

Sobre a Treta Jurídica

A Distinção de Frankfurt e a Falácia da Autodenúncia no Contencioso

On Legal Bullshit

Frankfurt's Distinction and the Self-Reporting Fallacy in Litigation

Documento de Trabalho — Versão para Submissão ao SSRN
Junho de 2026

Steven Carroll, Fundador, KYC.co / Moral.Money

kyc.co | kyc.co/dispute-engine | [SSRN # \[a atribuir\]](#)

ORCID 0009-0005-1577-4337

Table of Contents

Resumo.....	3
Secção 1: Introdução.....	5
Secção 2: A Sombra da Transação e a Preclusão das Pequenas Coisas.....	16
Secção 3: A Literatura Existente e o Que Ainda Não Perguntou.....	22
Secção 4: Três Sinais, Segurados em Conjunto.....	30
Secção 5: O Momento em que a Cobertura se Esgota.....	37
Secção 6: Ónus em Tempo Real, Não Decisão Final.....	42
Secção 7: Cada Processo, Sempre.....	46
Secção 8: Nomear a Lacuna e o Argumento para Construir Através Dela.....	50
Secção 9: Objeções Consideradas.....	55
Secção 10: Conclusão.....	57
Bibliografia.....	60

Resumo

Harry Frankfurt estabeleceu uma distinção que o direito nunca utilizou formalmente: o mentiroso conhece a verdade e afirma o seu contrário, ao passo que quem debita treta é indiferente à verdade enquanto tal, produzindo afirmações calibradas por aquilo que resultará e não por aquilo que é. A distinção importa porque as duas coisas são quase impossíveis de distinguir apenas pelo resultado, e porque o aparelho de que o direito dispõe para detetar o engano — o dolo, o conhecimento, a *scienter* — foi inteiramente concebido para a primeira categoria e nada tem, no essencial, a dizer sobre a segunda. Um profissional que apresenta uma pretensão que a sua própria prova já contradiz pode ter mentido. Pode, com igual probabilidade, nunca ter verificado, porque verificar não era necessário para produzir uma peça que cumpre a sua função. O documento tem o mesmo aspeto num caso e no outro. Este artigo sustenta que o contencioso cível, a responsabilidade civil profissional e as instituições que se situam acima de ambos se organizaram precisamente em torno deste ponto cego, e dá nome à razão estrutural da sua persistência: a Falácia da Autodenúncia.

A falácia é esta: todo aquele que está em posição de ler os autos tem um interesse na resposta que estes dão. O constituinte depende de confiar na versão do seu próprio advogado, porque um cliente que interroga cada peça já demitiu o seu mandatário. O advogado que apresentou um documento está comprometido com a sua coerência, independentemente de quem criou a falha que ele encerra. A seguradora recebe um resumo do processo, não o processo. O tribunal vê aquilo que cada parte escolhe alegar, não aquilo que qualquer das partes escolheu não mencionar. Nada disto exige má fé para funcionar; exige apenas que cada interveniente se comporte exatamente como a sua posição já o recompensa por se comportar. O resultado é um sistema capaz de punir a mentira rara e demonstrável, mas desprovido de qualquer mecanismo para o caso muito mais comum — a afirmação que ninguém verificou, feita por alguém com todas as razões para não a verificar, alojada por detetar num processo que teria revelado a falha a qualquer leitor sem interesse no desfecho.

Este artigo especifica o que uma posição de leitura sem interesse no desfecho teria de fazer de diferente, partindo do trabalho anterior deste autor sobre a distância entre a competência do profissional designado e as exigências efetivas do assunto, e sobre a economia do silêncio estratégico à luz das regras supletivas atualmente vigentes. Acrescenta um terceiro elemento, aqui especificado pela primeira vez: um teste que verifica se as afirmações de facto positivas de uma peça sobrevivem ao confronto com os seus próprios documentos anexos — e com aquilo que o processo ostensivamente deixa por tratar — independentemente de a falha ter origem na incompetência ou no cálculo. Demonstrada a partir de um acontecimento recorrente — o momento em que a prova junta pelo próprio

profissional contradiz a posição por ele afirmada, convertendo um litígio corrente numa exposição autônoma a responsabilidade civil profissional que muitas vezes excede em muito a pretensão subjacente — a combinação revela aquilo que só se torna visível quando a distinção de Frankfurt é levada tão a sério no contencioso como o tem sido na filosofia moral há quarenta anos: não quem está a mentir, mas quem deixou de verificar, e o que isso custa a todos os que continuam a contar que tenha verificado.

O artigo situa ainda o método daí resultante face ao panorama existente da deontologia da advocacia, da análise de dados do contencioso e da revisão documental por inteligência artificial aplicada ao direito, e sustenta que nenhuma destas literaturas, por mais madura que cada uma seja, alguma vez esteve em posição de formular a pergunta que este artigo formula. Encerrando nome à categoria de instrumento que tal método torna possível, identificando o setor do seguro de responsabilidade civil profissional como o seu primeiro mercado natural e apresentando, como prova de existência e não como seu objeto, um instrumento-protótipo construído por este autor que demonstra ser o método realizável com as técnicas atuais.

Secção 1: Introdução

1.1 O Mecanismo em Termos Simples

Porque o que se segue é denso, vale a pena enunciá-lo por inteiro uma vez, de forma simples, antes de chegar o aparato — para que o leitor tenha em mãos, ao longo de todo o texto, a forma do argumento, e possa ver, a cada passo, que parte do problema esse passo aborda.

A maioria dos litígios cíveis que chegam a tribunal não começa com uma mentira. Começa com duas pessoas que acreditam, cada uma delas, que podem ganhar. Essa convicção raramente surge do nada. Vem, na grande maioria dos casos, de um advogado — porque é para isso que serve um advogado, e porque é isso que o advogado é incentivado a dizer. Um advogado que diz a um potencial cliente que o caso é fraco, que não avance, não é contratado para conduzir um litígio de vários anos. Um advogado chamado depois de outro já ter perdido terreno não conserva a avença concordando que a posição é desesperada; a proposta é sempre uma qualquer versão de julgo que consigo ganhar isto, conheço uma forma de o resolver. Isto não é afirmar que os advogados mentem sobre as probabilidades. É uma afirmação sobre aquilo que a estrutura de incentivos seleciona: o advogado que soa confiante fica com o caso, e o cliente que ouve confiança continua a lutar. A maior parte das pessoas que acabam num litígio prolongado estão aí, pelo menos em parte, porque alguém competente e credenciado lhes disse que podiam ganhá-lo.

O caso é então construído, por ambas as partes, à maneira de um castelo de cartas — e pode parecer, durante muito tempo, tanto mais sólido quanto maior se torna. Cada peça acrescenta uma carta. Cada requerimento respondido, cada documento junto, cada ponto processual ganho faz a estrutura parecer mais firme do que era na semana anterior. Isto não é uma ilusão que qualquer das partes esteja necessariamente ciente de produzir. A maior parte daquilo que compõe um argumento jurídico sustentado é genuinamente sólida, de ambos os lados, e é precisamente por isso que o litígio chegou a tribunal. Dois casos genuinamente fortes podem ambos ser construídos assim, carta sobre carta, durante meses ou anos.

O problema começa quando a própria discussão faz aquilo que a discussão deve fazer: os argumentos mais fracos são expostos como não essenciais, com pequenas correções oferecidas para manter o argumento central de pé — justificações pelo caminho, «não tivemos alternativa por causa da Variável A» — até que o núcleo estrutural fica isolado e um dos lados encontra as poucas cartas que nunca chegaram verdadeiramente a assentar em nada. Isto, em regra, não é um defeito que qualquer das partes conhecesse à partida; pode ser um

pressuposto inconsciente, ou algo que foi ocultado a uma das partes. É algo que o processo expõe — um documento que afinal diz menos do que se presumia, uma data que não bate certo quando alguém a verifica, uma testemunha cujo relato não sobrevive a um exame crítico. O buraco não é inventado. É descoberto, muitas vezes primeiro pelo próprio lado que ele prejudica, a meio de uma estrutura em cuja defesa esse lado já investiu pesadamente.

O que acontece a seguir é aquilo de que este artigo verdadeiramente trata. Uma parte que descobre, a meio do caminho, que o seu castelo de cartas tem uma carta que não se aguenta dispõe de três escolhas honestas: conceder o ponto, transigir, ou absorver a perda que o ponto representa. Em vez disso, muitas vezes toma uma quarta opção, porque nada a obriga às três primeiras: tapa o buraco. Não, em regra, com uma mentira frontal — isso é raro, demonstrável e arriscado. Mais frequentemente com aquilo a que este artigo, seguindo Frankfurt, chama treta: uma afirmação produzida para manter a estrutura de pé, feita por alguém que deixou de verificar se ela é verdadeira, porque verificar significaria admitir que a carta não se aguenta. O advogado que prometeu a vitória tem todas as razões para continuar a prometê-la, porque conceder agora significa admitir que a confiança anterior estava errada. O cliente que já gastou um ano e uma quantia considerável a construir o caso tem todas as razões para acreditar que o remendo é real, porque a alternativa é admitir que o ano foi desperdiçado. Ninguém, a esta altura, precisa de estar a agir de má fé para que o encobrimento aconteça. Basta que estejam a fazer aquilo que a sua posição já os recompensa por fazer.

A razão pela qual isto funciona — a razão pela qual o buraco, uma vez encontrado, pode ser tapado em vez de concedido — é que nada no enquadramento jurídico circundante exige o contrário.

Eis o aspeto que o mesmo litígio tem visto de fora. Duas partes entram no processo e, no momento em que o fazem, pelo menos uma delas está a deturpar algo que não tem, por defeito, qualquer obrigação de revelar. Não provavelmente — como questão de estrutura. Ninguém litiga sobre um facto em que ambos os lados estão de acordo. O ato de litigar formalmente é, por si só, um sinal, antes de sequer se ler um único documento, de que pelo menos uma das versões dos factos constante dos autos é falsa.

Ambas as partes sabem que uma falha deste tipo é possível e, por isso, ambas se afirmam a parte lesada. Ambas serão convincentes; ambas terão documentação; ambas terão profissionais a construir a história mais coerente possível a partir dos factos na sua posse. Visto de fora, uma parte honesta numa posição fraca e uma parte desonesta com uma boa história podem ser indistinguíveis. Não se pode detetar a deturpação simplesmente ouvindo quem é mais insistente, ou vendo quem apresentou documentos primeiro, ou medindo a confiança dos

advogados. O sinal não está naquilo que qualquer das partes afirma — está na lacuna daquilo que uma delas evita dizer, ou evita responder.

Todo o relato desonesto tem nele uma lacuna. Um documento em falta que deveria existir numa versão honesta dos acontecimentos. Uma data que não é descrita com a mesma especificidade dos períodos que a rodeiam, e cuja ausência conta silenciosamente uma história diferente da mesma narrativa. Uma pergunta ignorada, ou uma afirmação deixada sem contestação, peça após peça, sem resposta. Em vez disso, constrói-se uma história de fachada — um conjunto de diversões, nenhuma das quais constitui, em si mesma, uma violação material, mas todas elas distrações fabricadas ou ataques à credibilidade. A lacuna não é aleatória. Situa-se exatamente no ponto em que a versão honesta dos acontecimentos exigiria que a parte dissesse algo que prejudica a sua própria posição.

Isto não significa que qualquer dos lados esteja a mentir sobre tudo, e vale a pena ser claro quanto a isso, porque o caso mais comum é mais estreito e mais compreensível do que uma falsidade generalizada. A maioria dos litígios que chegam a tribunal não são confrontos entre uma parte honesta e uma parte desonesta em toda a linha. Por vezes são confrontos em que ambos os lados têm um caso genuinamente forte na maior parte do que está em causa, e o litígio versa, na verdade, sobre um elemento estreito e controvertido — um facto, um documento, uma data — que cada lado acredita, muitas vezes de boa fé, que fará pender todo o caso a seu favor. Os casos vão a tribunal porque ambos os lados julgam poder ganhar, ainda que ganhar signifique apenas escapar à responsabilidade por um defeito conhecido, por não se ter sido apanhado a saber dele previamente. A deturpação de que este artigo se ocupa não precisa de percorrer a totalidade do relato de qualquer das partes para relevar. Basta-lhe situar-se no único ponto em que o caso efetivamente se decide.

Esta não é uma observação nova, e vale a pena assinalar quão antiga é de facto. A doutrina da deontologia jurídica sabe há décadas que as regras que regem a conduta de um advogado não impõem qualquer dever geral de revelar espontaneamente um facto prejudicial. A análise que Luban faz de *Spaulding v. Zimmerman* é o exemplo canónico: o advogado da defesa, tendo ficado a saber, através de um exame realizado para efeitos do litígio, que o autor sofria de uma condição potencialmente fatal sem relação com a lesão em causa, tinha o direito, no plano profissional, de nada dizer e deixar prosseguir uma transação sem a revelar. O advogado não mentiu. Nunca lhe perguntaram, e as regras não o obrigavam a apresentar espontaneamente a resposta. O que o caso mostra, e o que a literatura em torno dele tem passado décadas a confirmar, é que a ausência de uma regra que imponha a revelação não é uma lacuna nas regras. É a regra.

O artigo companheiro deste autor sobre a fabricação da má fé generaliza esse caso isolado numa tese estrutural: sempre que um enquadramento jurídico atribui valor zero à retenção de informação relevante e não prevê qualquer via barata de compelir a sua revelação antes de o dano ocorrer, a retenção não é a exceção. É a resposta racional de uma parte comumente interessada, que o sistema reproduzirá de forma fiável, caso após caso, não porque os intervenientes sejam invulgarmente desonestos, mas porque nada no enquadramento lhes pede outra coisa. Esse artigo desenvolve a tese ao nível do próprio litígio — o proprietário que sabe que o aquífero partilhado sob o seu terreno foi contaminado, o empreiteiro que sabe que a mistura de cimento não foi verificada, cada um deles protegido, como o advogado em Spaulding, pela simples ausência de uma regra que os obrigue a falar antes de o silêncio produzir o seu dano.

O mesmo enquadramento em falta reaparece aqui, uma camada institucional acima, e a literatura existente ainda não estabeleceu a ligação. Não há regra que obrigue um tribunal a comparar aquilo que uma parte afirmou no primeiro mês com aquilo que as próprias peças dessa parte mostram no sexto mês. Não há verificação alguma quando uma alegação extraordinária é feita por uma parte, alegação que faria recair sobre ela o ónus da prova. Não há qualquer alerta que sinalize à seguradora um risco acrescido. Não há regra que obrigue quem quer que seja, ao longo de um processo que pode durar anos e passar por vários juízes e vários conjuntos de mandatários, a segurar a totalidade dos autos como uma narrativa única e coerente e a perguntar em que ponto deixou de fazer sentido.

Chamemos-lhe a Falácia da Autodenúncia: o pressuposto, em lado nenhum escrito mas em toda a parte assumido, de que um processo fará aflorar as suas próprias contradições a alguém capaz de agir sobre elas. Não fará, exatamente pela razão que Spaulding já demonstra e que a análise da fabricação da má fé já generaliza. O custo de olhar recai sobre quem quer que tenha de olhar, e nada obriga ninguém a olhar.

Este artigo especifica o que olhar exige. Três sinais, tomados em conjunto, tornam a lacuna detetável algoritmicamente sem exigir qualquer inferência sobre a intenção: quão longe o profissional que está por detrás de uma peça se encontra do domínio técnico efetivo do assunto; aquilo que as circunstâncias documentadas de cada parte tornam racional que essa parte afirme, retenha ou proteja; e se as próprias afirmações de facto positivas de uma peça sobrevivem ao confronto com os demais documentos já juntos. Quando não sobrevivem — quando a prova junta por uma parte contradiz a posição por ela afirmada —, essa contradição assinala o momento em que um litígio entre duas partes se converte numa exposição autónoma a responsabilidade civil profissional, exposição que, quando surge, aterra na secretária da seguradora, independentemente de como o caso subjacente venha a resolver-se.

As seguradoras de responsabilidade civil profissional já registam indemnizações avultadas e recorrentes, em boa medida impulsionadas pela complexidade dos processos e por conflitos de interesses — precisamente as condições em que este tipo de lacuna é mais difícil de apanhar para qualquer leitor humano isolado e mais fácil de deixar passar por parte de quem litiga. O inquérito anual da Ames & Gough — o inquérito de referência do próprio setor às maiores seguradoras de responsabilidade civil profissional, abrangendo sociedades de advogados do grupo Am Law 100 — apurou que, até 2022, todas menos uma das onze seguradoras inquiridas tinham pago uma única indemnização superior a 50 milhões de dólares nos dois anos anteriores, e quatro das onze tinham pago uma única indemnização superior a 300 milhões de dólares.

Se o problema é um enquadramento em falta, a correção não é a exortação moral mas um enquadramento — e o lugar natural para o inserir é o instrumento que já se encontra, financeiramente, por detrás de quase todos os advogados em quase todos os litígios. A investigação de Baker e Swedloff sobre as seguradoras de responsabilidade civil enquanto reguladores privados — sintetizada no seu «Insurers as Bumblebees in the Garden of Law Firm Norms» — demonstra que as seguradoras já impõem disciplina à conduta profissional através da tarifação e da monitorização do risco, de formas que nem os tribunais nem as ordens profissionais alcançam diretamente. Alinhar um instrumento de deteção com essa estrutura de incentivos já existente, como condição de cobertura partilhada entre seguradora e sociedade de advogados, faz sentido comercial de um modo que a adoção voluntária por qualquer delas isoladamente não faz.

Na prática, a disciplina profissional opera sobretudo a posteriori, através do histórico de sinistros e do ajustamento de prémios depois de o dano já ter ocorrido — pela mesma razão estrutural por que a regra de Spaulding produz silêncio: nada exige atualmente uma intervenção mais precoce, porque, até agora, não existia instrumento algum capaz de identificar uma contradição no momento em que ela surge pela primeira vez. O teste natural do valor deste método é, por isso, prospetivo: aplicá-lo a uma carteira ativa ao abrigo exatamente deste tipo de acordo de monitorização partilhada e obrigatória, e sinalizar em tempo real precisamente os acontecimentos que, historicamente, sabemos terem gerado sinistros futuros.

Os avanços recentes nos grandes modelos de linguagem tornam isto computacionalmente exequível, e não meramente desejável no plano teórico. Em vez de propor um enquadramento e deixar a sua operacionalização a cargo de outros, este artigo apresenta um sistema em funcionamento que trata a deteção da contradição jurídica como um processo de raciocínio executável — um sistema que modela afirmações, alegações probatórias, deveres processuais e dependências lógicas como relações avaliáveis por máquina, e que sinaliza as incoerências no momento em que surgem, em vez de o fazer depois de o dano ter

ocorrido. A implementação que o acompanha é oferecida como prova de conceito: a lacuna a que este artigo dá nome não é apenas real, mas já detetável, e as secções que se seguem expõem como.

