

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Marcelo Forli Fortuna

Pragmatismo, decisão e efetividade

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2022

MARCELO FORLI FORTUNA

Pragmatismo, decisão e efetividade

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação da Prof.a Dr.a Clarice von Oertzen de Araujo.

São Paulo
2022

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

F745p Fortuna, Marcelo Forli
Pragmatismo, decisão e efetividade / Marcelo
Forli Fortuna. -- São Paulo: [s.n.], 2022.
240p. ; 21 x 27,5 cm.

Orientador: Clarice von Oertzen de Araujo.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. processo. 2. teoria da decisão. 3.
pragmatismo. 4. efetividade. I. Araujo, Clarice von
Oertzen de. II. Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito. III. Título.

CDD 349

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradecer a todos aqueles que contribuíram para esse trabalho não é fácil. Isso porque pensar, planejar e executar uma tese de doutorado é uma tarefa extremamente árdua.

Mas algumas pessoas se destacaram nesse percurso acadêmico.

Em primeiro lugar, minha orientadora, professora Clarice, a quem devo agradecer pelo carinho, dedicação e conhecimento que foram transmitidos. Se no mestrado o seu papel foi fundamental, no doutorado sua orientação foi imprescindível para alcançar o resultado final. Existem pessoas que marcam o nosso percurso acadêmico, e sem dúvida a professora Clarice marcou o meu. Desde a graduação, seus ensinamentos valiosos, seu exemplo de pessoa e de professora dedicada são inspiradores. Com certeza, há muito da professora Clarice no meu modo de ver o direito.

Mas ao lado da professora Clarice eu não poderia deixar de registrar um agradecimento especial à professora Ane Shirley Araújo, minha primeira orientadora na pesquisa durante a graduação e quem, sem dúvida, influenciou e muito o meu projeto de mestrado e doutorado. Existem pessoas que não encontramos com frequência, com quem não conversamos diariamente, mas estão sempre em nossos pensamentos positivos e em nossos corações. E a professora Ane Shirley, sem dúvida é uma delas.

Agradeço ainda aos professores que participaram da qualificação do presente trabalho, Professores Doutores Anselmo Prieto Alvarez e Silvio Luis Ferreira da Rocha. Sem dúvida, as sugestões, a atenção e a contribuição foram imprescindíveis para a conclusão do texto.

Também agradeço à UniFAJ, pela parceria e incentivo na minha qualificação profissional. Em especial ao professor Reitor Ricardo Tannus, por ter acreditado em meus ideais em busca de um curso de excelência, ao professor Diretor Flávio Fernandes Pacetta, mais que um diretor, um grande amigo para todos os momentos, à Professora e Coordenadora Elizete Moura, mola propulsora e coração do nosso curso de direito e ao Professor e Coordenador Albano de Freitas Dias Junior, que engrandece a coordenação do curso de direito com sua energia positiva e sua busca incansável pela qualidade.

Agradeço a todos aqueles que compõem a equipe da primeira Vara da Comarca de Jaguariúna. Juntos conseguimos, ou ao menos tentamos, pôr em prática um direito justo e efetivo. Em especial ao José Roberto, à Daniela, ao Diogo e ao Jorge, todos grandes amigos e companheiros de Trabalho.

Além disso, agradeço ao brilhante promotor de justiça Dr. Sergio Luis Caldas Spina, pela aprendizagem no dia a dia forense.

No mais, mais uma vez, ao meu revisor geral de texto, Marcelo Silveira, pelo excelente trabalho realizado.

