subinclusão são o preço a pagar pela estabilidade social que advém de regras com contornos rígidos. Mas, é claro, grande parte do primeiro ano do curso de Direito é dedicado a afastar essas ideias da mente dos nossos alunos. É dada uma regra, seguida de um caso difícil que põe à prova o significado da regra. A abordagem processual do currículo do primeiro ano é uma rejeição enfática do positivismo rígido (ou seja, do formalismo jurídico), independentemente do que alguém possa pensar enquanto está envolvido nessa forma de ensino. Mas o ponto crucial aqui é que, à nossa volta, vemos a luta contra a complexidade, quer

15. VAN GELDER, 1995: 349, *supra*, nota 13, figura 1.

16. Ver, por exemplo, ALEXANDER; SHERWIN: 2001; SCHAUER, 1991; ver, também, GOLDMAN, 2004.

das forças físicas ou da condição humana. Nesse esforço, as regras são ferramentas maravilhosas quando aplicadas ao seu domínio próprio, mas não tão maravilhosas quando se pede para alcançar aquilo que, para regras, é impossível.

II. IQBAL E TWOMBLY COMO PROVA DOS LIMITES DAS NORMAS

Compreender os limites das regras ilumina o debate sobre o que a Suprema Corte fez em *Iqbal* e *Twombly*. As críticas habituais, incluindo as de YEAZELL,¹⁷ são que a corte substituiu a regra anterior por uma nova regra e o fez sem utilizar o procedimento criado pelo *Rules Enabling Act*, que exige esforços consultivos em grande escala, bem como comentários e *feedbacks* públicos¹⁸ Além disso, a nova regra estava normativamente desfigurada, ao ter criado difíceis obstáculos que alguns casos plausivelmente poderão não conseguir superar. Começaremos pelos dois primeiros pontos: o fato de a corte ter criado uma nova regra e não ter recorrido ao processo de elaboração de regras. Trata-se, de fato, de pontos bastante diferentes. Em minha opinião, o primeiro está errado e o segundo é interessante, independentemente da falsidade do primeiro. O terceiro ponto é equivocado, como explicarei.

A *Federal Rule of Civil Procedure* 8 exige uma declaração clara e sucinta demonstrando que o autor tem direito a uma indenização. A corte interpretou essa regra em *Conley*¹⁹ como significando que o réu tinha de mostrar não haver conjunto concebível de fatos compatíveis com a indenização do autor, o que significa (assumindo que a regra é coerente, o que pode não ser o caso) que o autor só tinha de cumprir com os testes de lógica e materialidade.²⁰ A petição inicial articulava uma causa de pedir existente no mundo real? Foram referidos todos os componentes necessários dessa causa de pedir? A corte rejeitou esse teste como um teste universal nos casos *Iqbal/Twombly*,

17. CLERMONT; YEAZELL, 2009: 821.

18. 28 U.S.C. §§ 2071-2077 (2006).

19. *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 45-46 (1957).

20. *Id.*

afirmando, em vez disso, que a petição inicial tinha de veicular uma pretensão à indenização plausível. Muito do que a corte disse sobre esse teste não faz sentido algum²¹ (por isso meu último parêntesis propõe a incoerência como uma possível explicação das coisas). Mas parece claro, e vou pressupô-lo, que isso significa pelo menos o que muitos dos críticos dos casos dizem que significa: que alguns autores têm de fazer mais em suas petições do que meramente afirmar verdades lógicas. Os autores devem, além disso, demonstrar uma probabilidade realista de ganhar com base nos fatos. Isso significa que alguns casos que antes teriam passado da fase de dedução das alegações para a fase da *discovery*, já não passarão e serão retirados do sistema a partir de requerimentos fundados na *Rule 12*. Concordo com isso até certo ponto. Todavia, os críticos negligenciaram o caso *Erickson*²² que foi decidido na mesma época de *Iqbal/Twombly*, para o qual a única explicação é de que a corte aplicou o teste *Conley*. O que precisa ser explicado, então, não é apenas o aparente comportamento de lobo solitário da corte em *Iqbal/Twombly*, mas também a sua igualmente aparente e simultânea reafirmação do teste *Conley*, que é muito apreciado (por alguns).

A comunidade do processo civil, em sua maioria, parece não ter prestado atenção nessa confluência de acontecimentos, mas é precisamente aqui que as coisas se tornam interessantes. O que poderia explicar o que a corte fez e a reação da comunidade a isso? A resposta poderá ser que a corte estava compreendendo o processo como uma entidade dinâmica em vez de estática, cuja regulação pode ser impedida pelo conceito rígido de regra em que a comunidade insistia.