1.2 A Falácia

Uma peça processual é lida como um registo do que aconteceu. É um registo daquilo que alguém quis que se acreditasse. As duas coisas nem sempre estão distantes, mas a causa da distância entre elas nunca é cognoscível a partir apenas do documento, e o direito nunca construiu um método para distinguir as duas causas. Um profissional pode declarar erradamente um facto por não ter compreendido o assunto o suficiente para ver o erro. O mesmo profissional pode declarar erradamente o mesmo facto tendo compreendido o assunto precisamente o suficiente para saber que nada, a jusante, o verificaria. A distinção de Harry Frankfurt entre o mentiroso e quem debita treta descreve o segundo caso com mais precisão do que qualquer termo atualmente usado na prática jurídica: o mentiroso conhece a verdade e afirma o seu contrário, ao passo que quem debita treta é simplesmente indiferente a que uma afirmação seja verdadeira, produzindo o que quer que sirva o fim em vista. O contencioso tem um nome e uma doutrina para a primeira falha. Não tem nenhum para a segunda, e a segunda é muitíssimo mais comum, porque é muitíssimo mais barata de produzir e muitíssimo mais difícil de provar.

Não se trata de uma lacuna marginal no vocabulário jurídico. Todo o aparelho que o direito usa para reprimir a declaração falsa — o dolo, o conhecimento, a *scienter* — foi concebido para o mentiroso, de quem se tem de demonstrar que conhecia a verdade e escolheu contra ela. Nada disso alcança o profissional que nunca verificou, porque verificar não acarretava custo profissional e não verificar não acarretava risco profissional. Uma pretensão, um relatório ou uma defesa produzidos deste modo não são uma mentira em nenhum sentido que um tribunal atualmente teste. São treta no sentido exato de Frankfurt, e são apresentados, alegados e não raro vencedores, todos os dias, por profissionais que operam bem dentro daquilo que o seu próprio ofício considera boa prática.

Esse ofício tem um nome para a conduta subjacente, e um nome celebrado. O dever de representar o cliente com zelo, dentro dos limites da lei, esteve no centro da autoconceção da profissão desde que a profissão tem uma autoconceção, e a considerável literatura que examina esse dever já fez o trabalho de mostrar o que ele faz à relação do advogado com todos aqueles que não são o cliente: o patrocínio zeloso, na leitura dominante que a profissão tem defendido contra os seus próprios críticos internos há décadas, limita a obrigação moral do advogado à parte que lhe paga e reduz a quase nada qualquer obrigação que de outro modo se estenderia à parte contrária, ao tribunal ou à verdade do assunto em causa. A profissão recompensa o resultado,

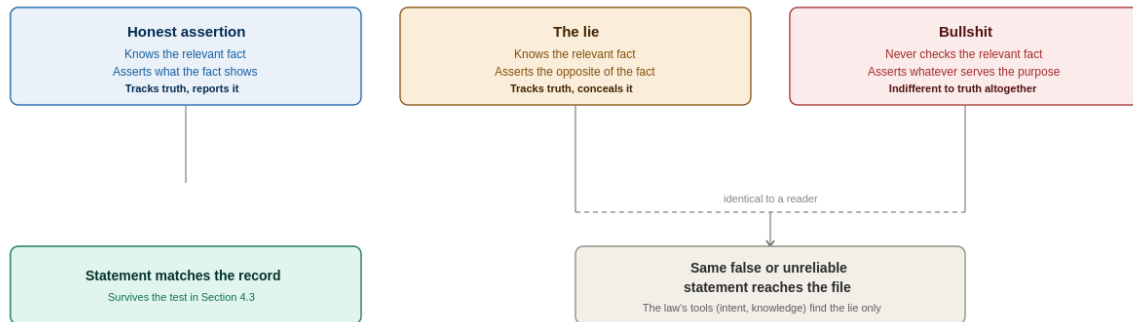
não a maneira de o alcançar, enquanto a maneira se mantiver dentro da fronteira que as regras definem — e um resultado alcançado por mérito genuíno e um resultado alcançado por esgotamento processual, por um expediente de competência, por um adversário que simplesmente desistiu primeiro, não se distinguem na forma como são recebidos, faturados ou recordados. Quanto mais esotérico o método, mais a profissão tende a admirá-lo. Nada nessa estrutura de recompensa pergunta se a afirmação subjacente era verdadeira. Pergunta apenas se se aguentou.

O que mantém todo o arranjo de pé é a própria fronteira, e o facto de a fronteira só poder ser atravessada com cobertura. Um advogado que opera no limite extremo do patrocínio zeloso está, por definição, a operar onde o risco pessoal de passar para a área da conduta ilícita acionável é mais elevado — e nenhum advogado atravessa essa linha sem acreditar, com razão ou sem ela, que algo o ampara se o fizer: uma interpretação defensável, uma ambiguidade nos autos, uma posição que um tribunal poderá plausivelmente aceitar, ainda que não venha a aceitar. A seguradora de responsabilidade civil profissional que em última instância ampara a sociedade de advogados não tem, no caso comum, qualquer visibilidade sobre quão perto desse limite se situa uma dada peça, e tarifa o risco da sociedade como se a distância fosse uniforme em toda a sua carteira. Não é uniforme. Alguns assuntos são defendidos por profissionais que operam com cobertura real — uma leitura dos factos genuinamente contestável. Outros são defendidos por profissionais que já esgotaram a sua cobertura, e prosseguem ainda assim, porque a alternativa é conceder uma posição que já apresentaram.

O momento em que essa cobertura se esgota não é, no estado atual da análise jurídica, um acontecimento com nome, data ou método de deteção. Devia ser. É o momento em que a prova junta pelo próprio profissional contradiz a posição por ele afirmada — não o momento em que um tribunal por fim o repara, o que pode acontecer meses ou anos depois, se é que acontece, mas o momento em que a contradição é criada, alojando-se nos autos a partir de então, disponível para ser encontrada. Antes desse momento, o risco de litígio da parte representada e o risco de responsabilidade civil profissional da sociedade são o mesmo número, porque a única exposição da sociedade é o caso que está a conduzir. Depois desse momento, os dois números divergem, porque a sociedade criou uma segunda exposição, autónoma, que existe independentemente de como o litígio subjacente se resolva — e a cobertura ao abrigo da qual o advogado julgava operar, aquilo que a fronteira do patrocínio zeloso supostamente permitia, falhou já, na verdade.

Frankfurt's distinction, applied to a professional's filed assertion

Two of the three paths look identical from outside the asserting professional's own head — see Section 1.1

**Why this matters for detection**

The law's machinery for false statement — intent, knowledge, scienter — is built to find the lie. It has no test for bullshit, because bullshit requires no concealment to produce — only an absence of checking. The documentary test in Section 4.3 does not ask which of the two right-hand paths produced a given gap. It asks only whether the record already shows one occurred.

Figura 1. A distinção de Frankfurt aplicada à afirmação junta por um profissional. A mentira e a treta terminam ambas numa declaração falsa ou não fiável a chegar aos autos, mas só a mentira está ao alcance das ferramentas existentes do direito para detetar o engano. Ver Secção 1.2.

1.3 Por Que Não É Atualmente Possível Distinguir Negligência, Exploração e Aprisionamento

Negligência e exploração não são falhas opostas. São a mesma falha lida a partir de dois motivos diferentes, e produzem papel idêntico. Um profissional a quem faltou a competência específica para reconhecer uma contradição na sua própria peça, e um profissional que a reconheceu e ajuizou corretamente que ninguém iria verificar, apresentam documentos que parecem iguais a quem quer que os leia depois — incluindo, muitas vezes, aos próprios profissionais, que no primeiro caso poderão nunca vir a saber a diferença e no segundo têm todas as razões para nunca a revelar. Cada face desta moeda beneficia de ser tomada pela outra. Presume-se que o profissional negligente teve apenas azar, em vez de se examinar a sua competência. Presume-se que o profissional que explora foi apenas negligente, em vez de se examinar a sua intenção. Ambos chegam a essa presunção pela mesma via: ninguém em posição de ler os autos tem razão para perguntar qual das duas ocorreu, porque essa não é, atualmente, uma pergunta que qualquer instituição em torno do contencioso esteja construída para fazer.

Há uma terceira face nesta moeda, e dar-lhe nome importa, porque dá conta de um caso que as duas primeiras não cobrem: o profissional competente, a trabalhar em pleno dentro da sua própria área de especialização, que continua a defender uma posição de que veio, em privado, a duvidar — não por nunca ter compreendido os autos, o que é negligência, e não por ter calculado friamente que ninguém iria verificar, o que é exploração, mas porque a psicologia do compromisso crescente com um rumo já iniciado torna o recuo, na perceção, mais custoso do que a continuação, mesmo quando continuar é a pior escolha quanto ao mérito. A literatura da psicologia social sobre o aprisionamento em

conflitos em escalada («entrapment in escalating conflicts») documenta este mecanismo diretamente, e documenta em particular a sua forma vicária, em que o compromisso crescente é sentido em nome de uma parte a quem se está psicologicamente ligado — que é precisamente a posição de um advogado vinculado a um cliente. O profissional assim aprisionado produz o mesmo papel que o negligente e que o que explora, a partir de um terceiro motivo, de novo distinto, e é de novo protegido pelo facto de ninguém que lê os autos estar em posição de perguntar qual dos três ocorreu. O propósito de nomear os três não é ordenar as peças por motivo — o método especificado na Secção 4 recusa deliberadamente inferir seja que intenção for —, mas estabelecer que uma única lacuna documental pode nascer de, pelo menos, três origens estruturalmente diferentes, que os autos não distinguem à face, e que o atual enquadramento deixa igualmente por examinar.

É isto que torna tão duradouro o confronto que se segue. Assim que uma posição fica, por pouco que seja, exposta, a energia visível do litígio desloca-se de estabelecer o que aconteceu para multiplicar quem mais poderá ser chamado a responder por isso — corréus chamados com fundamento ténue, reguladores implicados, antecessores responsabilizados, causas interpostas inventadas, cada novo nome a diluir a atenção do tribunal em vez de resolver o litígio. Nada disto exige que alguém nos autos aja de má fé segundo os padrões do seu próprio papel. O cliente confia na versão do advogado, porque um cliente que interroga cada peça já demitiu o seu próprio mandatário. O advogado que apresentou o documento está comprometido em defender a sua coerência, tenha ou não criado a falha que ele encerra. A seguradora recebe um resumo de despesa e estado, não os documentos subjacentes, filtrado por pessoas cuja função é a triagem e não a comparação. O tribunal vê aquilo que cada lado escolhe alegar, não aquilo que qualquer dos lados escolheu não mencionar, e não tem nem o tempo nem o mandato para confrontar o documento de uma parte com as palavras dessa mesma parte de há um ano.

Chamemos-lhe a Falácia da Autodenúncia: o pressuposto, inscrito no modo como cada instituição em torno do contencioso está estruturada, de que um processo fará aflorar as suas próprias contradições às pessoas mais bem colocadas para agir sobre elas. Não fará. As contradições não estão ocultas. Estão numa peça e no seu próprio anexo, numa posição tomada no primeiro mês contra uma posição diferente tomada no sexto mês, num relatório pericial que gasta a sua extensão naquilo que ninguém disputa e quase nada naquilo que está efetivamente em causa. São visíveis a um leitor sem interesse em qual das conclusões venha a revelar-se verdadeira. Esse leitor não existe, atualmente, no curso normal do contencioso.

1.4 O Que Este Artigo Acrescenta

Este artigo faz quatro contributos. Primeiro, dá nome à Falácia da Autodenúncia e localiza com precisão a sua causa: não a desatenção, mas uma consequência previsível de cada interveniente em torno de um litígio ocupar uma posição que depende, de algum modo específico e identificável, de as contradições dos autos permanecerem por examinar. Segundo, traz a distinção de Frankfurt entre mentir e ser indiferente à verdade para um contexto ao qual nunca foi formalmente aplicada, e mostra que a distinção corresponde exatamente a uma falha que o contencioso não consegue atualmente nomear: o hiato entre a mentira demonstrável e a afirmação muito mais comum, muito mais barata e atualmente indetetável, feita sem que ninguém tenha verificado. Terceiro, especifica uma posição de leitura imune à falácia — uma posição que segura três sinais em conjunto, ao longo de todo um processo de uma só vez, ali onde a literatura, até à data, só desenvolveu cada um deles isoladamente: quão longe o profissional que está por detrás de uma peça se encontra das exigências técnicas efetivas do assunto; aquilo que as circunstâncias documentadas de cada parte tornam racional que essa parte afirme, retenha ou proteja; e se as próprias afirmações de facto positivas de uma peça sobrevivem ao confronto com os seus próprios anexos e com aquilo que os autos ostensivamente deixam por tratar, independentemente de a lacuna que lhes está por detrás ter sido criada por descuido ou por desígnio. Quarto, demonstra a combinação a partir de um acontecimento recorrente — o momento preciso em que a cobertura de um profissional se esgota, convertendo um litígio corrente numa exposição autónoma a responsabilidade civil profissional que muitas vezes excede em muitas vezes a pretensão subjacente — e sustenta que este acontecimento, há muito reconhecido pelos práticos apenas em retrospectiva, se torna localizável no momento em que ocorre uma vez lido um processo deste modo.

1.5 Estrutura

A Secção 1.1 já enunciou uma vez a totalidade do argumento, de forma simples e sem aparato; o restante da Secção 1 reenuncia-o nos termos próprios do artigo — a falácia em si em 1.2, os três motivos distintos de que uma única lacuna documental pode nascer em 1.3, e aquilo que este artigo acrescenta à literatura existente em 1.4 — antes de as secções que se seguem desenvolverem cada elemento em detalhe.

A Secção 2 desenvolve a sombra que a transação lança sobre toda a premissa de que um juiz virá por fim a rever um processo na íntegra, e situa as doutrinas processuais da preclusão e do erro inócuo (harmless error) como o relato do próprio direito, já assente, de quão implacável o sistema é para com uma lacuna que ninguém apanhou a tempo. A Secção 3 situa a Falácia da Autodenúncia face à literatura existente sobre a deontologia da advocacia e a análise de dados do

contencioso, e enuncia com precisão o que essa literatura ainda não perguntou. A Secção 4 especifica os três sinais que uma posição de leitura desinteressada deve segurar em conjunto, partindo do trabalho anterior deste autor sobre a distância de competência e sobre a economia do silêncio estratégico, e desenvolve o terceiro sinal — a coerência documental interna, incluindo o silêncio ostensivo — pela primeira vez. A Secção 5 mostra o que os três sinais revelam em combinação que nenhum revela sozinho, percorrendo o momento em que a cobertura de um profissional se esgota como a demonstração mais clara disponível. A Secção 6 especifica o que significaria sinalizar essa divergência em tempo real, em vez de esperar pela atenção eventual, e muitas vezes ausente, de um tribunal. A Secção 7 defende a aplicação do método de forma contínua, a toda uma carteira, e não apenas quando um assunto já parece problemático. A Secção 8 dá nome à categoria de instrumento daí resultante, situa-a face ao panorama existente da inteligência artificial jurídica e da análise de dados do setor segurador, e explica por que não foi construída até agora. A Secção 9 pondera as principais objeções. A Secção 10 conclui.

Secção 2: A Sombra da Transação e a Preclusão das Pequenas Coisas

2.1 O Mecanismo de Salvaguarda que Raramente Chega

O pressuposto implícito por detrás de qualquer argumento segundo o qual um juiz suficientemente atento acabaria por apanhar a contradição interna de uma peça processual assenta numa premissa que não se verifica para a grande maioria dos litígios cíveis: a de que o assunto chegará por fim a um juiz que o revê na íntegra. Não chegará. A literatura empírica sobre os desfechos do contencioso tem demonstrado há décadas que a substancial maioria das pretensões cíveis se resolve antes do julgamento final — por transação, desistência ou revelia — e nunca recebe o tipo de revisão judicial exaustiva que o pressuposto «o tribunal teria reparado» exige. Uma contradição sepultada numa peça durante a vida de um processo que transaciona não é depois corrigida. Não há «depois». O processo termina no ponto em que termina, com os factos que as partes permitiram que os autos contivessem nesse momento, e seja qual for o valor que a contradição tinha — para o número da transação, para a posição de força de um dos lados, para a alocação final de custas — é o valor que transportou silenciosamente pelo resto da vida do processo.

Vale a pena afirmar isto claramente, porque inverte um pressuposto reconfortante inscrito na maior parte das discussões sobre o risco do contencioso. O julgamento eventual, e o juiz eventual, funcionam, no pensamento institucional dominante, como mecanismo de salvaguarda: uma verificação final e exaustiva que, na pior das hipóteses, fará aflorar aquilo que as fases anteriores deixaram escapar. Para a maioria dos litígios, essa salvaguarda é hipotética. É uma verificação que o sistema está estruturalmente habilitado a realizar e que estruturalmente é improvável que lhe seja pedido que realize. Um modelo de risco, uma estimativa de provisão, ou a perceção que um litigante tem da sua própria exposição — que pressupõem tacitamente que a salvaguarda funcionará se as coisas piorarem o suficiente — são modelos construídos sobre uma premissa que, para a maior parte dos assuntos a que alguma vez serão aplicados, é simplesmente falsa.

Vale a pena ser preciso quanto ao motivo pelo qual isto importa mais do que uma mera estatística poderia sugerir. O pressuposto de que um juiz acabará por analisar adequadamente não falha apenas ocasionalmente, nas margens, em casos invulgarmente tranquilos que por acaso transacionam. Falha como desfecho por defeito, o que significa que qualquer prática institucional construída em torno da expectativa de correção judicial eventual — confiando em que um tribunal acabe por reparar numa incoerência, diferindo o escrutínio das peças de um profissional para a revisão que um julgamento poderá um dia

fornecer — é uma prática construída em torno da exceção, ao tratá-la como regra. O caminho ordinário de um litígio não aponta para um ajuste de contas exaustivo. Aponta para uma saída negociada, muitas vezes conduzida substancialmente à sombra de informação incompleta, em que a versão dos factos que no momento parece mais credível às partes e aos seus mandatários — e não a versão que uma revisão judicial completa acabaria por validar — define os termos.

Psicologia do Compromisso e do Aprisionamento Crescente

Brockner, J. e Rubin, J.Z. (1985) *Entrapment in Escalating Conflicts: A Social Psychological Analysis*. Nova Iorque: Springer-Verlag.