Por fim, agradeço àquelas que são, em última instância, o meu porto seguro, que compõem os pilares da minha existência: Ciça, Aninha, Isa e Cacá.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o contexto e o processo racional de tomada de decisão entrelaçados ao método pragmático em um paradigma do constitucionalismo de efetividade. O ponto de partida é a certeza de que o direito não se resume ao plano dos conceitos. Realiza-se na experiência concreta e real, o que implica a necessária compreensão do racional processo de tomada de decisão; tanto em seu contexto de descoberta como em seu contexto de justificação, é fundamental para cultivarmos uma cultura de efetividade. O constitucionalismo da efetividade se concretiza no contexto do modelo cooperativo. Seus institutos e normas fundamentais se entrelaçam em influência recíproca ao método pragmático, permitindo a percepção de seus efeitos práticos na experiência jurídica em direção à efetivação dos direitos. Isso tudo faz com que o papel do judiciário se desloque de coadjuvante para partícipe fundamental no processo de construção normativa. A jurisdição ostenta uma função imprescindível de promoção da tutela dos direitos por meio de técnicas adequadas. Nesse contexto, é imprescindível investigar e refletir sobre o processo dinâmico de tomada de decisão de certificação do direito e de satisfação da tutela certificada. Essa dinâmica de decidir e efetivar a tutela não se realiza de forma aleatória, mas sim em um contexto real, dotado de regras, características e propósitos. Esse contexto de realização opera-se no modelo democrático e cooperativo que se legitima pela participação dialógica, porém sem ignorar seus elementos finalístico (efetividade), de estabilidade (previsibilidade) e de comprometimento (responsabilidade). A pretensão é analisar os efeitos práticos e dinâmicos desse modelo processual e sua correlação com a tomada de decisão racional, a partir de um método que seja capaz de interagir de forma real com o sujeito, o problema e o sistema. Assim, o método prestigia uma racionalidade real, que leva em conta os efeitos práticos da postura do sujeito e sua relação com o sistema a partir de um contexto problemático. Nesse cenário, o método funciona, em correlação com o contexto e regras do modelo cooperativo, como verdadeira parametrização das etapas decisórias, destacando e desvelando, sem ignorar a etapa de justificação, o contexto de descoberta, que, embora tenha um necessário momento perceptivo, também se desenvolve em um momento reflexivo.

Palavras-chave: processo; teoria da decisão; pragmatismo; efetividade.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze the context and the rational decision-making process intertwined with the pragmatic method in a paradigm of effective constitutionalism. The starting point is the certainty that law is not limited to the level of concepts. It is realized in concrete and real experience, which implies the necessary understanding of the rational decision-making process, both in its context of discovery and its context of justification, which is fundamental to cultivating a culture of effectiveness. The constitutionalism of effectiveness is realized in the context of the cooperative model. Its institutes and fundamental norms intertwine in reciprocal influence with the pragmatic method, allowing the perception of its practical effects in the legal experience towards the realization of rights. All of this causes the role of the judiciary to shift from one supporting actor to a fundamental participant in the process of normative construction. The jurisdiction has an indispensable function in promoting the protection of rights by employing appropriate techniques. In this context, it is essential to investigate and reflect on the dynamic decision-making process of certification of the right and satisfaction of the certified protection. This dynamic process of deciding and enforcing protection is not carried out randomly, but within a real context, endowed with rules, characteristics, and purposes. This context of realization operates in a democratic and cooperative model that is legitimized by dialogic participation but without ignoring its finalists' elements (effectiveness), stability (predictability), and commitment (responsibility). The intention is to analyze the practical and dynamic effects of this procedural model and its correlation with rational decision-making, based on a method that can interact in a real way with the subject, the problem, and the system. Thus, the method honors real rationality, which considers the practical effects of the subject's stance and its relationship with the system from a problematic context. In this scenario, the method functions, in correlation with the context and rules of the cooperative model, as a true parameterization of the decision-making steps, highlighting and unveiling, without ignoring the justification step, the context of discovery, which, although it has a necessary perceptive moment, also develops in a reflective moment.