Não obstante as lições da escola de processo e os esforços dos professores do primeiro ano, os seres humanos em geral – e talvez os seres humanos com formação jurídica ainda mais – tendem a pensar nas regras como enunciações de condições necessárias e suficientes a partir das quais se podem deduzir soluções para os problemas. É daqui que vem o caráter rígido das regras. Como referi, esse ponto de vista provavelmente tem vantagens de sobrevivência, que estão

21. ALLEN; GUY, 2010: 33-37

22. *Erickson v. Pardus*, 551 U.S. 89, 93-94 (2007) (*per curiam*).

enraizadas em nossos cérebros.²³ A reação da comunidade a *Iqbal/Twombly* parte dessa perspectiva. A *Rule 8* é uma regra e tornou-se ainda semelhante a uma regra com a glosa de *Conley*. Muitos reagiram com indignação, perguntando-se como é que a corte podia se livrar dessa regra sem mais nem menos. Bom, as regras têm objetivos, e o que acontece quando os pressupostos em que uma regra se baseia já não se aplicam? Aplica-se a regra quando os seus fundamentos sofreram erosão, ou constrói-se uma regra diferente *sub silencio*? Essa é a questão que, em minha opinião, deveria ter repercutido na comunidade. Em vez disso, ela foi inundada de reclamações de falta de fidelidade da corte ao processo de elaboração das regras.²⁴

A razão pela qual essa questão deveria ter repercutido na comunidade é o fato de, em muitos aspectos, o processo moderno não se enquadrar nos pressupostos que os redatores das regras conceberam na década de 1930. Os redatores partiram do princípio de que os problemas eram a complexidade processual e os custos de transação associados. A solução, assim, seria e que a solução era chegar a uma *discovery* barata e de fácil acesso, em que os custos tenderiam a ser simétricos entre as partes, em parte porque a informação relevante o era. Atualmente, em alguns casos, esses pressupostos podem ser válidos, o que explica a decisão da corte em *Erickson*. Mas em outros casos, os pressupostos não se mantêm – *Iqbal* e *Twombly* são exemplos paradigmáticos disso. Em *Iqbal*, a aplicação da regra normal tinha o potencial de comprometer seriamente importantes funções do Estado, impedindo não só o curso normal das atividades do Departamento de Justiça, mas também a resposta do país a ameaças terroristas. Em *Twombly*, deixar um autor passar da fase de apresentação de alegações implicava enormes custos assimétricos com capacidade de gerar resultados dramaticamente sub otimizadas, porque mesmo os réus sem culpa não podiam suportar os custos draconianos da *discovery* daí resultante. É perfeitamente plausível ver que a aplicação da glosa de *Conley*, em um contexto como esse, equivaleria à criação

23. Para uma elaboração da importância disso, ver ALLEN, 2011, *supra*, nota 2 e ALLEN; GUY, 2010: 22, *supra*, nota 21.

24. A voz que clama no deserto é a de ALLEN; GUY, 2010, *supra*, nota 21, mas nenhum de nós é membro de carteirinha da comunidade do processo civil.

de uma regra nova, que teria potencialmente consequências muito contraproducentes. Uma das esquisitices das visões atuais da comunidade sobre o problema das alegações é o fato de a glosa de *Conley* ser apenas isso – uma glosa à regra, e não a regra em si mesma. A estranheza vem do fato de se criticar um caso por referência a outro.

Em vez de criar uma tempestade de críticas pela falha da corte em aplicar *Conley* quando, muito razoavelmente, não era aplicável mesmo, esses casos poderiam ter gerado reflexão teórica sobre a natureza das regras e os seus limites. É aqui que o segundo ponto de YEAZELL se torna crítico e porque, em minha opinião, o futuro está do seu lado.