2.2 O Que a Doutrina Processual Já Diz

O direito processual tem o seu vocabulário próprio e assente para o que acontece a um erro que não é suscitado no momento em que ocorre, e esse vocabulário já descreve, com mais precisão do que a maioria dos litigantes percebe, quão implacável o sistema é para com o atraso. Uma objeção não suscitada a tempo não é meramente enfraquecida; ao abrigo da doutrina da preclusão, o próprio ónus da prova inverte. Uma parte que objeta prontamente exige em regra que a parte contrária demonstre que o erro era inócuo (*harmless error*). Uma parte que não objeta a tempo tem de demonstrar, em sede de recurso, que o erro atingiu o nível de erro manifesto (*plain error*) — um padrão que os tribunais raramente aplicam, reservado para falhas suficientemente graves para ameaçar a equidade ou a integridade do processo, e que é satisfeito apenas numa pequena fração dos casos em que é invocado. A distinção entre preclusão e renúncia (*waiver*) torna isto ainda mais nítido: quando um direito foi voluntária e conscientemente abandonado, não existe qualquer remédio em sede de recurso, ao passo que um direito meramente precludido por inação deixa pelo menos aberta a via mais estreita do erro manifesto — e uma parte que não suscitou a objeção a tempo muitas vezes não tem forma direta de provar, a posteriori, em qual das duas categorias cai o seu próprio silêncio.

A doutrina do erro inócuo (*harmless error*) vem agravar isto ainda mais: mesmo quando uma privação processual é real e substantiva, os tribunais de recurso consideram rotineiramente o erro inócuo se não estiverem convencidos de que alterou o desfecho — um juízo feito, necessariamente, a posteriori, por um tribunal que reconstrói a diferença que um facto teria feito num processo que já correu o seu curso sem ele. Esta reconstrução é chamada a responder a um contrafactual que se torna cada vez menos respondível quanto mais o processo subjacente tiver decorrido sem o facto em falta: um tribunal chamado, anos após uma decisão processual ter sido tomada, a imaginar como essa decisão poderia ter corrido se um documento entretanto descoberto lhe tivesse estado presente

no momento, está a realizar um exercício que a própria doutrina trata com considerável ceticismo, precisamente porque a reconstrução retrospectiva deste tipo é reconhecida, mesmo dentro da doutrina que a exige, como sendo pouco fiável.

Ambas as doutrinas são defensáveis nos seus próprios termos, e nenhuma delas é objeto das críticas deste artigo. Um sistema jurídico que reabrisse cada fase concluída a cada objeção tardiamente suscitada nunca chegaria a um julgamento final, e a disciplina que a preclusão e a doutrina do erro inócuo impõem faz parte do que permite que o contencioso conclua em vez de regredir indefinidamente. A doutrina existe porque a alternativa — a reabertura ilimitada, a pedido, em qualquer fase, de qualquer decisão anterior — imporia, ela própria, um custo a todos os outros litigantes no sistema, sob a forma de atraso, incerteza e da impossibilidade prática de qualquer decisão se tornar definitiva. O que a doutrina não fornece, e nunca foi concebida para fornecer, é um mecanismo para fazer aflorar o erro antes de o momento para lhe objetar ter passado. A doutrina da preclusão rege o que acontece a um erro uma vez que é conhecido e não suscitado em tempo útil. Nada diz sobre os erros que nunca são suscitados porque nenhuma parte que leu os autos na altura estava em posição de os reparar — o que, como as Secções 1 e 3 deste artigo sustentam, está mais próximo do caso ordinário do que da exceção.

2.3 Fases, Atenção e a Desproporção Entre a Sanção e o que Está em Causa

Um processo cível não decorre como uma única inquirição contínua. Decorre em fases — articulados, requerimentos probatórios, designação de perito, audiência de julgamento, cada uma delas frequentemente presidida por um magistrado diferente sem ocasião de rever uma decisão que um colega tomou numa fase anterior com base num processo diferente. Uma decisão tomada numa fase — como a formulação dos quesitos ao perito ou o âmbito de um requerimento probatório — é normalmente tomada com base nos factos constantes dos autos naquele momento, e o sistema não tem qualquer mecanismo permanente para perguntar se um facto que aflorou três fases depois — numa decisão posterior de um regulador, numa queixa separada, num documento que uma parte só obteve através de um pedido de acesso à informação ulterior — teria alterado a decisão anterior. Em regra, simplesmente não a revê. A fase anterior encerrou, e o encerramento é o ponto de uma fase.

Isto cria uma oportunidade estrutural que não exige qualquer ato dramático isolado de incumprimento para ser explorada. Um facto omitido do registo de uma fase, seja por descuido seja por cálculo, muitas vezes não precisa de ser ocultado por muito tempo, nem de ser bem ocultado. Basta que permaneça ausente durante a fase em que a sua ausência é consequente. Uma vez encerrada

essa fase e avançado o processo, a omissão já produziu, na prática, o seu efeito, independentemente de vir a ser descoberta mais tarde. E a sanção formal disponível para essa categoria de omissão — uma condenação por litigância de má fé por não informar o tribunal, quando essa condenação existe — é, na maioria dos regimes processuais, modesta: uma sanção fixa e nominal, totalmente desligada da dimensão do que a omissão pode ter decidido. Um profissional que pondera o custo da omissão face ao benefício de uma decisão processual favorável obtida na sua ausência está, em qualquer processo com valor significativo, a comparar uma desvantagem pequena e limitada com uma vantagem potencialmente ilimitada. Este não é um incentivo marginal. É, com os números que a maioria dos regimes processuais efetivamente aplica, uma aposta racional.

Vale a pena parar para perceber por que esta desproporção persiste em vez de ser corrigida, porque a resposta revela algo sobre como as sanções processuais são desenhadas em primeira instância. Uma sanção por uma omissão processual é fixada, quase universalmente, por referência à gravidade da conduta processual em si — a omissão de revelação foi deliberada, foi repetida, fez perder tempo ao tribunal — e não por referência ao valor substantivo do que a omissão ocultou. Trata-se de uma escolha de design defensável em si mesma: uma sanção processual destina-se a disciplinar a conduta perante o tribunal, não a substituir uma apreciação do mérito subjacente. Mas a consequência, em qualquer processo em que o valor substantivo em causa seja elevado relativamente ao tipo de sanção que um tribunal imporia por uma primeira omissão ou por uma que pareça meramente descuidada, é exatamente a assimetria acima descrita, e nada no design do regime sancionatório a corrige, porque a sanção nunca foi construída tendo essa assimetria em vista.

2.4 Por Que a Correção Exige um Esforço Extraordinário, e Não Ordinário

A mesma estrutura doutrinária explica por que corrigir um ponto falhado, uma vez que uma fase se encerrou em torno dele, é tão raramente tentado e tão raramente conseguido. Reabrir uma fase encerrada com base num facto descoberto posteriormente exige, em regra, mais do que identificar o facto. Exige normalmente forçar a entrada desse facto nos autos através de um canal que o próprio processo não prevê — uma queixa regulatória separada, uma participação criminal paralela, um pedido de acesso à informação dirigido a um organismo público inteiramente diferente — e depois convencer o tribunal de que o registo resultante justifica rever uma decisão que já tomou. Cada um desses passos é um processo por si mesmo, no seu próprio foro, com as suas próprias regras processuais, e o trabalho não decorre em sequência tanto quanto em paralelo, sob pressão de tempo, enquanto o processo original continua a avançar independentemente. Este não é o trabalho que um único litigante

competente realiza no decurso normal de um único mandato. Está mais próximo de correr vários processos em simultâneo, ao serviço de reabrir uma decisão num sexto.

É precisamente por isso que o resultado é tão frequentemente que o ponto nunca é recuperado. A competência necessária para realizar este trabalho existe; litigantes capazes realizam este tipo de trabalho, e quando têm êxito, o resultado pode ser decisivo — uma decisão processual tomada na ignorância de um facto é, uma vez que o facto é forçado a entrar nos autos e se demonstra que a decisão foi tomada sem ele, muitas vezes genuinamente vulnerável a ser desfeita. Mas o facto de isto ser possível, nas mãos de uma parte suficientemente bem dotada de recursos e determinada, não é o mesmo que ser ordinário. A maioria dos processos não tem uma parte capaz ou disposta a correr quatro processos paralelos para recuperar um ponto processual, e a maioria dos profissionais, confrontados com a escolha entre esse nível de esforço e simplesmente deixar uma decisão favorável mas ilegítimamente obtida ficar sem contestação, não se oferecerá voluntariamente para realizar o primeiro em nome da outra parte. A treta, no sentido desenvolvido na Secção 1, não precisa de ser sofisticada para ter êxito nestas condições. Precisa apenas de sobreviver à fase em que é proferida.

Há uma assimetria adicional que vale a pena nomear explicitamente. A parte prejudicada por um facto não revelado ou enterrado não sabe, no caso comum, que o facto existe, nem onde procurá-lo no foro específico em que poderá eventualmente aflorar. Não está a deixar de fazer o trabalho multi-foro acima descrito por preguiça; está a deixar de o fazer porque nada no registo do processo original lhe dá razão para suspeitar que um regulador, num processo não relacionado, tem uma decisão que incide diretamente sobre o seu caso. O esforço extraordinário que esta secção descreve não é apenas dispendioso. Exige tipicamente que a parte prejudicada suspeite já que algo falta, antes de ter qualquer razão concreta para o suspeitar — o que é precisamente o problema do ovo e da galinha que um método construído para ler através de um processo acumulado na sua totalidade, de forma contínua, existe para eliminar.

2.5 Morte por Mil Cortes

O efeito cumulativo desta estrutura é raramente uma falsidade única e decisiva que perde um caso de vez. É mais frequentemente uma acumulação de pequenas omissões individualmente negáveis, individualmente sub-sancionadas, e de vantagens processuais, cada uma facilmente explicada nos seus próprios termos, cada uma absorvida no ruído habitual de um processo multifásico, nenhuma das quais, por si só, suscitaria escrutínio sério mesmo que fosse reparada. Um processo perde-se muito mais frequentemente desta forma — por acreção, ao longo de muitos pontos pequenos cada um concedido por defeito porque

ninguém estava em posição de os contestar a tempo — do que por qualquer ato dramático isolado que um tribunal reconheceria como incumprimento se ocorresse de forma isolada. Esta é a forma de dano que a doutrina processual existente é menos capaz de ver, porque a doutrina revê os erros um de cada vez, sobre a questão de se um único erro era inócuo, e nunca foi construída para fazer a pergunta cumulativa: se uma sequência de pequenas omissões individualmente defensáveis, tomadas em conjunto, determinou um desfecho que nenhuma delas individualmente poderia ser demonstrada ter causado.

A acumulação importa de uma outra forma, menos óbvia. Cada ponto pequeno e individualmente defensável, considerado face ao critério do erro inócuo por si mesmo, satisfará muitas vezes genuinamente esse critério — um tribunal a quem se pergunta se qualquer uma de dez pequenas omissões, isoladamente, alterou o desfecho, pode concluir corretamente que não. O dano reside precisamente no facto de a doutrina não ter nenhum teste comparável para o agregado: nenhum critério estabelecido pergunta se dez omissões, cada uma individualmente inócua, foram coletivamente decisivas, porque a unidade de análise da doutrina é o erro único, suscitado e revisto nos seus próprios termos, e não o padrão acumulado ao longo de toda a vida de um processo. Um método construído para segurar o padrão inteiro em vista desde o início não precisa de um novo critério jurídico para tornar isto visível. Precisa apenas de fazer aquilo que o critério existente nunca foi construído para fazer ao nível de um erro individual: seguir o padrão ao longo de toda a vida de um processo, de forma contínua, em vez de uma objeção isolada de cada vez.

É a esta condição que se dirigem as Secções 4 a 6 deste artigo. Onde o custo de encontrar qualquer um destes pontos, a tempo, foi historicamente o custo de uma parte suficientemente bem dotada de recursos a realizar o trabalho de vários processos paralelos em simultâneo, uma posição de leitura construída para segurar o registo completo de um processo em vista, de forma contínua e desde o início, elimina a dependência de qualquer parte ter os recursos, o momento certo ou a disposição para realizar esse trabalho manualmente.

Secção 3: A Literatura Existente e o Que Ainda Não Perguntou

3.1 A Conceção Standard e os Seus Críticos

A profissão jurídica examinou a sua própria relação com o patrocínio zeloso há mais tempo, e com mais profundidade, do que examinou quase tudo o resto sobre si mesma, e a literatura daí resultante já fornece a maior parte do que é necessário para enunciar com precisão, e não por impressão, a tese da Secção 1 sobre a recompensa e o modo. O ponto de partida dessa literatura — e a posição contra a qual os seus críticos têm passado várias décadas a argumentar — é o que se designa geralmente por conceção standard do papel do advogado: a visão de que a obrigação profissional central do advogado é para com o cliente, de que o advogado tem o direito, dentro dos limites da lei, de prosseguir os interesses do cliente por quaisquer meios lícitos independentemente da visão do próprio advogado sobre o seu mérito, e de que a responsabilidade moral pelo resultado — quando os meios empregues causam dano a terceiros — pertence ao sistema jurídico que os permite e não ao advogado que os empregou. Esta última jogada é muitas vezes chamada de escusa do sistema adversarial: a afirmação de que a conduta específica do papel do advogado, mesmo quando seria condenada pela moral ordinária se praticada por um cidadão comum, é tornada permissível — ou pelo menos não culpável — pelo papel institucional do advogado num sistema adversarial cuja conceção global se julga servir a justiça, ainda que nenhum dos intervenientes dentro dele seja obrigado a prosseguir a justiça diretamente.

A crítica sustentada de David Luban a esta escusa, desenvolvida ao longo de várias décadas de trabalho que culminaram no seu tratamento exaustivo do problema, continua a ser a declaração mais completa de por que a conceção standard produz exatamente o hiato entre a conduta do advogado e a responsabilidade moral ordinária que a Secção 1 descreve. A análise que Luban faz de *Spaulding v. Zimmerman* — um caso em que o mandatário da defesa, tendo ficado a saber através de um exame médico realizado para efeitos do litígio que o autor sofria de uma condição potencialmente fatal sem relação com a lesão em litígio, mas descoberta por causa dela, tinha o direito profissional de nada dizer e de deixar prosseguir uma transação sem a revelar — merece ser aqui lembrada com algum detalhe, porque é a ilustração mais clara existente na jurisprudência publicada da estrutura precisa de que este artigo se ocupa. O advogado nesse caso não mentiu. Nunca lhe foi feita a pergunta cuja resposta honesta teria sido o facto não revelado, e as regras que regiam a sua conduta do assunto não o obrigavam a apresentá-lo espontaneamente. O que fez foi nada, no sentido mais literal que lhe estava disponível, e esse nada foi, nos próprios termos da conceção standard, exatamente o que o seu papel lhe obrigava a fazer. O argumento de Luban é que as regras que permitem este resultado revelam algo

verdadeiro e perturbante sobre a própria conceção standard: é um enquadramento em que o silêncio de um advogado, por mais consequente que seja para um terceiro, não gera nenhum remanescente moral pelo qual o advogado deva responder, desde que o silêncio nunca tenha sido convertido numa declaração afirmativa incorreta. A moralidade de papel do advogado e as suas obrigações morais ordinárias foram, na conta de Luban, deliberada e permissivelmente desacopladas.

Este desacoplamento é precisamente a condição estrutural que a Secção 1 deste artigo descreve a partir de um ângulo diferente. A crítica de Luban dirige-se ao estatuto moral da conduta que a conceção standard permite — é defensável que um advogado possa permanecer em silêncio nestas condições — e responde, com grande extensão e com considerável apoio doutrinal, que não é facilmente defensável. A preocupação deste artigo é mais estreita e formula uma pergunta diferente, e num sentido específico prévia: dado que a conduta que a conceção standard permite é, na conta de Luban, já moralmente perturbante, existe algum mecanismo institucional atualmente capaz de detetar, a partir do próprio registo documental, quando esse silêncio permitido de facto ocorreu, por oposição à explicação alternativa de que nada relevante alguma vez se soube estar a ser omitido? A literatura de Luban fornece o vocabulário moral para explicar por que o silêncio importa. Não fornece, nem estava a tentar fornecer, um método para encontrar o silêncio num processo específico antes de o silêncio já ter feito o seu trabalho.

3.2 A Alternativa de Simon e Por Que o Julgamento Contextual

Também Não Resolve o Problema da Deteção

A crítica de William Simon à conceção standard assume uma posição diferente — e, em alguns aspetos, mais radical — do que a de Luban, e a diferença merece ser desenvolvida em vez de colapsada numa única categoria indiferenciada de «crítico do patrocínio zeloso», porque o diagnóstico específico de Simon acaba por incidir diretamente sobre um padrão que este artigo nomeia na Secção 4. O argumento de Simon não é, principalmente, que a conceção standard compromete os advogados com um sistema adversarial cujo custo moral é demasiado elevado. É que a falha mais profunda da conceção standard é o seu empenho num estilo de julgamento particular e, na conta de Simon, indefensável: categórico, vinculado a regras e rígido, aplicado mecanicamente para determinar o que um advogado pode ou deve fazer, em detrimento do estilo de julgamento mais contextual e sensível ao propósito que Simon defende ser simultaneamente mais honesto sobre como o julgamento jurídico funciona efetivamente em todas as outras áreas do pensamento jurídico e mais capaz de produzir resultados que sirvam a justiça em vez de apenas a conformidade processual. A alternativa proposta por Simon pede aos advogados que exerçam

algo mais próximo da discricionariedade judicial, orientada para os propósitos que a lei em causa se destinava a servir, caso a caso, em vez de se orientar pelo seguimento mecânico de regras disfarçado de neutralidade ética.

O diagnóstico de Simon é útil a este artigo por uma razão distinta da de Luban, e vale a pena ser preciso sobre qual é essa razão. Uma peça construída inteiramente a partir de movimentos categóricos e vinculados a regras — cada elemento formal alegado, cada objeção processual disponível suscitada, cada defesa standard afirmada na ordem convencional — pode ser, na própria conta de Simon, exatamente o tipo de advocacia que a conceção standard recompensa e exatamente o tipo de advocacia que produz o padrão que a Secção 4.3 deste artigo nomeia: um documento formalmente completo do ponto de vista categórico, ao mesmo tempo que substantivamente silencioso sobre o único ponto que de facto exigia uma resposta contextual e sensível ao propósito. A crítica de Simon não é, nos seus próprios termos, um método para detetar este padrão em qualquer peça específica; é um argumento de que os advogados devem raciocinar de modo diferente do que a conceção standard lhes pede atualmente. Mas o padrão que o estilo de julgamento preferido de Simon — mais contextual — se destina a corrigir é precisamente o padrão que o teste documental deste artigo está construído para fazer aflorar mecanicamente, sem exigir que o advogado que lê os autos tenha previamente adotado a disposição jurisprudencial preferida de Simon. Onde Simon pede aos advogados que raciocinem melhor, este artigo pergunta se uma posição de leitura externa ao advogado pode detetar, apenas a partir dos documentos, os casos em que o estilo categórico e vinculado a regras que Simon critica produziu exatamente o hiato que o seu próprio enquadramento prevê que produza.