Keywords: process; decision theory; pragmatism; effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 O PARADIGMA ATUAL DE DIREITO	21
1.1 Do Constitucionalismo Liberal ao Constitucionalismo Contemporâneo.....	22
1.1.1 Neoconstitucionalismo	23
1.1.2 Constitucionalismo da efetividade	25
1.2. O sistema jurídico nacional e a consolidação do constitucionalismo da efetividade.....	27
1.2.1 Antecedentes: os sistemas da <i>civil law</i> e os sistemas da <i>common law</i>	27
1.2.2 Consequências das características da <i>civil law</i> nos planos filosóficos, metodológicos, do Poder Judiciário, da norma e da efetividade	30
1.3 Construção do modelo Constitucional e democrático de direito.....	33
1.3.1 A constituição Federal de 1988 e o início do constitucionalismo no Brasil.....	35
1.3.2 A revalorização dos fatos e o surgimento de uma sociedade plural e complexa	37
1.3.3 A compreensão de norma a partir dos fatos concretos	38
1.3.3.1 Regras e princípios.....	41
1.3.3.2 Ponderação e subsunção.....	43
1.3.4 O desenvolvimento de uma racionalidade intersubjetiva e dialógica, superando a objetividade das ciências empíricas, em um contexto de avaliação de habilidades, e não somente de enunciados linguísticos	45
1.3.5 A reaproximação da moral e do direito	46
1.3.6 O hibridismo e a reaproximação entre a <i>civil law</i> e a <i>common law</i>	48
1.3.7 A revalorização do judiciário como trunfo dos direitos fundamentais.....	49
1.3.8 Redimensionamento da relação prática e teoria: revalorização da racionalidade prática	51
1.3.9 Abertura para um pluralismo filosófico.....	52
1.3.10 A litigiosidade complexa: litígios individuais, coletivos, estruturais e estratégicos.....	54
1.3.11 A inteligência artificial e o surgimento de novas formas de resolução de litígios.....	55
1.4 O desenvolvimento de um constitucionalismo de efetividade a partir da experiência nacional.....	58
1.5 O método pragmático no contexto do paradigma Constitucional: uma breve reflexão.....	62

2 APORTES TEÓRICOS PARA UM MÉTODO PRAGMÁTICO JURÍDICO COMPATÍVEL COM A TOMADA DE DECISÃO NO CONSTITUCIONALISMO DE EFETIVIDADE	65
2.1 Conceito e racionalidade do método.....	65
2.2 O Método Pragmático	68
2.3 Características do Método Pragmático	70
2.3.1 Antifundacionalismo e o falibilismo	70
2.3.2 Contextualismo.....	73
2.3.2.1 Os panos de fundo e o interesse seletivo	77
2.3.3 Consequencialismo.....	78
2.3.3.1 Especificidades do Consequencialismo no direito e o apoio do método pragmático	82
2.3.4 Cooperativo (Democrático) e não solipsista	87
2.4 As dimensões do pragmatismo	90
2.4.1 A dimensão lógica	91
2.4.1.1 O juízo de percepção como porta de entrada do conhecimento	92
2.4.1.2 As inferências dedutivas, indutivas e abduativas	93
2.4.2 A dimensão ética	97
2.4.3 A dimensão estética	98
2.5 PROPÓSITOS	101
2.5.1 A Formação da Crença	101
2.5.2 A verdade	103
2.5.3 Funcionalidade	107
2.5.4 Legitimidade	108
3 APORTES PRÁTICOS NO CONTEXTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS....	109
3.1 O modelo cooperativo de processo.....	110
3.2 Os institutos fundamentais do processo a partir de uma visão pragmática no contexto do modelo cooperativo de processo e constitucionalismo da efetividade	128
3.2.1 Jurisdição	129
3.2.2 Ação	134
3.2.3 Processo	141
3.3 Normas Fundamentais.....	145
3.3.1 Introdução conceitual.....	145
3.3.2 As normas fundamentais na dimensão lógica, ética e estética e seus propósitos.....	149