Seu segundo ponto é acusar a corte de ter negligenciado o processo de elaboração de regras. Em um certo sentido essa crítica pode ser injusta, uma vez que as exigências do processo são imediatas. Mas em outro sentido ele tem toda a razão, embora essa razão não faça parte das discussões atuais dentro da comunidade. A vantagem do processo de elaboração de regras não reside tanto nos valores atualmente apreciados pela comunidade de conhecimentos especializados e de tempo para refletir, embora esses não sejam de modo algum triviais. A verdadeira vantagem está no fato de o processo de elaboração de regras instanciar uma rede, ou mesmo uma série de redes em interação. Redes, tal como o processamento informático distribuído, têm a capacidade de lidar com quantidades enormes de informação que, de outra forma, seriam computacionalmente intratáveis.²⁵ Então, com todo o respeito a pessoas como YEAZELL, que são verdadeiros especialistas e fazem contribuições relevantes para o processo de elaboração de regras, a verdadeira vantagem do processo consiste no aumento exponencial da capacidade de processar informação de qualquer fonte que as redes proporcionam.²⁶ Ao dizer isso, não menosprezo os aspectos formais do procedimento que a comunidade tem em mente quando critica a corte por tê-lo ignorado. Há que fazer alguma coisa com o conhecimento gerado e isso cabe aos Yeazells do mundo. Mas

25. THAGARD, 1988.

26. Falarei mais sobre as redes adiante. "Redes" são a manifestação atual do ponto textual, mas suas raízes intelectuais remontam à época maravilhosamente criativa da epistemologia em meados do século passado, em que uma das ideias era o aspecto social do conhecimento. Ver LAKATOS; MUSGRAVE, 1970; GOLDMAN, 1999; e TOULMIN, 1972.

o conhecimento que tem de ser processado não se limita a eles; inclui potencialmente qualquer pessoa em qualquer lugar com um ponto de vista ou um dado, que as redes permitem que as pessoas recolham e manipulem eficientemente.²⁷

Iqbal e *Twombly* são, assim, os veículos por meio dos quais a comunidade do processo civil poderia ter começado a abordar o futuro da geração de conhecimento sobre o sistema jurídico, processo que, em minha opinião, deve abranger a distinção entre sistemas estáticos e dinâmicos, aceitar as implicações da complexidade para qualquer sistema baseado em regras, incluindo o sistema jurídico, e começar a pensar sistematicamente sobre as implicações das redes para as estruturas jurídicas. A terceira crítica aos casos, a de que um autor merecedor pode, de fato, não passar da fase de apresentação de alegações, também é posta nitidamente em evidência a partir dessas perspectivas. A comunidade do processo civil e a comunidade da prova estão obcecadas com as implicações dos erros, mas de formas diferentes e com consequências igualmente perversas do ponto de vista social. Como acabo de referir, ela está obcecada com o risco de um autor ser injustamente afastado do tribunal antes de colocar o réu na tarefa da *discovery*. A comunidade das provas, em contraste, está obcecada com a razão de erros no *trial*, em particular, com a minimização do total de erros, a manutenção da igualdade entre autores e réus e o direcionamento dos erros contra o órgão acusador nos processos penais.

É certo que ambas as obsessões têm valor social. Um autor com uma demanda indevidamente rejeitada impõe custos sociais, e há algum valor em tratar autores e réus no processo civil de forma igual e o órgão acusador e os réus de forma desigual no processo penal. Mas um réu processado injustamente (em outras palavras, um réu que de fato não é responsável) tem tanto direito ao nosso respeito como um autor, e é aí que a obsessão pelas provas acerta em cheio. Obrigar réus injustamente a se defenderem é o exato equivalente de impedir um autor merecedor de prosseguir com o processo. Assim, a única pergunta sensata que o processualista deve fazer é exatamente a mesma

27. Redes não são mágicas e nem sempre funcionam da maneira que gostaríamos. Ver, por exemplo, SCHRANK; WHITFORD, 2013.

que é feita pela comunidade das provas: qual é a distribuição dos erros causados por cada estrutura processual?

Mas isso não é bom o suficiente. O sistema jurídico faz parte de um sistema social dinâmico mais vasto. Mesmo que o mundo possa ser heurísticamente dividido em comportamento jurídico (comportamento envolvido na aplicação das regras jurídicas) e comportamento primário (todo o comportamento da vida quotidiana), os dois obviamente influenciam um ao outro. De fato, um dos objetivos do direito e da sua aplicação é afetar diretamente o comportamento primário. As interligações são, contudo, consideravelmente mais profundas. Um comportamento primário planejado de forma inteligente levará em consideração as exigências do comportamento jurídico.²⁸ Uma boa defesa para não ser processado é ter conservado a prova admissível e irrefutável de que não se violou nenhum direito de outrem.