Vale a pena notar, em respeito pelo considerável debate interno que esta literatura contém, que a proposta de Simon não ficou sem resposta dentro do campo nos seus próprios termos. A resposta de Robin West a Simon, que defende uma versão mais próxima da conceção standard contra o que ela caracteriza como a subestimação por Simon do valor político e institucional de regras jurídicas previsíveis e categóricas aplicadas uniformemente, independentemente do julgamento individual do advogado sobre o propósito subjacente de uma lei, é uma peça séria e sustentada do mesmo debate, e este artigo não toma posição sobre qual dos lados do desacordo tem razão. O que importa para o presente propósito é apenas que o desacordo existe, que é conduzido inteiramente ao nível de como um advogado deve raciocinar sobre a sua própria conduta, e que nenhuma posição dentro dele — nem a de Luban, nem a de Simon, nem a defesa de West da aplicação categórica de regras — pretende fornecer um método para testar, do exterior da cabeça do advogado e depois de a peça já ter sido apresentada, qual o estilo de raciocínio que efetivamente produziu o documento em frente ao leitor.

3.3 A Própria Fronteira e o Seu Mecanismo de Aplicação

Uma vertente relacionada e mais praticamente orientada da literatura aborda não a justificação subjacente para o patrocínio zeloso mas a questão operacional de onde se situa a sua fronteira e como essa fronteira é aplicada. Esta literatura documenta, em detalhe, o abrandamento histórico do vocabulário próprio da profissão — os códigos deontológicos que outrora falavam inequivocamente de zelo falam cada vez mais de diligência, e algumas jurisdições suprimiram a palavra «zeloso» das suas regras formais por inteiro, enquanto o comentário dentro dessas mesmas jurisdições reconhece, com franqueza, que a disposição subjacente que a palavra outrora nomeava continua a operar na prática independentemente de como o código de regras atual a designa. Esta vertente da literatura documenta igualmente os mecanismos pelos quais a fronteira, seja como for descrita, é efetivamente policiada: regras deontológicas que proíbem táticas ofensivas, procedimentos disciplinares para os desvios mais extremos, sanções judiciais para a conduta que passa de advocacia para assédio ou para declaração afirmativa incorreta ao tribunal.

O que esta literatura não fornece, e nunca foi construída para fornecer, é um método para testar, como questão documental, se uma peça específica cruzou de facto a fronteira que descreve. A literatura é, neste sentido, jurisprudencial e institucional e não forense: pergunta onde a linha deve situar-se, debate como a profissão deve descrever as suas próprias obrigações, e cataloga as consequências disciplinares que decorrem de a cruzar uma vez que a travessia foi identificada e provada pelos mecanismos ordinários de queixa, investigação e adjudicação. Não pergunta, e não tem aparato para perguntar, se uma dada peça, lida face a tudo o resto já constante do mesmo processo, cruzou a fronteira no momento em que a peça foi apresentada — que é precisamente o hiato entre a alocação formal do escrutínio e a realidade probatória que a Secção 6 deste artigo desenvolve amplamente.

3.4 O Que a Análise de Dados do Contencioso Mede e Por Que Nenhuma Delas Chega Aqui

Uma literatura paralela e mais recente desenvolveu-se em torno da aplicação de dados e computação ao próprio contencioso, e é igualmente madura no seu próprio âmbito, embora consideravelmente mais jovem do que a literatura de deontologia da advocacia a que se junta. Três categorias distintas de ferramentas merecem ser nomeadas com precisão, porque a comparação que este artigo traça depende de descrever cada uma com rigor em vez de tratar a «IA jurídica» como uma categoria indiferenciada.

A primeira categoria é a análise de previsão de resultados e de requerimentos. As plataformas desta categoria — entre as mais estabelecidas das quais se

combinam grandes bases de dados históricas de contencioso federal e estadual com análises estruturadas sobre juízes, tribunais e mandatários da parte contrária — reportam informação detalhada e granular sobre como um juiz específico decidiu requerimentos comparáveis no passado, com que frequência um litigante específico transaciona antes do julgamento, e qual o intervalo provável de indemnizações ou desfechos de resolução para um dado tipo de processo num dado tribunal. A precisão preditiva reportada para estes sistemas, no âmbito dos tipos de requerimento e categorias de processo em que foram mais extensamente validados, situa-se entre setenta e oitenta e cinco por cento — um resultado empírico genuinamente forte, bem acima da precisão geralmente atribuída à previsão humana desassistida dos mesmos desfechos, e que alterou materialmente a forma como alguns litigantes abordam a avaliação precoce dos processos, a valorização de transações e a estratégia de foro. Nada deste aparato analítico, por mais sofisticado que seja, pergunta se as peças subjacentes a um processo específico são internamente coerentes entre si ou umas com as outras. A variável que o sistema está construído para observar é o desfecho do litígio e as tendências comportamentais dos atores humanos envolvidos em o decidir ou alegar; a variável de que este artigo se ocupa — se uma afirmação específica numa peça específica sobrevive ao confronto com o resto do processo — simplesmente não faz parte do que estes sistemas foram construídos para computar, e nada da arquitetura que os torna excelentes na primeira tarefa os equipa para a segunda.

A segunda categoria é a das plataformas de revisão de documentos jurídicos e de análise de contratos, várias das quais foram originalmente desenvolvidas para, e continuam a ser mais utilizadas na, due diligence transaccional de grande escala e não no contencioso propriamente dito. Estas plataformas aplicam machine learning — em alguns casos construído sobre modelos proprietários treinados especificamente para a compreensão de documentos jurídicos em vez de sobre modelos de linguagem de uso geral — a grandes conjuntos de contratos ou peças, e são genuinamente eficazes numa tarefa específica e bem definida: identificar cláusulas que se desviam de um modelo standard ou do próprio guia de uma organização, sinalizar redação invulgar, fazer aflorar disposições em falta ou não standard em milhares de documentos muito mais rapidamente do que a revisão manual permitiria. Trata-se de deteção de anomalias face a um modelo, e é valiosa precisamente porque a maior parte do que um revisor de due diligence precisa de encontrar é exatamente este tipo de desvio face a um padrão esperado. É também, numa análise cuidada, uma operação fundamentalmente diferente daquela de que este artigo se ocupa. Uma cláusula que se afasta de um modelo standard é sinalizada porque difere do que documentos semelhantes habitualmente dizem, não porque tenha sido testada face ao que um outro documento específico, apresentado por uma outra parte específica no mesmo processo, efetivamente mostra. Detetar que uma cláusula é invulgar não é a

mesma operação que detetar que uma afirmação de facto positiva contradiz material já constante do mesmo processo, e uma plataforma construída e validada para a primeira tarefa não fornece, por extensão, qualquer capacidade para a segunda.

A terceira categoria é a das plataformas de análise de sinistros e contencioso do setor segurador, utilizadas principalmente dentro da indústria seguradora e não diretamente pelas sociedades de advogados. Estas combinam dados estruturados de sinistros — datas, montantes, códigos de tipo de processo, tribunal — com processamento de linguagem natural aplicado às notas dos gestores de sinistros e às narrativas dos sinistros, para pontuar a propensão para o contencioso, sinalizar a emergência de agravamento e apoiar uma intervenção mais precoce em sinistros que o modelo identifica como suscetíveis de escalar. Esta é uma capacidade genuinamente valiosa, e o material publicado pela própria indústria sobre o tema trata-a como um avanço significativo face à triagem manual baseada em julgamento. Opera, contudo, sobre campos de resumo e comentários de gestores de sinistros, e não sobre uma leitura contínua e cruzada dos documentos jurídicos subjacentes, e o seu objetivo preditivo é o custo e a trajetória provável do sinistro como questão estatística ao nível da carteira, e não a coerência interna de uma peça específica face ao resto do seu próprio processo.

Um quarto e mais recente desenvolvimento merece breve menção porque aborda a questão dos incentivos de que este artigo também se ocupa, a partir de uma direção que vale a pena distinguir com cuidado. Trabalho recente em modelação computacional começou a formalizar o próprio contencioso como uma simulação multi-agente com estrutura de recompensa, em que as partes são modeladas como otimizando objetivos concorrentes — impor custos ao adversário, obter atraso favorável, avançar a pretensão subjacente — ao abrigo de uma função de payoff que recompensa cada um deles independentemente do mérito subjacente da pretensão. Este trabalho é uma confirmação formal valiosa, chegada de forma independente e através de métodos inteiramente diferentes, da mesma estrutura de incentivos que o trabalho anterior deste autor sobre a fabricação da má fé deriva de primeiros princípios: que os participantes no contencioso enfrentam payoffs que recompensam o comportamento estratégico, incluindo o atraso e a imposição de custos, em termos não relacionados com o mérito do litígio subjacente. É, contudo, um modelo do jogo visto do exterior — uma simulação de como se esperaria que agentes racionais se comportassem sob uma estrutura de recompensa especificada, usada para estudar padrões estratégicos agregados em muitos processos simulados — e não um método para ler um processo real específico para determinar o que um ator específico fez, como questão documental.

Esse mesmo corpo de trabalho reporta uma conclusão que vale a pena enunciar com precisão, porque incide diretamente sobre o segundo sinal que este artigo desenvolve na Secção 4.2. Quando os agentes simulados são levados a otimizar apenas sobre a estrutura de payoff processual — sem qualquer instrução para se comportarem de forma adversarial e sem estratégias de exploração escritas neles antecipadamente — convergem de forma independente em cadeias de exploração reconhecíveis: inflacionar os custos do adversário, engendrar atraso através de pressão de calendário, e extrair valor de transação em pretensões de mérito subjacente reduzido. Que tais estratégias emirjam automaticamente da estrutura de recompensa em vez de terem de ser escritas nos agentes pelos seus designers é exatamente a confirmação que o sinal de estrutura de incentivos deste artigo prevê: o comportamento é uma propriedade da própria paisagem de incentivos, descobrível por qualquer otimizador suficientemente capaz colocado dentro dela, e não uma característica do caráter de qualquer litigante individual.

3.5 A Pergunta que Ninguém Fez

O que une o hiato em todas estas quatro literaturas não é que qualquer delas seja incompleta nos seus próprios termos. Cada uma responde bem a uma pergunta real e difícil, dentro do âmbito para o qual foi construída. É que nenhuma delas foi construída para fazer a pergunta que a Secção 1 nomeou: não se uma dada peça de advocacia se situa dentro ou fora da fronteira ética que a profissão fixou para si mesma, não se é provável que um dado caso seja ganho, não se uma dada cláusula se desvia de um modelo standard, e não como se espera que uma população de litigantes racionais se comporte em agregado sob uma dada estrutura de incentivos, mas sim se uma afirmação específica, feita numa peça específica, sobrevive ao confronto com tudo o resto já constante do mesmo processo — e, se não sobrevive, que tipo de lacuna essa falha mais plausivelmente representa, dado quem a fez e o que a posição documentada dessa parte tornava racional que fizesse.

A literatura de deontologia da advocacia tem o vocabulário para a fronteira mas nenhum método para testar uma dada peça face a ela. A literatura de previsão de resultados tem o método para prever resultados à escala mas nenhum interesse em, ou capacidade para, testar a coerência interna. A literatura de revisão de documentos tem o método para encontrar desvios face a um modelo mas não para encontrar contradições face a um processo específico, em evolução e entre partes. A literatura de análise de sinistros tem o método para pontuar o risco ao nível da carteira mas opera sobre resumos em vez de sobre as peças subjacentes. E a literatura de modelação formal de incentivos explica por que o comportamento de que este artigo se ocupa se deverá esperar que ocorra, em princípio, sem localizar uma única instância da sua ocorrência nos factos. O resto

deste artigo especifica o que exige fazer a pergunta que nenhuma destas literaturas faz.

Secção 4: Três Sinais, Segurados em Conjunto

4.1 A Distância de Competência, Relembra

O primeiro sinal, desenvolvido amplamente no trabalho anterior deste autor sobre o hiato entre qualificação e especialização, mede quão longe a experiência demonstrada de um profissional se situa do conteúdo técnico específico do assunto que lhe foi atribuído. Esse trabalho anterior distinguiu qualificação — uma variável limiar binária, satisfeita ou não, que codifica apenas que algum padrão mínimo definido foi satisfeito em algum ponto no passado — de distância de especialização, uma variável contínua que descreve quantos passos conceptuais e práticos separam a experiência demonstrada de um profissional do conteúdo técnico específico que um dado assunto efetivamente exige. O propósito dessa distinção, no trabalho anterior, era dar ao termo de probabilidade no valor esperado de um litígio uma base estruturada e observável, em vez de o deixar à intuição não estruturada: uma distância larga entre o histórico demonstrado de um profissional e as exigências técnicas de um assunto prevê uma menor probabilidade de o valor subjacente do assunto ser realizado em vez de ser erodido por atraso, descaracterização ou erro processual.

O seu propósito aqui é mais estreito e mais específico, e vale a pena ser preciso sobre a diferença. O trabalho anterior usou a distância de competência para descontar o valor diretamente. Este artigo usa-a diagnosticamente, para incidir sobre qual das faces da moeda descrita na Secção 1.3 uma dada lacuna documental tem mais probabilidade de mostrar. Uma distância de competência larga torna um erro inocente uma explicação plausível para uma contradição nos autos — um profissional que trabalha muito fora da sua área de profundidade demonstrada é exatamente o profissional com mais probabilidade de apresentar uma afirmação sem reconhecer que algo já na sua própria posse a contradiz, porque reconhecer a contradição exigiria em si mesmo um grau de fluência na matéria que a história profissional do próprio profissional não mostra que possua. Uma distância estreita faz o oposto, e fá-lo com força considerável. Um profissional demonstravelmente especialista precisamente na área técnica onde uma contradição se situa tem uma afirmação muito mais ténue de a ter simplesmente perdido, porque a mesma especialização que o qualifica para tratar o assunto é a especialização que, no caso ordinário, teria tornado a contradição óbvia para ele numa leitura competente do seu próprio processo. A mesma lacuna documental, encontrada na peça de um especialista reconhecido no domínio relevante, tem por isso uma probabilidade à priori materialmente diferente da lacuna idêntica encontrada na peça de um generalista que opera bem fora da sua área de profundidade, ainda que a lacuna em si — o mero facto da contradição — seja idêntica em ambos os casos.

Nada neste sinal resolve a questão por si só, e vale a pena reenunciar este limite antes de passar ao sinal seguinte, porque o limite faz parte do que torna a combinação na Secção 4.4 necessária em vez de redundante. A distância de competência é uma afirmação sobre plausibilidade, não um veredicto sobre o que efetivamente aconteceu numa instância específica. Uma distância larga não prova negligência, e uma distância estreita não prova exploração; qualquer dos profissionais, em qualquer das configurações, pode ter-se comportado exatamente como um profissional cuidadoso e honesto se teria comportado nas mesmas circunstâncias. O contributo do sinal é estreitar o espaço de explicações que uma contradição documental admite, antes de qualquer outro sinal ser aplicado — deslocando uma probabilidade à priori, não estabelecendo um facto.

4.2 A Estrutura de Incentivos, Relembrada

O segundo sinal, desenvolvido no trabalho anterior deste autor sobre a fabricação da má fé, descreve a estrutura de payoff que enfrenta uma parte que detém informação relevante para um litígio e tem de decidir se a revela. O resultado formal central desse artigo, aqui brevemente relembrado porque as Secções 5 e 6 deste artigo dependem diretamente dele, é que sempre que um regime jurídico atribui valor zero à retenção de informação relevante e o seu custo à revelação — financeiro, reputacional ou estratégico —, uma parte que detém essa informação não tem nenhum cenário, dados os valores supletivos processuais atuais, em que a revelação a deixe melhor do que o silêncio. A retenção domina portanto como estratégia, no sentido específico de dominância da teoria dos jogos: é a melhor escolha independentemente do que a outra parte fizer, o que significa que o sistema se estabiliza num equilíbrio de silêncio que persiste não porque qualquer interveniente individual seja invulgarmente desonesto, mas porque a estrutura de payoff torna o silêncio a escolha racional para um participante comumente interessado.

A Secção 2 deste artigo deu a esse resultado abstrato uma forma processual concreta específica ao presente argumento: uma omissão processual, mesmo quando é posteriormente identificada e sancionada, atrai tipicamente uma sanção totalmente desligada da dimensão do que a omissão pode ter decidido, enquanto o benefício de uma decisão favorável obtida na sua ausência é ilimitado. Um ator que enfrenta esta assimetria não se comporta de forma excecional, nem mesmo inusualmente ousada, ao escolher o silêncio. O silêncio é simplesmente a estratégia de equilíbrio à sua disposição, com os números que o próprio sistema aplica, e escolhê-lo não exige qualquer desvio da racionalidade comum de interesse próprio.

O contributo deste sinal para a combinação desenvolvida nesta Secção é mapear, para qualquer interveniente ligado a um processo, o que a sua posição documentada — o seu papel no processo, o que já apresentou, o que as regras

processuais aplicáveis à sua posição tornam custoso ou gratuito revelar — torna racional que afirme, retenha ou proteja, independentemente de esse interveniente ter de facto feito alguma dessas coisas. Descreve a paisagem de motivos em que uma contradição se situa, da mesma forma que um mapa de um terreno descreve quais as rotas mais fáceis de percorrer sem descrever qual a rota que qualquer viajante específico efetivamente tomou. Não estabelece, por si só, que qualquer interveniente agiu sobre o incentivo que identifica, e uma leitura que tratasse este sinal como prova de algo mais do que aquilo que um interveniente estava racionalmente posicionado para preferir estaria a alegar consideravelmente mais do que o sinal suporta.

4.3 Coerência Documental Interna, Introduzida

O terceiro sinal é aqui especificado pela primeira vez e é, na combinação que este artigo propõe, o que converte os outros dois de contexto de fundo em constatação ativa. É melhor entendido como dois testes relacionados em vez de um, porque uma peça pode falhar em qualquer deles independentemente do outro, cada um falha de uma forma que a leitura sequencial ordinária está mal equipada para apanhar, e os dois em conjunto cobrem consideravelmente mais do território de que este artigo se ocupa do que qualquer um deles isoladamente.