4 O PROCESSO RACIONAL DE TOMADA DE DECISÃO.....	153
4.1 Racionalidade(s) jurídica(s)	153
4.2 Racionalidade a partir do método pragmático e efeitos práticos.....	158
4.3 O contexto de descoberta	163
4.3.1 Momento perceptivo.....	164
4.3.2 Momento deliberativo.....	167
4.4 A tomada de decisão de certificação do direito.....	169
4.4.1 A delimitação do problema.....	172
4.4.1.1 A apresentação do problema.....	172
4.4.1.2 A percepção do problema.....	172
4.4.1.3 A compreensão e instituição do problema	174
4.4.2 Geração de alternativas de solução para o problema.....	176
4.4.3 Tratamento das informações e avaliação das alternativas geradas.....	177
4.4.3.1 A seleção de hipóteses: um solipsismo metódico?	181
4.4.4 A produção da crença	184
4.4.5 A exteriorização da decisão, o contexto de justificação	185
4.4.6 A importância das técnicas processuais no processo de certificação	186
4.5 A tomada de decisão de satisfação do direito.....	190
4.5.1 A efetivação e concretização do julgado	190
4.5.2 A importância das técnicas processuais no processo de satisfação.....	192
5 INTERCORRÊNCIAS E PONTOS DE INFLEXÃO NA DINÂMICA DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO	195
5.1 O antifundacionalismo, a imparcialidade e o viés de confirmação	197
5.1.1 Os vieses e a imparcialidade na fase postulatória	199
5.1.2 Os vieses e a imparcialidade na fase de saneamento.....	202
5.1.3 Os vieses e a imparcialidade na instrução	203
5.1.4 Vieses e imparcialidade na decisão	205
5.2 O contextualismo, o contraditório e o viés de enquadramento ou ancoragem.....	207
5.2.1 Contraditório na postulação	211
5.2.2 Contraditório na fase de saneamento.....	212
5.2.3 Contraditório na fase de instrução.....	213
5.4 Contraditório na fase de decisão.....	215

5.5	A postura cooperativa, o modelo cooperativo de processo e o viés da falsa coerência.....	217
5.6	A boa fé objetiva o consequencialismo e a seletividade no processo.....	220
5.7	A fase satisfativa e o viés do otimismo excessivo e do <i>status quo</i>	223
	CONCLUSÃO.....	225
	REFERÊNCIAS.....	229

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o processo racional de tomada de decisão e o seu contexto, entrelaçados às premissas do pragmatismo filosófico clássico, com foco no método pragmático de Peirce, em um paradigma do constitucionalismo de efetividade.

Partindo da certeza de que o direito não se resume ao plano dos conceitos e que um paradigma se configura a partir das crenças e hábitos introjetados na consciência dos sujeitos, e não de definições disfuncionais, a compreensão de como se procede a dinâmica de tomada de decisão, tanto em seu contexto de descoberta como em seu contexto de justificação, é fundamental para cultivarmos uma cultura de efetividade.

As Constituições estão permeadas de direitos que necessitam de efetividade. O Constitucionalismo, nesse cenário, avançou da fase de proclamação de direitos para a exigência de sua efetivação. No mesmo contexto, as leis que disciplinam temas fundamentais, muitas vezes consolidando normas constitucionais a partir de enunciados abertos, demandam constante e contínua densificação concreta. Além disso, a efetividade se mostra possível a partir da experiência real, não havendo que se falar em efetivação de direitos previamente à situação problemática.

Isso tudo implica o ressurgimento de um *player* fundamental no cenário de concretização da norma nos sistemas da *civil law*. Fica evidente que o Judiciário sai da função de mero aplicador mecânico da lei e passa a ser verdadeiro concretizador de direitos. Deixa de ser uma ponte que liga a lei aos fatos e passa ser o caminho necessário para a construção da norma-fundamento que embasa a decisão e que regerá o caso concreto.

A jurisdição ostenta uma função imprescindível no constitucionalismo da efetividade, qual seja, a de promover a tutela dos direitos por meio de técnicas adequadas. Nessa promoção de tutela de direitos, o Poder Judiciário assume o duplo papel de solucionar de forma efetiva e tempestiva o caso concreto (magistratura de piso e Cortes de Justiça) e dar unidade na interpretação da Constituição e das Leis (Cortes Supremas).