As interligações são, todavia, ainda mais profundas. Muitas disputas são resolvidas à sombra do comportamento jurídico. Um planejador social inteligente, presumivelmente, gostaria de otimizar o resultado total dessas decisões e das decisões tomadas em um *trial*. Ambos os conjuntos envolvem resoluções de disputas jurídicas e distribuições idênticas de bem-estar social. Para dar um exemplo claro, um sistema jurídico completamente desastroso poderia, *a priori*, ser socialmente ótimo devido aos efeitos de incentivo que dá para as pessoas o evitaram. O contrário também pode ser verdadeiro. Em minha opinião, as comunidades processuais e probatórias têm sido muito míopes ao olharem para os seus domínios através da lente das manobras do *pretrial* ou dos resultados no *trial*. A solução que aqui se propõe é para começar a olhar para esses sistemas como os sistemas complexos, dinâmicos e interativos que são, o que é precisamente a razão pela qual *Iqbal* e *Twombly* são tão interessantes.

28. Em dois artigos recentes de Louis KAPLOW, notáveis pela falta de engajamento com a literatura especializada, o autor afirma ter descoberto esse e vários outros pontos que são lugares-comuns no âmbito da prova. Ver KAPLOW, 2012; KAPLOW, 2013; Sobre esse argumento específico, ver ALLEN, 2011; e ALLEN; LAUDAN, 2008; Larry Laudan e Alex Stein também escreveram livros motivados por essa questão. Ver LAUDAN, 2007; PORAT, 2001; e STEIN, 2005.

III. DIFERENTES ABORDAGENS ACADÊMICAS: YEAZELL E KAPLOW

A vantagem da abordagem acadêmica de YEAZELL é o fato de reconhecer, pelo menos implicitamente, muitas das questões referidas acima. É seu apelo às redes implicado pelo processo de elaboração de regras e, assim, também a importância do trabalho empírico, que permite testar suposições *a priori* e previsões baseadas em regras, o que YEAZELL também fez.²⁹ A geração de conhecimentos sobre o sistema jurídico do futuro e a evolução do próprio sistema serão determinadas pelo fato, e pelo reconhecimento por parte dos acadêmicos acerca dele, de que o sistema jurídico é complexo e dinâmico, e deve ser estudado com os instrumentos adequados a esse tipo de sistema. É claro que isso implicará, por vezes, uma visão estática sobre as regras. Em outras ocasiões, contudo, envolverá instrumentos das teorias da complexidade e dos sistemas, empirismo, e as implicações das redes assumirão uma importância cada vez maior.³⁰

Dois trabalhos recentes de Louis KAPLOW contrastam com as sutilezas da abordagem de YEAZELL acerca da compreensão da natureza do sistema jurídico. Um examina a dinâmica do *pretrial* em geral e o outro examina os ônus da prova explicitamente de um ponto de vista de bem-estar social.³¹ Embora análise econômica e análise doutrinária do direito sejam frequentemente vistas como antitéticas e concorrentes, o trabalho padrão de *law and economics*, como o de KAPLOW, é o epitome do raciocínio baseado em regras. Ele normalmente parte de uma única regra – maximização do bem-estar, prevenção de custos, algum tipo de eficiência – e então segue rigorosamente a lógica da questão.³² Em ambientes simples, essa pode ser uma estratégia eficaz. Em ambientes complexos normalmente não o é. KAPLOW aplica esta

29. Ver, por exemplo, CLERMONT; YEAZELL, 2009, *supra*, nota 17.

30. Uma boa introdução sobre a parte geral das redes é NEWMAN; BARABÁSI; WATTS, 2011; uma boa introdução à teoria da complexidade é CASTI, 1944.

31. KAPLOW, 2012, *supra*, nota 28. KAPLOW, 2013, *supra*, nota 28.

32. "O método deste artigo consiste em perguntar quais são as regras processuais que melhor promovem o bem-estar, em que as duas considerações centrais são os efeitos do sistema jurídico sobre o comportamento – dissuasão de condutas e relaxamento de atividades desejáveis – e o custos totais do sistema." KAPLOW, 2013: 1187, *supra*, nota 28.

lógica a um ambiente muito complexo e, como resultado, a análise é, literalmente, inútil para prever ou prescrever qualquer coisa interessante sobre o sistema jurídico. Ele é como o físico teórico que não consegue dizer nada de útil sobre onde a molécula de água específica vai parar.

O artigo sobre ônus da prova envolve um mundo consideravelmente menos complexo do que o do *pretrial*. O argumento básico de KAPLOW é que os ônus da prova atuam *ex post* e, assim, não incentivam adequadamente o comportamento. Está errado quanto ao efeito do ônus da persuasão, tal como é convencionalmente compreendido, mas deixarei isso de lado.³³ Demonstrarei que a substituição dele continua inútil, independentemente do estado da compreensão convencional.