O primeiro teste é o mais naturalmente associado à coerência interna no sentido ordinário da expressão: uma afirmação de facto positiva feita numa peça sobrevive ao confronto com material já presente no mesmo processo acumulado — os próprios documentos juntos pelo apresentante, as suas próprias submissões anteriores, material apresentado por outra parte no mesmo processo ou num processo relacionado — independentemente de quem tem razão sobre o litígio subjacente? Este teste é restringido, deliberadamente e como questão de princípio e não de conveniência, a afirmações de facto em vez de argumentação jurídica. Um desafio de competência, uma defesa de prescrição, uma valoração controvertida são posições, e partes razoáveis podem discordar sobre elas, por vezes durante anos, sem que nenhuma seja demonstrada errada por nada constante dos autos; resolver uma posição é função do tribunal, e nada no registo documental o faz antecipadamente. Uma afirmação de que uma licença estava em vigor, de que um pagamento era compensatório em vez de outra coisa, de que um documento diz o que uma peça afirma que diz, é diferente em natureza: o próprio processo ou contém o que tornaria a afirmação verdadeira ou contém algo que a torna falsa, e resolver qual delas não exige nenhum juízo sobre o mérito subjacente, apenas uma comparação entre o que foi dito e o que o mesmo processo, tomado como um todo, efetivamente mostra. Esta restrição importa porque é o que mantém o teste suficientemente estreito para evitar invadir a função do próprio tribunal. O teste não pergunta quem deve ganhar. Pergunta

apenas se uma afirmação factual específica, feita pelo caminho, é coerente com o resto do que a mesma parte — ou outra parte — já pôs nos autos.

O segundo teste é mais amplo, consideravelmente mais difícil de sustentar por um leitor humano ao longo de um processo longo ou adversarial e, na avaliação deste artigo, o mais consequente dos dois na prática, porque faz aflorar uma categoria de lacuna que o primeiro teste de todo não consegue alcançar. O segundo teste pergunta: uma peça efetivamente responde ao que a parte contrária especificamente colocou em causa, ou passa o ponto em silêncio enquanto aborda tudo o que o rodeia com extensão e em detalhe confiante e bem organizado? Uma defesa pode satisfazer cada elemento formal que um litigante competente está treinado para incluir — pode estar devidamente alegada, plenamente referenciada, estruturada na ordem convencional que um tribunal espera ver, citando as autoridades certas nos lugares certos — enquanto dedica a maior parte da sua extensão a matérias que a parte contrária nunca contestou seriamente, e uma frase, ou nada de todo, ao único ponto que foi efetivamente colocado squarely em causa e que o processo mais plausivelmente decide. Lida isoladamente, tal peça apresenta-se como exaustiva e bem preparada, porque a exaustividade, tal como normalmente percebida por um leitor, é uma função de quanto material cuidadoso e de aspeto competente um documento contém, e não uma função de se esse material é o material que o assunto efetivamente exigia. Lida face à alegação específica que foi apresentada para responder, a desproporção entre o que era necessário tratar e o que foi efetivamente tratado é em si mesma o sinal — não uma contradição no sentido estrito que o primeiro teste procura, mas uma ausência, conspícua uma vez nomeada e muito facilmente perdida de outra forma.

O segundo teste importa especificamente por causa de como a atenção humana funciona exatamente nestas condições, e este ponto merece ser desenvolvido em vez de meramente afirmado, porque é a base da afirmação deste artigo — retomada com maior extensão nas Secções 6 a 8 — de que a capacidade aqui descrita não é meramente uma versão mais rápida do que um revisor humano cuidadoso já faz. Um revisor que percorre uma peça longa, confiante e devidamente formatada experimenta a sua exaustividade sobre as matérias que efetivamente aborda como razão para tranquilidade, e essa tranquilidade é mais forte precisamente onde é menos justificada: na página em que o documento deixa silenciosamente de abordar o que importava e passa para o próximo ponto devidamente tratado e não contestado. Isto não é uma falha de diligência da parte do revisor, e seria um erro ler este artigo como criticando a competência de qualquer revisor individual que o tenha experienciado. É uma propriedade ordinária da leitura sequencial sob pressão de tempo, em volume, e recorre independentemente de quão hábil seja o revisor, porque a competência que o momento exige não é uma leitura mais atenta do que está na página, mas a

recordação ativa do que nunca foi posto lá — manter, ao longo de todo o processo, uma lista separada e continuamente atualizada de tudo o que o assunto efetivamente exige resposta, e verificar cada nova peça face a essa lista em vez de face à impressão que a peça cria nos seus próprios termos. Manter tal lista, com precisão, ao longo de meses ou anos de peças, ao mesmo tempo que se lê cada nova peça com atenção suficiente para reparar quando a sua prosa confiante está silenciosamente a deixar de responder a um item da lista, é uma tarefa cognitivamente exigente que concorre diretamente com o negócio ordinário e sequencial de ler o documento em frente por aquilo que diz, e não pelo que omite.

Um método construído para manter essa lista de forma explícita, e para a comparar com cada peça mecanicamente e não impressionisticamente, não experimenta a tranquilidade que torna a lacuna fácil de perder, porque não está a formar uma impressão geral da exaustividade do documento — está a realizar uma comparação específica e estreita entre uma lista definida de resposta exigida e o conteúdo efetivo do documento, repetida de forma consistente independentemente de quanto material não relacionado rodeia a lacuna. Não está a ler mais rapidamente do que um revisor humano, e o valor do método não depende de qualquer afirmação de que lê com compreensão superior. Está a ler por uma coisa diferente: não se o documento parece completo, mas se é completo face a uma lista específica e nomeada do que efetivamente lhe era exigido. Esta é, num sentido preciso, a mesma distinção que a Secção 1 traçou entre o mentiroso e quem debita treta, aplicada ao ato de ler em vez de ao ato de escrever: um revisor que experimenta tranquilidade a partir de um documento que parece exaustivo não foi enganado em nenhum sentido técnico, e pode nem ter sido o alvo deliberado de nada — a tranquilidade é simplesmente o efeito previsível que uma peça longa, confiante e devidamente estruturada tem sobre a atenção sequencial, quer a lacuna dentro dela tenha sido ou não colocada por desígnio.

4.4 Por Que Nenhum É Suficiente Isoladamente e o Que a Combinação Produz

Cada sinal, usado isoladamente, produz algo consideravelmente menos útil do que o que os três produzem em conjunto, e vale a pena percorrer cada caso de aplicação parcial antes de enunciar o resultado combinado, porque a fraqueza de cada sinal isoladamente é precisamente o que explica por que nenhuma das literaturas existentes analisadas na Secção 3 — cada uma das quais desenvolveu, no máximo, algo semelhante a um destes três sinais — produziu a capacidade que este artigo especifica.

Uma pontuação de distância de competência isolada afirma que existe uma discrepância algures na relação entre um profissional e um assunto, sem

localizar qualquer instância específica nos autos em que essa discrepância tenha efetivamente importado para algo atualmente em causa. Uma sociedade ou uma seguradora apresentada com apenas uma figura de distância de competência foi informada de que existe risco em abstrato, da forma como uma tabela atuarial informa uma seguradora de que existe risco numa população, sem identificar qual apólice específica na carteira é aquela em que o risco já se materializou num problema real e localizável.

Um mapa de incentivos isolado afirma que um interveniente está racionalmente posicionado para preferir o silêncio à revelação sobre alguma matéria, sem identificar nada que esse interveniente tenha, como questão de facto documental, efetivamente mantido em silêncio. Este é, num sentido, o mais fraco dos três sinais tomados em pura isolamento, porque descreve uma tendência estrutural comum a quase todos os intervenientes em quase todos os processos — o incentivo para preferir o silêncio favorável à revelação dispendiosa é, afinal, próximo do universal entre as partes no contencioso —, e um sinal que se aplica quase em toda a parte, sem refinamento adicional, fornece muito pouca informação sobre qualquer processo particular.

E uma lacuna documental encontrada isoladamente — seja uma contradição direta localizada pelo primeiro teste da Secção 4.3, seja um silêncio ostensivo localizado pelo segundo — é, sem os outros dois sinais, simplesmente uma anomalia. Pode ser inadvertida: um erro de redação, uma referência ao documento de prova errado, um processo genuinamente ambíguo que admite mais de uma leitura razoável e que aconteceu ser lido de forma diferente por duas peças diferentes sem que qualquer das leituras seja irrazoável. Pode ser imaterial: uma contradição sobre um ponto que nenhum dos lados efetivamente contesta, reparada apenas porque o método que a procura ainda não sabe quais os pontos que estão vivos. Ou pode ser genuinamente explicável com base em fundamentos que o apresentante forneceria prontamente se fosse perguntado. Nada na própria anomalia, considerada sem referência a quem a criou ou ao que a sua posição documentada tornava racional para ela, diz qual destas explicações se aplica.

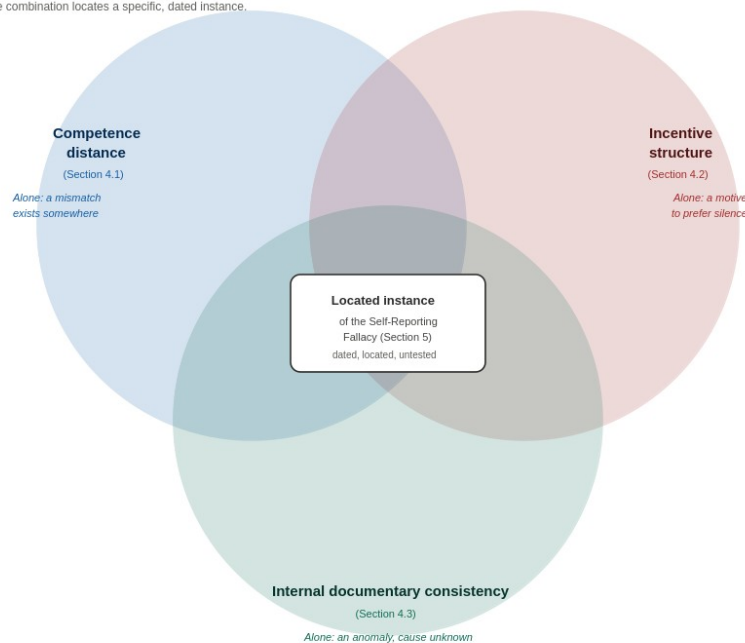
É apenas quando os três são lidos em conjunto que algo mais específico do que «existe algures uma anomalia» fica disponível, e a especificidade que esta combinação produz é a tese metodológica central do artigo. Uma lacuna documental — uma contradição ou um ponto sem resposta — encontrada num assunto em que o perfil de competência do profissional que fez a afirmação se situa suficientemente longe do seu conteúdo técnico para tornar plausível um erro inocente, ou, na configuração oposta, suficientemente perto para tornar difícil de creditar um erro inocente, e em que a posição documentada desse profissional o coloca dentro de uma estrutura de incentivos em que o silêncio não custa nada enquanto a revelação custa a posição já apresentada, já não é

meramente uma anomalia. É a instância específica e localizada do problema estrutural que a Secção 1 nomeou: uma afirmação, ou um silêncio que a substitui, que ninguém com razão para testá-la face ao processo alguma vez testou, alojada num processo que já continha os meios para a testar.

O método não afirma distinguir, apenas com base nesta combinação, a mentira da indiferença à verdade que a Secção 1 coloca a par dela, e este limite merece ser reenunciado claramente porque incide diretamente sobre como o resultado do método deve ser usado. Afirma apenas que a lacuna nunca foi testada por ninguém posicionado para não ter interesse na resposta, e que o processo, lido como um todo e não como uma sequência de peças isoladas, já continha o que o teste exigia. Se o profissional que criou a lacuna o fez por uma falha de competência, por uma aposta calculada em que o silêncio não seria examinado, ou por alguma combinação que o mero registo documental não consegue resolver completamente, é uma questão para a qual a combinação estreita o espaço de respostas prováveis, sem pretender responder definitivamente. As Secções 5 e 6 retomam o que se segue uma vez que essa combinação é encontrada na instância específica e recorrente que este artigo usou ao longo de todo como a sua demonstração mais clara.

Three signals, held together (Section 4.4)

Each signal alone is weak. The combination locates a specific, dated instance.



The method flags this convergence. It does not adjudicate what the gap means — see Section 6.3.

Figura 2. Os três sinais segurados em conjunto. Cada um isoladamente produz apenas uma constatação fraca — uma discrepância, um motivo ou uma anomalia inexplicada. Só onde a distância de competência, a estrutura de incentivos e a coerência documental interna convergem é que uma lacuna documental se converte numa instância localizada da Falácia da Autodenúncia. Ver Secção 4.4.

Secção 5: O Momento em que a Cobertura se Esgota

5.1 O Patrocínio Zeloso e a Fronteira que Exige Cobertura para ser Cruzada

Um advogado que opera no limite extremo do patrocínio zeloso está, por definição, a operar onde o risco pessoal e profissional de ter julgado mal a fronteira é mais elevado. Nenhum advogado competente se aproxima dessa fronteira sem acreditar, com razão ou sem ela, que algo ampara a posição tomada se vier a ser contestada: uma leitura defensável de um processo ambíguo, uma caracterização plausível de um documento que poderia razoavelmente comportar mais do que um significado, uma interpretação que um tribunal poderia, de boa fé, aceitar, ainda que não venha a aceitar. Esta convicção não é incumprimento. É a condição ordinária da advocacia conduzida perto dos seus próprios limites, e a estrutura de recompensa da profissão, descrita na Secção 1 e desenvolvida amplamente através da literatura de deontologia da advocacia analisada na Secção 3, dá todas as razões para operar ali em vez de bem dentro de uma margem mais segura, porque os resultados obtidos perto da fronteira não são recebidos, faturados ou recordados de forma diferente dos resultados obtidos confortavelmente a distância dela.

O que isto significa, enunciado com precisão, é que cada peça apresentada perto dessa fronteira carrega uma afirmação implícita de cobertura — uma afirmação de que a posição tomada, por mais agressiva que seja, continua a ser uma leitura defensável dos autos e não uma afirmação que o próprio processo já exclui. A seguradora de responsabilidade civil profissional que ampara a sociedade de advogados não tem, na prática atual, qualquer visibilidade sobre quanta cobertura uma peça específica tem efetivamente, pelas razões exatas que a Secção 3.4 descreve: a análise disponível para essa seguradora reporta tendências comportamentais e desfechos históricos, não a distância entre uma peça específica e o registo documental que a sustenta ou mina. A seguradora tarifa por isso o risco da sociedade como se a distância entre cada peça e a fronteira fosse aproximadamente uniforme em toda a carteira da sociedade. Não é uniforme. Algumas peças são apresentadas com cobertura real: uma leitura genuinamente contestável de um processo ambíguo, sustentável nos documentos tal como existem, defensável mesmo que um tribunal acabe por discordar. Outras são apresentadas com cobertura que já se esgotou — em que o documento em que se baseia para sustentar uma afirmação, lido na íntegra, não a suporta, ou afirmativamente a contradiz — e a peça prossegue ainda assim, porque a alternativa é conceder uma posição já tomada numa peça anterior no mesmo processo, com o custo que essa concessão acarretaria para a credibilidade e o momentum.

5.2 O Momento em que a Prova Junta pelo Próprio Profissional Contradiz a sua Própria Afirmação

O momento em que a cobertura se esgota, nesta perspetiva, não é o momento em que um tribunal por fim repara, o que a Secção 2 já demonstrou poder nunca acontecer dentro da vida do processo, dado quão raramente os litígios cíveis chegam ao tipo de revisão judicial exaustiva que o «o tribunal teria reparado» implicitamente assume. É o momento em que a contradição é criada — o momento em que um profissional afirma um facto positivo a um tribunal, a um regulador ou à parte contrária enquanto já detém, no mesmo processo, material que contradiz a afirmação. Antes desse momento, nada distingue este processo de qualquer outro a ser defendido perto da fronteira do patrocínio zeloso, com o grau de cobertura genuína que os factos subjacentes por acaso fornecem. Depois dele, algo específico e nomeável ocorreu: foi feita uma afirmação que o próprio processo do profissional que a fez, lido na íntegra, não suporta, e o hiato entre afirmação e processo existe agora, datado e localizado, quer alguém leia suficientemente longe para o encontrar ou não.

Esta é precisamente a instância que a Secção 4 descreve em combinação, e vale a pena percorrer a combinação através deste acontecimento específico explicitamente, porque fazê-lo mostra por que os três sinais, e não apenas um deles, são necessários para o localizar com a especificidade que este artigo afirma para o método. O teste documental da Secção 4.3 localiza a própria lacuna — a frase específica que afirma um facto e o documento específico, já no mesmo processo, que não o sustenta. O sinal de distância de competência da Secção 4.1 incide sobre se a lacuna reflete mais plausivelmente um profissional que não reconheceu o que o seu próprio processo já mostrava — porque o conteúdo técnico do assunto se situava bem fora da sua área demonstrada de prática — ou um que reconheceu, porque o assunto se situava squarely dentro dela. O sinal de incentivo da Secção 4.2 explica por que, seja qual for destes dois, o profissional que criou a lacuna não tem razão estrutural para a fazer aflorar ele próprio, e tem toda a razão estrutural, dados os valores supletivos processuais descritos na Secção 2, para deixar a peça manter-se e prosseguir em vez de a retirar uma vez apresentada.

5.3 Por Que o Risco do Cliente e o Risco da Sociedade Divergem Exatamente Nesse Momento e Não Antes

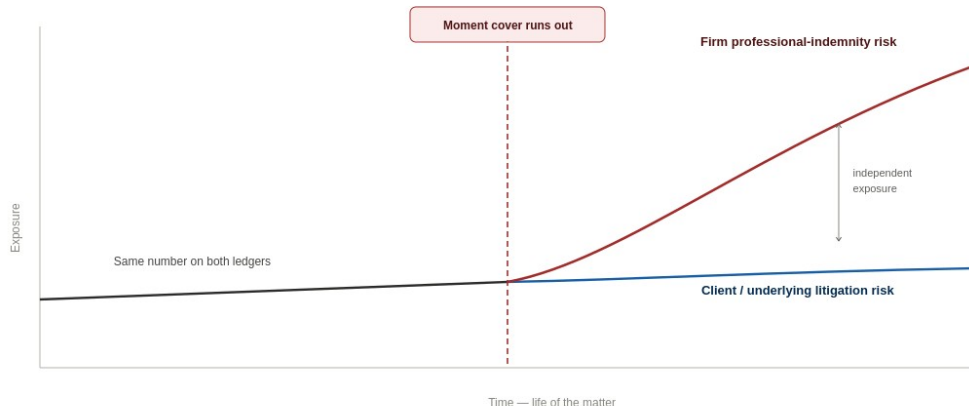
Até ao momento descrito na Secção 5.2 ocorrer, o risco de litígio da parte representada e o risco de responsabilidade civil profissional da sociedade mandatária são, na substância, o mesmo número: a única exposição da sociedade é o valor do litígio subjacente, descontado pela probabilidade de o próprio patrocínio da sociedade ter êxito. Os dois riscos evoluem em conjunto porque são, até esse ponto, matematicamente a mesma quantidade vista a partir de dois

livros de contabilidade diferentes. Uma vez que o momento ocorre, isto deixa de ser verdade, e deixa de ser verdade de forma descontínua e não gradual. A sociedade criou agora uma segunda exposição autónoma — uma falha profissional que existe como questão de registo independentemente de como o litígio subjacente venha a resolver-se, porque um tribunal que depois decida a favor do cliente sobre o mérito não apagou o facto de que o próprio patrocínio do cliente avançou uma posição que o processo do patrocínio não suportava. Esta segunda exposição não é contingente em relação à pretensão subjacente, e esta independência é a característica precisa que torna a divergência significativa em vez de meramente uma curiosidade contabilística. Sobrevive a uma vitória sobre o mérito tão facilmente como a uma derrota, porque é um facto sobre como o processo foi conduzido e não sobre quem tinha razão, e a questão de quem tinha razão e a questão de se o patrocínio ao longo do caminho era ele próprio sólido são, após o momento da Secção 5.2, genuinamente questões separadas com respostas genuinamente separadas.