Porém, quando se fala em jurisdição na tutela de direitos, muitas vezes ignora-se que a magistratura de piso é a porta de entrada da grande maioria dos problemas que demandam a certificação da tutela e sua respectiva satisfação a partir de técnicas adequadas. Em regra, centra-se o estudo da teoria da decisão nas decisões judiciais da Corte Constitucional, como se o direito se resumisse à atuação do Supremo Tribunal Federal, ignorando o imprescindível papel dos juízes na consecução de um constitucionalismo de efetividade.

Nesse contexto, que se reforça pela certeza de que a norma será produzida a partir de um caso concreto, que em regra ingressa pelo piso e que se implementa na experiência real, é imprescindível investigar e refletir sobre o processo dinâmico de tomada de decisão de certificação do direito e de satisfação da tutela certificada.¹

Essa dinâmica de decidir e efetivar a tutela não se realiza de forma aleatória, mas sim em um contexto real, dotado de regras, características e propósitos. Esse contexto de realização opera-se no modelo democrático e cooperativo de processo que se legitima pela participação dialógica, porém sem ignorar seus elementos finalísticos (efetividade), de estabilidade (previsibilidade) e de comprometimento (responsabilidade).

A pretensão é analisar os efeitos práticos e dinâmicos desse modelo processual e sua correlação com a tomada de decisão racional, a partir de um método que seja capaz de interagir de forma real com o sujeito, o problema e o sistema.

O método pragmático, de viés peirciano, a partir de suas características – antifundacionalismo, contextualismo, consequencialismo e cooperativo – de suas dimensões – lógica, ética e estética – e de seus propósitos – formação da crença, verdade, funcionalidade e legitimidade – permite que a racionalidade se desenvolva gradativamente no percurso de tomada de decisão, prestigiando tanto o contexto de descoberta, que é essencial para a substancial participação dialógica, quanto o contexto de justificação.

O método prestigia uma racionalidade real, que leva em conta os efeitos práticos da postura do sujeito e sua relação com o sistema a partir de um contexto problemático. Se é na realidade que a norma é produzida e efetivada, a racionalidade deve ser funcionalizada, no sentido de permitir, por um lado, o controle de adequação da decisão, mas, por outro, que tal decisão adequada se efetive concretamente. Isso porque, em um constitucionalismo que exige efetividade, decisão adequada mas não efetivada não é decisão legítima.

Nesse cenário, o método funciona, em correlação com o contexto e regras do modelo cooperativo, como verdadeira parametrização das etapas decisórias, destacando e desvendando, sem ignorar a etapa de justificação, o contexto de descoberta, que, embora tenha um necessário momento perceptivo, também se desenvolve em um momento reflexivo. É importante reforçar que a ideia de parametrização aqui desenvolvida correlaciona-se com o

¹ A certificação do direito não se confunde com sua satisfação. Didaticamente é possível vislumbrar dois momentos fundamentais no processo sincrético. Um primeiro no qual o juiz, em sua atividade argumentativa e reconstrutiva da norma, deverá certificar quem possui a razão, daí afirmamos certificação do direito, para, em seguida, promover a satisfação de tal tutela certificada. É importante reforçar que, em determinadas situações, a certificação não necessariamente precisa ser definitiva acobertada pela coisa julgada, uma vez que, como se sabe, o próprio sistema permite o cumprimento de uma decisão provisória.

estabelecimento de diretrizes, o que permite rearranjos constantes, prestigiando a ideia de que a experiência real sempre poderá assumir novos contornos diante da pluralidade de eventos. Além disso, a parametrização permite a consideração real de intercorrências que muitas vezes interferem na dinâmica de decisão e efetivação. Não se trata, portanto, para que fique claro, de uma padronização fechada da dinâmica de decisão.