Em vez de fazer perguntas *ex post* sobre a probabilidade de quem fez o quê, a responsabilidade deve ser decidida com base no que KAPLOW chama de limiares da prova (*evidence thresholds*). O comportamento primário – a atividade cotidiana – será associado a diferentes combinações de benefícios e danos. A condução de um veículo é um bom exemplo. É bastante útil, mas também pode ser bastante mortal. Segundo KAPLOW, o sistema jurídico deve analisar a conduta de acordo com sua potencial combinação de benefícios e danos e atribuir a responsabilidade de forma probabilística. Por exemplo, uma probabilidade muito baixa de cometer um ato específico justificará a responsabilização se, no conjunto de tais atos identificados por essa

33. É sempre interessante ter indivíduos de outras áreas explicando os erros dos conhecedores da área principal, mas isso é útil quando o crítico tem um conhecimento básico acerca da área que está sendo colonizada, o que não é o caso aqui. O sistema jurídico como um todo possui inúmeros mecanismos que produzem resultados plausivelmente racionais do ponto de vista econômico e que são de fato implementados pela concepção padrão sobre os ônus da prova. Para detalhes e citações, ver ALLEN, STEIN, 2013. KAPLOW parece também não ter conhecimento de obras diretamente relacionadas com a sua, que demonstram a literal impossibilidade de sua abordagem probabilística e desenvolvem a forma real em que a apuração dos fatos jurídicos ocorre. Ele afirma, por exemplo que "mesmo no que tange à tomada de decisão final, a questão sobre a melhor forma de tomar decisões vem sendo muito negligenciada, até recentemente" e então cita seu artigo KAPLOW, 2012, KAPLOW, 2013: 1186, *supra*, nota 28. Ao contrário do que ele afirma, essa tem sido uma questão dominante nos estudos sobre prova há mais de trinta anos. Ver, por exemplo, ALLEN, 1986; ALLEN, 1994. Trabalhos recentes demonstraram que a apuração dos fatos no âmbito jurídico é quase certamente não probabilística, porque não pode ser. Ver ALLEN; PARDO, 2007; PARDO; ALLEN, 2008: 223.

baixa probabilidade, os danos sociais excederem largamente os benefícios. E o inverso pode ser verdadeiro. Para atribuir responsabilidade em conexão com outra categoria de comportamento primário, a eficiência pode exigir uma probabilidade muito elevada de o ato ter sido cometido. Segundo KAPLOW, o ônus da prova deve ser estabelecido de forma distinta para cada categoria relevante, a fim de garantir resultados socialmente ótimos.

Dentre as numerosas dificuldades dessa abordagem, há duas que me interessam. Em primeiro lugar, será impossível estabelecer os limiares de prova que captem todas as categorias relevantes de conduta e os conjuntos de benefícios e danos a elas correspondentes. Pior ainda, o seu modelo omite um elemento fundamental: o caráter dinâmico da sociedade. Uma vez estabelecido qualquer limiar, as pessoas responderão explorando-o o melhor que podem. Assim, o modelo de KAPLOW não só tem de ter limiares inatingíveis como também deve prever o futuro. E as previsões sobre o futuro, como referi acima, são o tipo de previsões mais difícil de fazer.

Quanto à primeira dificuldade, a abordagem de KAPLOW exige a identificação antecipada das categorias de atividades suscetíveis de serem regulamentadas, os seus limiares probatórios. Essas categorias devem ser bastante gerais, pois, de outro modo, é óbvio que, se cada ato de uma pessoa deve ser objeto de uma análise única ao abrigo da sua proposta, isso é equivalente à modelação do percurso das moléculas de água pelo nosso físico teórico. Mas não há alternativa a uma análise tão detalhada. Os artigos de KAPLOW nos dão uma pista disso ao cuidadosamente evitarem a articulação desses limiares probatórios críticos. Seus artigos não contêm exemplos bem especificados porque não há base para generalização. Todas as formas de comportamento primário conterão inevitavelmente inúmeros subconjuntos de atividades com diferentes níveis de danos e benefícios. Por exemplo, “conduzir um carro” é uma categoria KAPLOW totalmente inútil. Suas subcategorias vão desde os condutores mais e atentos até aos viciados em celulares e bêbados imprudentes. A operacionalização da proposta de KAPLOW demandaria a articulação de todas as categorias e a realização de uma análise custo-benefício fiável de cada uma.

Inclusive as categorias que podem parecer óbvias são mais complicadas do que parecem. Por exemplo, dirigir embriagado pode, por