Tendo os dois números divergido, o maior deles não é, no caso comum, já a pretensão original, e isto merece ser enunciado com a ênfase que merece porque é a implicação única mais consequente que este artigo retira do mecanismo que descreve. Uma exposição de responsabilidade civil profissional criada desta forma tem a sua própria medida de danos — o custo da posição ter sido tomada, o atraso que causou, a credibilidade que custou ao cliente perante o tribunal, o gasto de a desfazer ou defender uma vez exposta —, e essa medida é fixada pela dimensão da falha profissional e das suas consequências a jusante, e não pelo valor do litígio que lhe deu origem. Uma pretensão subjacente modesta, conduzida desta forma, pode gerar uma exposição de responsabilidade civil profissional que a esmaga muitas vezes, porque os danos de responsabilidade civil profissional são medidos com uma bitola inteiramente diferente do valor do litígio original: são medidos pelo que a conduta do próprio profissional custou ao cliente e, onde a lacuna se compôs na cascata descrita na Secção 5.4, pelo que custou também à parte contrária. Isto não é um caso limite que exige factos invulgares. É a consequência direta e trivial da própria divergência, disponível sempre que o momento da Secção 5.2 ocorreu, num modesto litígio imobiliário tão facilmente como num grande litígio comercial.

Why client risk and firm risk diverge at the moment cover runs out (Section 5.3)

Before the moment, one number. After it, two — and the firm's is usually the larger one.



Illustrative, not to scale. The firm's exposure is set by the professional failure and its consequences (Section 5.3–5.4), not by the value of the underlying dispute — which is why it frequently exceeds the original claim many times over.

Figura 3. Por que o risco do cliente e o risco da sociedade divergem no momento em que a cobertura se esgota. Antes do momento, os dois são o mesmo número em livros de contabilidade diferentes. Depois, a exposição de responsabilidade civil profissional da sociedade sobe independentemente do valor do litígio subjacente, e é frequentemente o maior dos dois. Ilustrativo, sem escala. Ver Secção 5.3.

5.4 A Cascata que se Segue, como Consequência e Não como Peça Central

Uma vez que a divergência da Secção 5.3 existe, uma consequência adicional e em grande medida mecânica tende a seguir-se, e vale a pena enunciá-la com alguma extensão, como consequência do método e não como o seu objeto principal, porque a cascata é o que em última instância determina a dimensão da exposição que uma seguradora ou uma sociedade enfrenta efetivamente uma vez que a lacuna inicial foi encontrada.

O cliente cujo próprio patrocínio criou a lacuna não foi, no curso ordinário, informado de que a sua posição foi avançada com base num fundamento que o processo do próprio advogado não suportava; revelar isto ao cliente exigiria, afinal, que o advogado reconhecesse e admitisse a própria lacuna que o advogado não tem incentivo estrutural para fazer aflorar. Se a lacuna aflor ora no processo — pela parte contrária, por um tribunal, por uma peça posterior num foro relacionado, por qualquer dos canais que a Secção 2.4 descreve como o trabalho extraordinário multi-foro necessário para forçar um facto enterrado de volta ao registo de uma fase encerrada — é a credibilidade do cliente perante o tribunal que é prejudicada primeiro, não a do advogado, porque é a posição do cliente que acabou de se demonstrar assentar numa afirmação sem sustento. O tribunal não distingue, no curso ordinário, nesse momento, entre um cliente que sabia que a afirmação era sem sustento e um cliente que confiou total e razoavelmente no julgamento do seu advogado; o custo de credibilidade recai sobre a parte cujo nome está nos articulados, independentemente de qual das duas é de facto verdadeira.

A resposta racional do cliente, uma vez que isto se torna aparente, é procurar nova representação e tratar a conduta da sociedade original como um erro separado do litígio subjacente: o prolongamento do assunto, o custo de credibilidade perante o tribunal, o gasto de corrigir a posição, cada um atribuível à própria peça da sociedade e não ao litígio subjacente para o qual o cliente originalmente contratou a sociedade. Trata-se, na substância, de uma pretensão de negligência distinta de qualquer coisa que o litígio original alguma vez colocou em causa, e existe independentemente de como esse litígio original venha a ser resolvido. O demandante original tem entretanto um segundo alvo, e frequentemente mais solvente, na própria sociedade, atingível independentemente de como a pretensão subjacente contra o réu original seja resolvida, porque a falha profissional da sociedade causou dano ao demandante — atraso, custos adicionais, um caminho mais difícil para a resolução — distinto de qualquer dano que o réu original causou.

E a seguradora da sociedade, a defender um único tomador de seguro, encontra-se a defender contra o adversário original da sociedade e contra o antigo cliente da própria sociedade ao mesmo tempo, com origem na mesma conduta subjacente, num conflito estrutural que a seguradora não criou e não pode evitar totalmente uma vez que ambas as pretensões existem: uma estratégia de defesa que minimize a exposição da sociedade ao seu antigo cliente pode não ser a estratégia que minimize a exposição da sociedade ao demandante original, e vice-versa, e pede-se à seguradora que financie uma defesa a servir dois interesses potencialmente divergentes em simultâneo. Nada disto exige factos invulgares, venalidade excecional ou um adversário particularmente sofisticado. Exige apenas que o momento da Secção 5.2 tenha ocorrido, e que alguém, eventualmente, olhe com atenção suficiente para o encontrar — que é precisamente a condição para cuja satisfação a Secção 6 especifica um método, sem depender do tipo de processo de descoberta extraordinário, acidental ou heroicamente dotado de recursos que a Secção 2 descreve como a única via existente para o encontrar hoje.

Secção 6: Ónus em Tempo Real, Não Decisão Final

6.1 O Ónus Formal e a Realidade Probatória e o Desfasamento Entre Eles

O ónus formal da prova é uma alocação processual: uma declaração de qual parte deve estabelecer qual facto, e a que padrão, antes de um tribunal decidir a seu favor. Desloca-se, onde se desloca, em momentos processuais definidos — quando é suscitada uma exceção perentória, quando foi feita uma demonstração liminar, quando um tribunal decide sobre um requerimento que realoca o que falta provar. Não se desloca apenas porque existe algures no processo um facto que justificaria deslocá-lo. Só se desloca quando um tribunal é chamado a decidir sobre ele, com base num processo que o tribunal efetivamente revê, no momento em que uma parte escolheu, ou foi obrigada, a trazer a questão para a frente. Isto não é um defeito da doutrina; um ónus que se deslocasse automaticamente, no instante em que algum facto que justificasse a deslocação surgisse em qualquer parte de um processo multianual e multi-foro extenso, sem que ninguém precisasse de suscitar a questão, seria um ónus com o qual nenhuma parte poderia alguma vez planear, e a dependência da regra formal de alguém efetivamente fazer a pergunta faz parte do que dá ao contencioso a sua estabilidade processual.

A realidade probatória que as Secções 4 e 5 descrevem não é a mesma coisa que o ónus formal, e a distância entre os dois é exatamente o desfasamento que este artigo tem descrito desde a Secção 1. Uma contradição documental do tipo que a Secção 4.3 especifica, uma vez que existe no processo, já alterou a conclusão a que um leitor pleno de informação e desinteressado chegaria sobre qual das versões da parte merece o benefício da dúvida — muito antes de um tribunal ser chamado a decidir sobre ela, e frequentemente num caso que, nos termos da Secção 2, nunca chega a uma decisão. O ónus formal situa-se onde os articulados e o processo aplicável o colocam, estático até que alguém o mova. A realidade probatória já se moveu, no momento em que a contradição foi criada, sem esperar pelo requerimento de ninguém. O desfasamento entre os dois é onde o dano que as Secções 1 e 2 descrevem efetivamente se acumula: não num tribunal a chegar à conclusão errada com base num processo plenamente alegado — o que é um modo de falha comparativamente raro e para o qual o sistema de recurso existe, por mais imperfeito que seja, para corrigir —, mas num tribunal, ou muito mais frequentemente numa negociação de transação conduzida à sombra de um tribunal exatamente como a Secção 2.1 descreve, nunca ser feita a pergunta que o processo já tinha os meios para responder.

6.2 Sinalização no Momento da Criação e Não no Momento em que se Repara

O que muda, se os três sinais da Secção 4 forem segurados em conjunto de forma contínua e não aplicados uma vez, é o momento em que o hiato entre o ónus formal e a realidade probatória se torna visível para alguém. O método que este artigo descreve não espera que um tribunal faça a pergunta, e não depende da boa sorte de qualquer parte em tropeçar na contradição através do tipo de esforço extraordinário multi-fórum que a Secção 2.4 descreve como a única via atualmente fiável para a encontrar. Sinaliza a lacuna no momento em que a contradição ou o silêncio ostensivo é criado — na fase de apresentação de peças, na primeira ronda em que os documentos relevantes entram no mesmo processo, em vez de em qualquer ponto posterior, se existir, em que a atenção limitada e intermitente de um juiz acontece cair sobre as duas páginas certas em simultâneo, sequenciadas corretamente, mantidas em mente durante tempo suficiente para reparar na ligação entre elas.

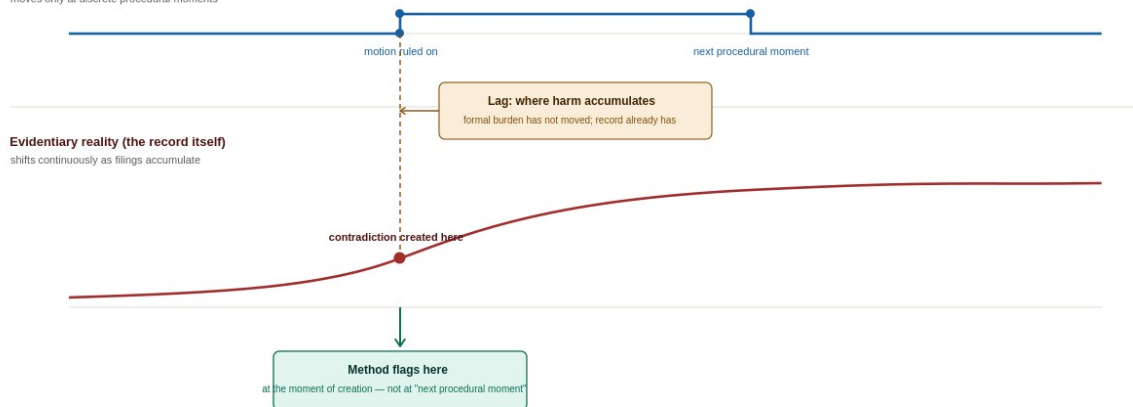
Esta é a correção em tempo real ao desfasamento descrito na Secção 6.1: não um tribunal mais rápido, nem uma regra formal diferente, nem qualquer mudança seja de que tipo for à forma como ou ao momento em que o ónus formal da prova é permitido deslocar-se ao abrigo do processo existente. É uma posição de leitura que repara na divergência entre afirmação e processo no momento em que existe, em vez de no momento — que chega muitas vezes tarde ou nunca — em que alguém com autoridade para agir sobre ela acontece olhar. A distinção importa porque localiza corretamente o contributo: este artigo não está a propor uma reforma do direito probatório ou processual. Está a propor um método para garantir que os factos que o direito probatório e processual existente já trataria como significativos, se alguém fizesse a pergunta certa no momento certo, afloram efetivamente a tempo de alguém a fazer.

The lag between the formal burden and the evidentiary reality (Section 6.1–6.2)

The formal burden moves only when asked. The record has already moved.

Formal burden of proof

moves only at discrete procedural moments



The flag does not move the formal burden — only a court can do that (Section 6.3). It ensures the question the record could already answer is visible to someone well before the next procedural moment, if one ever arrives.

Figura 4. O desfasamento entre o ónus formal da prova e a realidade probatória. O ónus formal move-se apenas em momentos processuais discretos; o processo documental desloca-se de forma contínua à medida que as peças se acumulam. O método sinaliza uma divergência no momento em que é criada, em vez de esperar pelo próximo momento processual, se este alguma vez chegar. Ver Secções 6.1–6.2.

6.3 Detecção, Não Adjudicação

Esta capacidade tem de ser enunciada a par de um limite suficientemente preciso para impedir que seja confundida com algo que não é, e este limite é, na perspetiva deste artigo, pelo menos tão importante de enunciar claramente como a própria capacidade. O método sinaliza. Não adjudica. Não tem autoridade para eliminar uma pretensão, para decidir que uma posição foi abandonada, ou para determinar que uma contradição é fatal em vez de explicável — essas são determinações para um tribunal, um regulador ou uma parte negociadora, com base num processo completo e com o benefício do argumento de quem quer que tenha feito a afirmação em primeiro lugar, incluindo seja qual for a explicação que essa parte ofereceria para a aparente lacuna se lhe fosse dada a oportunidade de responder. Um método que pretendesse fazer mais do que sinalizar — que afirmasse determinar, pela sua própria autoridade, que uma dada contradição era decisiva, ou que um dado silêncio era deliberado em vez de inadvertido — estaria a reivindicar um tipo de autoridade que nenhuma comparação documental, por mais rigorosa que seja, pode efetivamente fornecer, porque a questão do que uma lacuna significa, uma vez encontrada, depende de contexto, intenção e explicação que só um processo mais completo envolvendo a parte que a criou pode avaliar adequadamente.

O que o método fornece é aquilo que a Secção 1 sustentou não estar nenhum participante atual no contencioso posicionado para fornecer por conta própria: um relato continuamente atualizado e desinteressado de onde a posição formal e

o processo documental atualmente divergem, disponível para quem quer que leia o relatório — um cliente a decidir se muda de mandatário, uma seguradora a decidir se intervém, uma parte contrária a decidir se uma proposta de transação reflete a força efetiva do processo — muito antes de qualquer deles ter de outra forma razão para saber. Esta é uma afirmação significativamente mais modesta do que uma afirmação de deteção de mentiras, ou de encontrar incumprimento, ou de prever desfechos, e a modéstia da afirmação é deliberada: está exatamente calibrada para o que uma comparação documental pode efetivamente estabelecer, nem mais nem menos.

6.4 Por Que um Sinal, Uma Vez Emitido, Deve Persistir

Uma última característica desta posição de leitura merece ser enunciada porque corrige um modo específico de falha que a Secção 2 identificou diretamente: o encerramento de uma fase como uma exclusão prática, se não sempre formal, de factos que chegam tarde demais para importar. Um sinal emitido contra uma peça, neste método, não caduca quando a fase que produziu a peça encerra, e não depende de o mesmo leitor, o mesmo juiz ou o mesmo gestor de processo continuar afeto ao assunto para permanecer visível. Persiste, associado ao processo, disponível para ser lido face a cada peça subsequente no mesmo assunto — incluindo peças apresentadas meses ou anos depois, por partes ou mandatários que não estavam presentes quando a lacuna original foi criada e que de outra forma não teriam ocasião de a descobrir, exatamente a situação que a Secção 2.3 descreve como a condição ordinária de um processo multifásico conduzido ao longo de sucessivos magistrados e sucessivos mandatários.

Uma decisão processual tomada na ignorância de um facto que afluísse posteriormente continua, ao abrigo da doutrina atual, a ser difícil de reabrir pelas razões exatas que a Secção 2.2 descreve: as doutrinas da preclusão e do erro inócuo são construídas para resistir exatamente a este tipo de reabertura, por boas razões institucionais, e nada na proposta deste artigo pede que essa resistência seja enfraquecida. Um sinal persistente não reabre nada por si mesmo, e não pretende anular as proteções doutrinárias que a Secção 2.2 descreve como servindo um propósito institucional genuíno. Garante, no mínimo, que o facto que torna a decisão anterior questionável não se perde uma segunda vez, simplesmente porque o processo avançou antes de alguém ter lido suficientemente para trás para o encontrar de novo — o que é uma realização diferente e mais modesta do que anular a doutrina, mas uma que, no argumento deste artigo, muda o equilíbrio prático de quem é capaz de agir sobre uma lacuna consideravelmente, mesmo deixando a doutrina formal completamente inalterada.

Secção 7: Cada Processo, Sempre

7.1 Do Diagnóstico de um Processo Único à Monitorização de Carteira em Permanência

Nada do que o método especificado nas Secções 4 a 6 diz está confinado a processos que já parecem problemáticos, e este é, na avaliação deste artigo, o ponto com maior probabilidade de ser subestimado por uma instituição que encontra o método pela primeira vez. A Falácia da Autodenúncia, como a Secção 1 sustenta, é estrutural e não excecional: opera, em alguma medida, em cada processo em que as peças de uma parte representada são lidas por pessoas cuja posição lhes dá interesse na resposta que essas peças fornecem, o que equivale a dizer em cada processo sem exceção, porque as condições estruturais que a Secção 1.3 descreve — a dependência do cliente em confiar no mandatário, o compromisso do advogado com a coerência das suas próprias peças, a dependência da seguradora em resumos em vez do processo, a exposição do tribunal apenas ao que é alegado — estão presentes em cada processo representado independentemente de quão contencioso ou simples esse processo atualmente pareça.

Uma posição de leitura imune a essa falácia não é, por isso, um instrumento especializado reservado para o processo que já mostra sinais de problema, da forma como um contabilista forense pode ser chamado apenas depois de um conjunto de contas já parecer suspeito. A sua unidade natural de implementação não é o único caso difícil mas a totalidade da carteira, corrida de forma contínua, com cada nova peça em cada processo aberto verificada face à mesma disciplina permanente à medida que chega, da mesma forma que uma função de auditoria contínua opera em todo um conjunto de contas em vez de ser implementada apenas depois de uma transação específica ter já atraído suspeita. A diferença entre estes dois modelos de implementação — instrumento de último recurso versus disciplina permanente — é, no argumento deste artigo, a diferença entre uma ferramenta que apanha uma fração das lacunas que a Secção 1 descreve, nos processos em que alguém por acaso suspeitou que algo estava errado, e uma ferramenta que apanha a fração muito maior que ninguém tinha qualquer razão independente para suspeitar.

7.2 A Leitura ao Nível da Gestão

A consequência prática da implementação contínua é uma forma de resultado que nenhuma plataforma de análise de dados de contencioso ou sinistros analisada na Secção 3 produz atualmente: um relato permanente à escala da carteira de onde, em cada processo aberto que uma sociedade ou seguradora detém, o processo documental atualmente diverge do que está a ser afirmado

sobre ele, atualizado à medida que cada nova peça chega em vez de ser reconstruído de memória no ponto em que um processo por fim exige atenção. Uma equipa de gestão, ou uma função de supervisão de sinistros, ao rever tal relato não precisa de ler as peças subjacentes em cada processo para saber quais deles comportam atualmente um sinal por resolver, que tipo de lacuna o sinal representa — uma contradição direta do tipo que o primeiro teste da Secção 4.3 localiza, ou um ponto ostensivo não tratado do tipo que o seu segundo teste localiza — e há quanto tempo está alojado no processo sem ser abordado.

Uma carteira que de outra forma poderia exigir semanas de revisão manual para ser avaliada a este nível de especificidade torna-se revisível, ao nível em que a questão efetivamente exige resposta — não quem vai ganhar, que é a questão que as ferramentas de previsão de resultados existentes analisadas na Secção 3.4 já respondem razoavelmente bem, mas onde o processo e o argumento já se separaram, que nenhuma delas responde — em bem menos de uma hora. Esta não é uma afirmação de que os processos subjacentes se tornam mais simples, ou de que o trabalho substantivo de litigar cada um deles é de qualquer forma reduzido. É uma afirmação sobre onde a atenção deve ser alocada primeiro, numa carteira demasiado grande para qualquer revisor único ler na íntegra, com qualquer regularidade, manualmente.

7.3 Uma Camada de Sinal, Não uma Camada de Estado

Este é um resultado diferente de um painel de gestão de processos, e a diferença merece ser enunciada com precisão porque os dois são facilmente confundidos, em particular por uma audiência já familiarizada com os sistemas de gestão de processos e acompanhamento de sinistros que a maioria das sociedades e seguradoras já opera. Uma camada de estado reporta onde um processo se situa processualmente: em que fase está, o que se vence a seguir, o que foi gasto até agora, a quem está afeto, quando cai a próxima audiência ou prazo de apresentação de peças. Esta é informação valiosa, e nenhuma parte do argumento deste artigo sugere que não é. Mas uma camada de estado, por mais bem construída que seja, nunca foi concebida para fazer aflorar algo que uma camada de sinal está especificamente construída para fazer aflorar: se a substância do que está a ser alegado, de qualquer dos lados, sobrevive atualmente ao confronto com o processo que já existe. Uma carteira pode estar perfeitamente atualizada em estado — cada prazo seguido, cada fase corretamente registada, cada euro de despesa contabilizado — e completamente cega em sinal, sem qualquer alerta em lado nenhum que indique que uma peça específica num processo específico deixou silenciosamente de responder ao ponto que o processo efetivamente decide. É o sinal, no argumento que este artigo fez ao longo de todo o texto, que determina onde a exposição real numa carteira efetivamente se situa, e as métricas de estado de uma carteira, por mais

completas que sejam, não dão qualquer indicação de onde essa exposição está concentrada.

7.4 Por Que Cada Processo Beneficia, Não Apenas os Difíceis

Decorre da Secção 1 que o valor desta posição de leitura não escala com quão problemático um processo já parece ser, e este ponto merece ser desenvolvido com alguma extensão porque contraria uma intuição que de outra forma poderia levar uma instituição a implementar o método seletivamente, reservando-o para processos já sinalizados como difíceis por outros meios. Um processo que hoje parece simples tem, no argumento deste artigo, exatamente a mesma probabilidade de conter uma lacuna não examinada como um que já parece contestado, porque a falácia que produz a lacuna opera sobre a estrutura de quem está a ler o processo — a paisagem de incentivos descrita na Secção 1.3, que está presente em cada processo representado — e não sobre a dificuldade aparente do litígio em si. Com efeito, há algumas razões para esperar que o padrão oposto valha na prática: um processo que já parece contencioso tende a atrair mais escrutínio de mais partes, simplesmente porque todos os envolvidos já suspeitam que algo está a ser disputado de perto, enquanto um processo que parece rotineiro atrai correspondentemente menos escrutínio precisamente porque ninguém tem qualquer razão particular para olhar de perto, que é exatamente a condição sob a qual uma lacuna do tipo que a Secção 4 descreve tem menos probabilidade de ser encontrada por meios ordinários e mais probabilidade de fazer o seu trabalho sem ser detetada.

O argumento para correr cada processo aberto através desta disciplina, de forma contínua, em vez de a reservar para os processos que já parecem difíceis, não é por isso um argumento para cautela extra em casos difíceis, que a maioria das instituições já aplica por outros meios. É um argumento para tratar a própria disciplina como uma linha de base, na mesma lógica com que uma carteira é auditada para irregularidade financeira como questão de curso, em cada conta, em vez de apenas depois de uma conta específica já ter dado a alguém razão para suspeitar — porque todo o valor de uma auditoria de linha de base, em qualquer dos contextos, reside precisamente na sua aplicação às contas que ninguém ainda suspeita, uma vez que as contas já sob suspeita estão, quase por definição, já a receber o escrutínio que uma prática de linha de base existe para estender a todo o resto.

7.5 A Condição de Cobertura com Janela de Monitorização Partilhada Obrigatória

O obstáculo do lado da procura que a Secção 8.2 identifica — o facto de a sociedade mais bem posicionada para correr este método sobre as suas próprias peças ser também o interveniente com o incentivo mais misto para o fazer —

dissolve-se uma vez que o método é entendido como um instrumento da seguradora e não da sociedade. A doutrina do direito dos seguros estabeleceu, ao longo de mais de duas décadas, que as seguradoras de responsabilidade civil já funcionam como reguladores privados das profissões que cobrem: ao tarifar e monitorizar o risco para proteger a sua própria solvência, impõem uma disciplina à conduta profissional que nenhum tribunal ou ordem profissional fornece diretamente. Baker e Swedloff dão a este fenómeno o seu nome mais nítido no seu relato das seguradoras como abelhas no jardim das normas das sociedades de advogados — as seguradoras não se propõem reformar a conduta profissional, tal como uma abelha não se propõe polinizar, mas o subproduto da sua monitorização de interesse próprio é precisamente esse efeito.

A proposta aqui não pede às seguradoras nada que seja alheio a um papel que a doutrina jurídica já lhes reconhece ocupar; especifica apenas o instrumento através do qual esse papel poderia ser exercido no momento da apresentação de peças, em vez de apenas retrospectivamente, através de históricos de sinistros e ajustamentos de prémios feitos depois de uma perda já ter cristalizado. Enquadrado desta forma, a implementação natural do método não é um serviço que uma sociedade opta por adquirir, mas uma janela de monitorização partilhada e obrigatória escrita nos termos da cobertura: a seguradora exige que o instrumento corra sobre os processos abertos da sociedade tomadora como condição da apólice, com o sinal resultante visível tanto para a seguradora como para a sociedade.

Duas consequências decorrem disto, e cada uma elimina um obstáculo que as secções anteriores identificaram. Porque a escolha de auditar as próprias peças já não cabe à sociedade tomar, o conflito de interesses do lado da procura enunciado na Secção 8.2 deixa de se colocar: à sociedade não se pede que voluntarie escrutínio contra o seu próprio interesse, porque o escrutínio é uma condição da cobertura que já adquiriu. E porque a exposição da seguradora é reduzida, e não aumentada, pela descoberta precoce de uma lacuna nas peças do seu próprio tomador de seguro — pelas razões que a Secção 8.3 desenvolve —, o instrumento alinha-se com o interesse consolidado do único interveniente em toda a estrutura cuja posição financeira depende de acertar na imagem ao nível da carteira, e que está por isso estruturalmente posicionado para insistir no seu uso.

Secção 8: Nomear a Lacuna e o Argumento para Construir Através Dela

8.1 O Que Esta Categoria de Ferramenta Teria de Fazer

Enunciar claramente aquilo para que as Secções 1 a 6 têm vindo a construir, despedido de fórmulas: um detetor de treta para o contencioso teria de ingerir cada peça num processo à medida que é produzida, por cada parte e em cada foro que toca os mesmos factos subjacentes, e manter o processo acumulado em comparação ativa consigo mesmo, em vez de ler cada novo documento isoladamente face à memória de quem quer que aconteça estar a tratar o processo nessa semana. Teria de sinalizar o momento em que uma afirmação de facto positiva, feita por qualquer parte, é contradita por material já presente noutro lugar nesse mesmo processo acumulado — incluindo material que a própria parte reclamante apresentou, neste processo ou num relacionado, num ponto anterior que o sistema não tem obrigação de esquecer. Teria de sinalizar, separadamente, o momento em que uma peça ostensivamente deixa de responder a um ponto que a parte contrária especificamente colocou em causa, aplicando o segundo teste da Secção 4.3 com a mesma consistência que o primeiro. Teria de fazer ambos os tipos de sinal persistirem: não caducar quando a fase que os produziu encerra, não exigir que o leitor original ainda esteja afeto ao processo, não depender de o próximo juiz, o próximo associado ou o próximo gestor de sinistros por acaso ler suficientemente para trás para os redescobrir. E teria de fazer tudo isto sem adjudicar nada — sem decidir se a contradição ou o silêncio que encontrou é fatal, desculpável ou meramente aparente, porque esse julgamento cabe a um tribunal, a um regulador ou a uma parte negociadora, não ao instrumento que fez aflorar o material para julgarem.

Esta é, em linguagem simples, a especificação completa. Nada nela exige resolver uma questão de direito, e nada nela exige que o instrumento tome posição sobre o mérito subjacente de qualquer litígio a que seja aplicado. Exige apenas memória sustentada, exaustiva e inter-documental aplicada com rigor consistente durante toda a vida de um processo — uma capacidade que nenhum papel humano no contencioso é atualmente pago para fornecer, pelas razões que as Secções 1 e 2 enunciam amplamente, e uma capacidade que tem, até recentemente, sido computacionalmente impraticável de fornecer à escala que um processo real multianual e multi-foro efetivamente gera, dado o volume de peças, documentos e correspondência que um processo contestado de qualquer duração significativa acumula.

8.2 Por Que o Panorama Existente Nunca Ia Construir Isto

As indústrias de análise de dados de contencioso e de sinistros analisadas na Secção 3 não são nem pequenas nem sofisticadas. As seguradoras de acidentes e de responsabilidade civil profissional recorrem agora a plataformas que modelam a exposição ao risco catastrófico à escala da carteira a partir de centenas de milhões de registos empresariais estruturados, a ferramentas de análise de dados do contencioso que reportam como um juiz afeto específico decidiu requerimentos semelhantes no passado e com que frequência um mandatário contrário específico transaciona antes do julgamento com uma precisão reportada no intervalo de setenta a oitenta e cinco por cento nos tipos de processo bem estudados, e a sistemas de análise de sinistros que aplicam processamento de linguagem natural às notas dos gestores de sinistros para extrair sinais precoces de gravidade e propensão para o contencioso. O comentário da indústria que descreve este panorama não trata a deteção de contradições inter-documentais em tempo real como uma capacidade em que o setor está a trabalhar e que ainda não alcançou; não descreve a capacidade de todo. A literatura comercial publicada está dirigida quase inteiramente à previsão a partir de precedentes e à pontuação de gravidade de sinistros já abertos — previsão de desfechos e custos a partir de padrões históricos — e a operação distinta que este artigo especifica, ler uma peça específica face aos seus próprios documentos juntos e face ao que o processo ostensivamente deixa por tratar, não aparece em parte alguma, nem sequer como aspiração enunciada. A ausência não é a indústria a recusar um próximo passo conhecido; é a indústria que ainda não nomeou o passo.

A razão é estrutural, e não uma questão de competência de qualquer fornecedor, e vale a pena enunciar ambas as metades da explicação na íntegra, porque cada metade independentemente teria sido suficiente para impedir que esta categoria de ferramenta emergisse através do desenvolvimento comercial ordinário, e juntas tornam a ausência consideravelmente menos surpreendente do que poderia à primeira vista parecer.

A primeira metade é um problema de sinal de treino disponível. Cada uma das ferramentas descritas na Secção 3 responde a uma pergunta com uma verdade de treino limpa e treinável: este juiz concedeu o requerimento; este processo foi transacionado; este tipo de sinistro, neste tribunal, com este advogado, historicamente escalou; esta cláusula desvia-se do modelo standard desta organização. Essas perguntas podem ser respondidas a partir de grandes conjuntos de dados históricos com etiquetas que já existem, porque os tribunais, as seguradoras e as sociedades de advogados já registam desfechos, transações e desvios de modelo como questão de prática comercial ordinária. A pergunta de que este artigo se ocupa — se a própria afirmação de uma peça específica sobrevive ao confronto com o resto desse processo específico — não tem

nenhuma etiqueta histórica comparável com que treinar, porque ninguém alguma vez registou sistematicamente que peças se revelaram, numa descoberta posterior e geralmente accidental, ter sido internamente incoerentes no momento em que foram apresentadas. A ausência dessa etiqueta não é incidental, e vale a pena ser preciso sobre o porquê. É uma consequência direta da própria Falácia da Autodenúncia: as incoerências de que este artigo se ocupa são, por hipótese, as que ninguém posicionado para as etiquetar alguma vez fez aflorar, porque fazê-las aflorar teria exigido exatamente a posição de leitura desinteressada que a Secção 1 sustenta não existir atualmente no curso ordinário do contencioso. Um campo não pode facilmente construir um modelo supervisionado para detetar uma categoria de acontecimento de que não tem instâncias registadas, precisamente porque as instituições em torno do contencioso nunca foram estruturadas para as registar — um ciclo fechado em que a ausência de deteção e a ausência de dados de treino para a deteção se reforçam mutuamente.

A segunda metade é uma razão do lado da procura, e merece ser enunciada tão claramente quanto a primeira, porque explica por que a lacuna não é meramente uma questão de aguardar que a tecnologia amadureça. O interveniente mais bem posicionado para encomendar uma ferramenta que lê um processo inteiro pelas suas próprias contradições internas é, na estrutura comercial ordinária da indústria, a sociedade mandatária — e a sociedade mandatária não é, em cada processo, um interveniente cujos interesses são servidos por tal ferramenta a correr sobre as suas próprias peças. Uma sociedade que opera bem dentro dos limites da prática ordinária tem todas as razões para querer esta capacidade voltada para os seus adversários, onde forneceria exatamente o tipo de vantagem competitiva que as plataformas de análise na Secção 3.4 já fornecem em formas adjacentes, e razões consideravelmente mais mistas para querer que seja voltada para si mesma, onde faria aflorar precisamente a categoria de lacuna que, uma vez aflorada, cria a exposição de responsabilidade civil profissional descrita na Secção 5. Isto não é uma acusação, e não exige atribuir qualquer má fé seja a que sociedade ou fornecedor for que atualmente opere neste mercado; decorre diretamente da estrutura de incentivos que a Secção 1 descreve, aplicada à própria decisão de compra em vez de a qualquer peça individual. Explica, sem exigir qualquer má fé da parte de qualquer fornecedor, por que uma categoria de ferramenta cujo caso de uso central é auditar as peças do próprio lado pelas lacunas que a Secção 1 nomeia nunca ia emergir da oferta e procura ordinária dentro da indústria que, na análise da Secção 5, mais beneficiaria de a usar nos outros enquanto tendo razões correspondentemente mistas para encomendar o seu uso em si mesma.

8.3 Por Que uma Seguradora é o Comprador que a Lacuna Existente Estava à Espera

O setor do seguro de responsabilidade civil profissional situa-se numa posição estruturalmente diferente da da sociedade ou do cliente, e a posição importa porque elimina simultaneamente os dois obstáculos descritos na Secção 8.2. Uma seguradora não é o autor das peças de nenhum dos lados, e não tem conflito de interesses comparável em ter essas peças auditadas para coerência interna; se alguma coisa, a exposição financeira da seguradora é reduzida, não ameaçada, pela descoberta precoce de uma lacuna nas peças do seu próprio tomador de seguro, antes de a cascata descrita na Secção 5.4 ter tido tempo de se desenvolver na exposição multi-foro que essa cascata descreve, em vez de depois de o sinistro já ter cristalizado em contencioso contra a própria sociedade. E uma seguradora, de forma única entre os intervenientes neste quadro, está exposta não a um processo mas a uma carteira inteira deles em simultâneo, o que converte uma capacidade que poderia parecer uma melhoria marginal em qualquer processo único numa redução substancial e agregada da incerteza de provisão em centenas de processos abertos em simultâneo — precisamente o valor ao nível da carteira que a Secção 7 descreve, aplicado ao único interveniente em toda a estrutura cuja posição financeira depende de acertar na imagem ao nível da carteira em vez do resultado de qualquer processo único.

O inquérito anual da Ames & Gough — o inquérito de referência do próprio setor às maiores seguradoras de responsabilidade civil profissional, abrangendo sociedades do grupo Am Law 100 — apurou que, até 2022, todas menos uma das onze seguradoras inquiridas tinham pago uma única indemnização superior a 50 milhões de dólares nos dois anos anteriores, e quatro das onze tinham pago uma única indemnização superior a 300 milhões de dólares. Não se trata de agregados de carteira mas de indemnizações individuais, de uma dimensão que torna até uma melhoria marginal na deteção precoce comercialmente material e não meramente teoricamente desejável — e precisamente a categoria de perda que a literatura de responsabilidade civil profissional já atribui, nas suas próprias análises publicadas, substancialmente à complexidade dos processos e a conflitos de interesses, as condições exatas sob as quais a lacuna que este artigo nomeia é mais difícil de apanhar para qualquer leitor humano isolado.

A literatura de sinistros de responsabilidade civil profissional já publicada pelas principais seguradoras comerciais documenta, com considerável detalhe granular, a dimensão e os motores das grandes perdas de responsabilidade civil profissional no setor jurídico, de construção e de serviços financeiros, identificando os setores e as categorias de falha mais responsáveis pelas maiores indemnizações que o setor enfrenta atualmente. O que essa mesma literatura ainda não descreve é qualquer instrumento capaz de ler as peças por detrás dessas perdas para o sinal específico que este artigo nomeou — uma lacuna na

auto-descrição publicada de uma indústria que de outra forma é invulgarmente franca, nas suas próprias publicações setoriais, sobre a dimensão e as categorias da sua exposição. A lacuna, com base nas evidências analisadas nesta secção, não é uma lacuna no apetite da seguradora. Os dados acima mostram uma indústria que já investe pesadamente em análise de dados, já documenta a sua própria exposição em detalhe granular, mas sem qualquer instrumento que leia as peças por detrás dessas perdas para o sinal que este artigo nomeia. A lacuna é uma lacuna no que foi construído para satisfazer esse apetite, pelas razões estruturais que a Secção 8.2 enuncia.

8.4 O Protótipo como Prova de Existência

Um instrumento-protótipo, construído por este autor e descrito ao nível conceptual ao longo deste artigo, demonstra que a capacidade especificada na Secção 8.1 é realizável com métodos disponíveis hoje, e não é meramente uma especificação teórica a aguardar algum avanço futuro na capacidade computacional ou alguma melhoria futura na tecnologia subjacente. O instrumento ingere as peças num processo à medida que são produzidas, mantém o processo acumulado ao longo das submissões sucessivas em vez de tratar cada uma delas isoladamente, e sinaliza a categoria de contradição interna que este artigo descreveu, incluindo ambos os testes especificados na Secção 4.3 e a instância específica e recorrente — a prova junta pelo próprio profissional a contradizer a posição por ele afirmada — percorrida nas Secções 4 a 6.

Nada do design do instrumento exigiu uma rutura conceptual além da combinação que este artigo especifica: a capacidade decorre diretamente de segurar os três sinais da Secção 4 em conjunto, de forma contínua, ao longo de toda a vida de um processo, que é precisamente a posição de leitura que nenhuma ferramenta existente analisada nas Secções 8.2 e 8.3 foi construída para ocupar e que nenhum papel humano no contencioso, pelas razões estruturais que a Secção 1 desenvolve, é pago para sustentar. Que o instrumento existe, e que produz esta categoria de resultados em peças reais, é aqui oferecido não como objeto do artigo mas como evidência do artigo: a lacuna que este artigo passou a sua extensão a nomear não é meramente real, mas já está a fechar, e o seu encerramento não depende de qualquer avanço que este artigo ainda não tenha descrito na íntegra.

Secção 9: Objeções Consideradas

Três objeções merecem resposta direta, para além dos limites já enunciados dentro das secções relevantes.

A primeira é que um método capaz de sinalizar a categoria de acontecimento descrita na Secção 5 corre o risco de gerar falsos positivos — sinalizando como suspeita uma discrepância que é, numa análise, um lapso inocente, um processo genuinamente ambíguo que admite mais do que uma leitura razoável, ou uma omissão com uma explicação ordinária e não estratégica. Este risco é real e não é eliminado por nada do que este artigo propõe, e seria um erro que este artigo sugerisse o contrário. A resposta é o limite enunciado claramente na Secção 6.3: o método sinaliza; não adjudica. Uma lacuna sinalizada é um prompt para um leitor humano — um cliente, uma seguradora, uma parte contrária, eventualmente um tribunal — para fazer uma pergunta que o processo de outra forma não dá a ninguém razão para fazer. Não é uma constatação de que a resposta à pergunta é condenatória, e não deve ser tratada, por qualquer instituição que use o método, como equivalente a uma constatação de culpa. A disciplina que este método aplica é mais rigorosa do que a leitura sequencial ordinária precisamente porque segura mais material em vista em simultâneo ao longo de uma extensão mais longa do processo do que qualquer leitor humano individual praticamente consegue, mas rigor em fazer aflorar uma lacuna candidata não é o mesmo que rigor em resolver o que a lacuna significa, e este artigo não reivindicou o segundo. Uma instituição que implemente este método de forma responsável incorporará no seu próprio processo uma etapa de revisão, em que uma lacuna sinalizada é examinada por um leitor humano competente antes de qualquer consequência lhe ser associada — uma etapa inteiramente consistente com, e de facto exigida pelo, limite de deteção-não-adjudicação em que este artigo insistiu ao longo de todo o texto.

A segunda objeção respeita à posição do próprio autor. Um investigador que desenvolve vários artigos interligados e um instrumento de diagnóstico a par deles convida a suspeita de ter raciocinado para trás a partir de conclusões em que tinha interesse em chegar. A resposta do artigo não é uma protestação de neutralidade mas uma questão daquilo em que o argumento está construído: cada afirmação assenta em doutrina assente e literatura pública — a distinção de Frankfurt, a crítica de deontologia da advocacia através de Luban, Simon e os seus respondentes, as doutrinas processuais da preclusão e do erro inócuo, e o panorama de análise de dados analisado na Secção 3 — estendida a uma lacuna nomeada, e sobre os factos de nenhum litígio, que o artigo não utilizou como evidência em nenhuma parte. Isto é deliberado, e decorre do próprio princípio do artigo: o método funciona precisamente porque lê um processo sem ter em conta quem o escreveu ou porquê, e o argumento para o método é construído para ser

lido da mesma forma. Se a lacuna é real, e se os três sinais a fecham, são afirmações que um leitor pode testar face às fontes citadas e à estrutura do argumento por si só, sem tomar nada pela palavra do autor exceto a precisão das citações. O interesse do autor na resposta é, na lógica do próprio artigo, irrelevante para se a resposta está correta — o que é o ponto em questão.

A terceira objeção é mais incisiva, e merece ser respondida sem evasão: se esta categoria de ferramenta é tão valiosa quanto este artigo sustenta, nomeá-la e explicar como funciona em público corre o risco de acelerar a sua replicação por concorrentes melhor dotados de recursos, ao custo de qualquer vantagem que tê-la especificado em primeiro lugar pudesse de outra forma comportar. A posição deste artigo é que o contributo conceptual — nomear a Falácia da Autodenúncia, especificar os três sinais que uma posição de leitura imune a ela tem de segurar em conjunto, e demonstrar que a combinação é realizável com métodos atuais — vale mais, para o campo e para a posição do próprio autor nele, tornado público e datado do que retido. O que este artigo não fez, deliberada e consistentemente ao longo de todo o texto, é descrever como alguma disto é efetivamente implementado: nenhuma arquitetura, nenhum método de extração, nenhuma fórmula de pontuação, nada a partir do qual um concorrente pudesse construir para além da especificação conceptual a que qualquer equipa suficientemente motivada poderia em princípio ter chegado de forma independente, dado tempo suficiente e a pergunta de partida certa. A distinção importa, e é a distinção que este artigo tentou honrar ao longo de todo o texto, incluindo na enunciação deliberadamente livre de fórmulas da Secção 8.1 sobre o que a capacidade exige. Um método pode ser nomeado e defendido na íntegra, com o seu significado completamente justificado, sem revelar como é construído.

Vale também a pena notar que a lacuna que este artigo nomeia foi confirmada de forma independente, ao nível estrutural, pelo campo a que este artigo mais diretamente se dirige. O estudo de Baker e Swedloff sobre os dados das seguradoras de responsabilidade civil identifica, como uma das suas conclusões explícitas, que os dados sobre negligência profissional de advogados são fragmentados e incompletos precisamente porque não existe qualquer regime de comunicação obrigatória — as seguradoras e as ordens profissionais detêm peças separadas do quadro, mas nada impõe um relato completo, estruturado e de causa-e-desfecho em toda a indústria. Essa conclusão, chegada de forma independente por académicos de direito dos seguros a estudar uma questão diferente, é precisamente o que a Falácia da Autodenúncia prevê: um enquadramento que atribui custo à reunião de informação completa, e não prevê mecanismo para a compelir, não produzirá informação completa, em nenhum nível da pilha institucional.

Secção 10: Conclusão

Este artigo propôs-se nomear uma única cegueira e termina por localizá-la dentro de algo maior do que qualquer artigo único. A distinção de Frankfurt entre a mentira e a afirmação feita com indiferença à sua verdade deu à cegueira o seu nome; o argumento deu-lhe a sua causa. Cada interveniente posicionado para ler um processo depende, de alguma forma específica e identificável, da resposta que esse processo dá, e por isso nenhum deles o lê integralmente, contra ele mesmo, a partir de uma posição sem nada em jogo no resultado. A contradição está no processo desde o momento em que é criada. O que falta não é nunca a evidência. O que falta é um leitor sem razão para desviar o olhar.

Subjacente a essa cegueira está um mecanismo, e os cinco artigos que este completa são melhor lidos em conjunto como a sua anatomia. Um sistema jurídico de qualquer dimensão não pode verificar tudo no ponto de entrada, e por isso concede um conjunto de pressupostos gratuitamente. O perito nomeado pelo tribunal é presumido imparcial. O advogado é presumido especialista em virtude da admissão à ordem, e não por qualquer adequação demonstrada ao assunto em mãos. Todos aqueles a quem o litígio efetivamente chega são presumidos ser as partes formalmente perante o tribunal, e não outros. O silêncio sobre um facto prejudicial é presumido não ser qualquer erro. E a pretensão, uma vez apresentada, é presumida dizer o que afirma dizer — tratada como terreno assente a menos que a parte contrária esteja disposta a gastar, a grande custo e com mandatário na sala, para provar o contrário. Cada pressuposto parece uma economia. Cada um é na verdade uma transferência: o custo que o pressuposto poupa ao sistema não desaparece, é deslocado para quem quer que tenha de pagar mais tarde para o refutar — se puder suportá-lo, e se alguma vez souber que havia algo a refutar. *A Proximidade em Rede e a Aparência de Imparcialidade* testou o primeiro destes pressupostos, *Qualificação e Especialização* o segundo, *A Doutrina da Parte Afetada* o terceiro, *A Fabricação da Má Fé* o quarto, e este artigo o quinto. Em cada um, aquilo que era presumido acabou por não estar fiável mente presente.

Esta é uma afirmação forte a fazer cinco vezes, e a coisa honesta a dizer sobre ela é quão pouco esforço, relativamente à idade do alvo, foi necessário para a fazer. O direito está entre as instituições mais examinadas da história humana, três séculos dentro da sua forma moderna, e um único investigador externo, usando ferramentas que não existiam há cinco anos e lendo o processo na íntegra, chegou à mesma lacuna estrutural em cada camada que examinou. Isso diz quase nada sobre o investigador e quase tudo sobre a lacuna. Estas não eram conclusões enterradas pela dificuldade. Eram conclusões sem luz por incentivo — à vista de todos, e não olhadas por ninguém, porque ninguém dentro do sistema estava em posição de ganhar com acender a luz.

A razão por que ninguém a acendeu não é conspiração; é aritmética. Um sistema cujos participantes são pagos para conduzir um litígio em vez de o terminar tornar-se-á, com o tempo suficiente e sem ninguém o pretender, melhor a conduzir litígios do que a terminá-los. O processo prolonga-se, a resolução recua, e a distância entre os dois é receita. A resolução é o único desfecho que tal sistema está estruturalmente desapetrechado para vender, porque a resolução é onde a faturação para. Um assunto que o processo poderia resolver numa tarde torna-se a ocasião para anos de requerimentos, e o argumento é conduzido — com extensão e a grande custo — sobre tudo exceto a única pergunta cuja resposta o terminaria. Esta não é a acusação de que os advogados fabricam o atraso. É a observação de que uma estrutura que mede o processo e não o desfecho otimizará o processo, e que o que foi construído, medido pelo que recompensa em vez de pelo que se pretendia que fizesse, ressemblha agora um aparelho para prolongar litígios tanto quanto um para os resolver.

É por isso que o catálogo não termina numa chamada para a reforma. A reforma ajusta as regras de um sistema a partir de dentro, e estas lacunas não são lapsos nas regras — são as regras a funcionar como os seus incentivos especificam. Um design não se peticiona a si mesmo para deixar de ser o que é. Nem virá a correção da tecnologia que atualmente reorganiza o trabalho jurídico a grande velocidade. A inteligência artificial jurídica está a ser construída em volume e com efeito genuíno, mas otimiza, sem exceção, a variável que a profissão já otimiza — a vitória, e a sua prossecução mais rápida, mais barata e melhor defendida — porque é isso que os seus compradores pagam para fazer, e os seus compradores são os profissionais, e não as partes sobre as quais atuam. O único instrumento que esta série especifica, que lê o profissional em vez de para ele e encurta um litígio em vez de o sustentar, é precisamente o instrumento que o mercado não tem razão para construir. Para o profissional, a duração de um litígio não é um custo a minimizar. É o produto.

O que muda o quadro não é a reforma, nem as próprias ferramentas da profissão, mas o colapso da única condição de que dependia cada um dos pressupostos acima: a opacidade. Cada uma dessas concessões gratuitas manteve-se não porque tivesse sido examinada e julgada sólida, mas porque examiná-la exigia ler um processo inteiro a partir de uma posição sem interesse na leitura — o único ponto de vista que o sistema não contém, e que durante três séculos não podia ser fornecido à escala. Pode agora ser fornecido. A inteligência artificial tornou, pela primeira vez, a totalidade de um processo legível para um leitor sem nada em jogo nas suas conclusões, e um pressuposto que sobreviveu apenas porque tal leitor não existia não pode sobreviver à chegada desse leitor. É isto que torna o momento um de disrupção e não de reforma. Esta série nomeou os intervenientes que esses pressupostos protegiam — o perito nunca medido face às partes, o profissional nunca medido face ao assunto, o advogado nunca medido face ao seu

próprio processo. A autoridade que cada um deles usava foi emitida à porta, não ganha nela, e o custo total de descobrir que não foi ganha recaiu sobre a parte contra quem foi usada. Nomeá-los não é uma acusação. É a retirada de um pressuposto, e um pressuposto, uma vez retirado, é muito difícil de conceder de novo.

Uma parte está em posição de ganhar com essa retirada em vez de perder com ela, e tem estado no argumento desde que o momento em que a cobertura se esgota foi pela primeira vez definido. A seguradora de responsabilidade civil profissional é o único interveniente em toda a estrutura alinhado com o cliente no eixo que a profissão e as suas ferramentas ignoram — resolução em vez de operação, exposição real em vez de esforço faturado — e oposto ao profissional nele. É ao mesmo tempo cliente da sociedade e, através da tarifação e monitorização do risco, seu regulador privado; e é a parte que paga quando a advocacia conduzida no limite por fim falha. Tem lido um resumo enquanto o processo que nunca vê já tinha a resposta. O instrumento que este artigo especifica não arma a seguradora contra o advogado; permite à seguradora ver, e tarifar, uma exposição que tem carregado às cegas. Que a exposição esteve sempre no processo, e que ler o processo na íntegra já não está fora do alcance, é a totalidade da afirmação prática.

A seguradora, porém, é o destino pragmático, e não o final. Se as lacunas são o design, a resposta completa não é uma melhor queixa, nem uma auditoria mais afiada fixada a um sistema construído para as produzir, mas um design melhor — um espaço em que a especialização imparcial, a revelação atempada e a resolução são condições nativas da estrutura em vez de vitórias arrancadas a um processo que recompensa a sua ausência. Especificar esse espaço tem sido o propósito silencioso subjacente a todos os cinco artigos, cada um a fazer engenharia inversa, a partir de uma falha diferente, de um requisito que tal design teria de satisfazer; o autor tem estado a construí-lo, sob a KYC.co, e é aqui nomeado uma vez, e apenas para manter o diagnóstico honesto. A profissão jurídica está entre os últimos dos grandes setores de serviços profissionais que a inteligência artificial ainda não reorganizou, e quando a reorganização chegar, correrá ao longo das linhas de incentivo que esta série mapeou — não porque uma máquina o escolha, mas porque os incentivos estiveram sempre lá, a aguardar apenas algo capaz de ler o processo inteiro de uma vez para os tornar legíveis. Esse leitor chegou. O processo sempre conteve o que custaram as vitórias às partes que as pagaram; este artigo especificou como lê-lo; e o que resta é que a parte com mais razão para o ler decida que o lerá.

Bibliografia

Fonte Filosófica Primária

Frankfurt, H.G. (2005) *On Bullshit*. Princeton: Princeton University Press.

Deontologia Jurídica e a Conceção Standard

Luban, D. (1988) *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. Princeton: Princeton University Press.

Luban, D. (1990) 'Freedom and Constraint in Legal Ethics: Some Mid-Course Corrections to Lawyers and Justice,' *Maryland Law Review*, 49, pp. 424-452.

Luban, D. (2007) *Legal Ethics and Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.

Simon, W.H. (1998) *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

West, R. (1999) 'The Zealous Advocacy of Justice in a Less Than Ideal Legal World,' *Stanford Law Review*, 51, pp. 973-1003.

Spaulding v. Zimmerman, 263 Minn. 346, 116 N.W.2d 704 (1962).

Doutrina Processual

United States v. Olano, 507 U.S. 725 (1993).

Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967).

Federal Rule of Criminal Procedure 52(a)-(b).

Pierce, R.J. (2014) 'Making Sense of Procedural Injury,' *Administrative Law Review*.

Trabalho Anterior e Companheiro do Autor

Carroll, S. (2026) *Network Proximity and the Appearance of Impartiality: Applying Erdős-Equivalent Distance Measures to the Reform of Court-Appointed Expert Standards in Civil Law Jurisdictions*. SSRN Working Paper No. 6905898.

Carroll, S. (2026) *Qualification and Expertise: The Detectable Signals of Professional Competence Distance*. SSRN Working Paper No. 6996898.

Carroll, S. (2026) *The Doctrine of the Affected Party: Realigning Standing, Notice, and the Burden of Proof in Interdependent Urban Structures*. SSRN Working Paper No. 6972581.

Carroll, S. (2026) *The Manufacturing of Bad Faith: Mechanism Design and the Doctrine of the Affected Party*. SSRN Working Paper No. 6972499.

KYC.co (2026) Expertise Check — Semantic Delegation Distance. Prototype tool. Available at: <https://kyc.co/expertise-check>

KYC.co (2026) Dispute Engine. Prototype tool. Available at: <https://kyc.co/dispute-engine>

Análise de Dados do Contencioso e dos Sinistros

LexisNexis (2026) Lex Machina Legal Analytics. Product documentation. Available at: <https://www.lexisnexis.com/en-us/products/lex-machina.page>

Bloomberg Law (2026) Litigation Analytics. Product documentation.

Luminance (2026) Legal-Grade AI Contract Management Platform. Product documentation. Available at: <https://www.luminance.com/>

Allianz Commercial / AGCS (2023) Professional Indemnity Insurance Claims: Report and Insights.

Genre (2025) 'Litigation Analytics: Turning Data into a Competitive Advantage for Casualty Insurers.'

Ames & Gough (2022) Lawyers' Professional Liability Claims Trends: 2022. Survey of leading lawyers' professional-liability insurers. [Exact report title, year, and the cited \$50m / \$300m figures to be verified before submission.]

O Seguro de Responsabilidade como Regulação Privada

Baker, T. and Swedloff, R. (2013) 'Regulation by Liability Insurance: From Auto to Lawyers Professional Liability.' *UCLA Law Review*, 60. [Pagination to be verified.]

Baker, T. and Swedloff, R. (2015) 'Liability Insurer Data as a Window on Lawyers' Professional Liability.' *UC Irvine Law Review*, 5. [Pagination to be verified.]

Baker, T. and Swedloff, R. (2017) 'Insurers as Bumblebees in the Garden of Law Firm Norms.' [Full publication details to be verified.]

Modelação Multi-Agente e Computacional do Contencioso

LegalSim (2025) Multi-Agent Simulation of Legal Systems for Discovering Procedural Exploits. [Verify author (recovered as Badhe), venue (arXiv vs. NLLP / EMNLP 2025 workshop), and pagination before submission.]