Visando desenvolver o tema em questão, no primeiro capítulo consolidaremos as características que representam o perfil do paradigma em que estamos inseridos, que no presente trabalho optamos por denominar de *constitucionalismo de efetividade*. Porém, não partiremos das simples exposições teóricas, afinal nos importa efetivamente os efeitos práticos que as crenças e os hábitos de tal paradigma produzem na experiência real.

Para isso, é fundamental compreender que nossa experiência real de realização do direito tem como matriz as premissas plantadas e cultivadas a partir do sistema da *civil law*, fortemente influenciado pelo positivismo formalista, o que implica grande dificuldade de realização do constitucionalismo da efetividade e introjeção de seus valores, mesmo compreendendo dogmaticamente seus conceitos abstratos.

Atento a esse fato, não há constitucionalismo efetivo, mesmo presentes todas as características listadas pela doutrina, se não pensarmos o referido movimento a partir da ideia de tutela dos direitos. Por isso, refletimos como o processo de tomada de decisão, em um contexto cooperativo de processo, é fundamental à tutela jurisdicional de direito no Estado Constitucional e pode ser essencial para a consolidação prática e real desse paradigma atual.

Finalizando o primeiro capítulo, expusemos, como uma espécie de introdução deliberada ao segundo capítulo, como o método pragmático pode ser relevante na consolidação dessas novas crenças, atuando na dinâmica do processo decisório a partir de suas características, dimensões e propósitos.

Por isso, no Capítulo 2 inauguramos a análise do método pragmático, partindo da ideia de que nenhum método, por mais sofisticado que seja, será minimamente satisfatório se ignorar o processo e suas características centrais como momento principal de realização do direito. Apresentamos o método pragmático a partir da interpretação do pragmatismo filosófico de Charles Sanders Peirce, fazendo algumas correlações com o pragmatismo de John Dewey.

Nesse contexto, analisamos pormenorizadamente suas características, para, em seguida, aprofundar suas dimensões sem ignorar seus propósitos. O método pragmático, nesse contexto, se mostra útil para o desenvolvimento de um sistema voltado para a efetividade, cultivando e potencializando os efeitos práticos do constitucionalismo de efetividade. Isso

porque, a partir de suas características antifundacionalistas, falibilista, contextualista, consequencialista e cooperativa, que se correlacionam com as dimensões da lógica, ética e estética, em busca de propósitos relacionados à formação da crença, verdade, funcionalidade e legitimidade do processo de decisão, é possível pensar que ele contribui sensivelmente para a racionalidade do processo de tomada de decisão de certificação e satisfação.

O segundo capítulo, embora tenha a finalidade específica de estabelecer aportes teóricos sobre o método, não ignora um dos principais propósitos do próprio pragmatismo, que é a sua funcionalidade. Assim, ao trabalhar com suas características, estabelecemos os efeitos práticos que elas implicam no processo e no contexto de tomada de decisão. Por outro lado, refletimos sobre o que denominamos de *dimensões do pragmatismo*, levando em conta o seu propósito de legitimar o processo de significação, a partir de um raciocínio correto (lógica), em que fins são deliberados (ética), em busca de um fim último que implique em contínuo processo de aperfeiçoamento em busca de um estado de razoabilidade concreta (estética).

Em continuidade, a partir das características consolidadas do constitucionalismo de efetividade e da funcionalidade do método pragmático, passamos à análise do contexto em que o processo de tomada e de efetivação da decisão se concretiza. Isso é fundamental a partir da ideia tão sedimentada de que nossas crenças se produzem em eventos reais que estão inseridos em uma experiência prática. Dessa forma, só podemos compreender a dinâmica de decidir, se refletirmos não só sobre as características do paradigma atual, mas também sobre o contexto em que tal decisão se efetiva.

Nesse contexto, no capítulo três analisamos o modelo democrático (ou cooperativo) de processo, destrinchando seus fatores de legitimação, a partir da experiência prática que interliga sujeito, problema e sistema em um contínuo e dinâmico processo de tomada de decisão. Mas não só seus fatores de legitimação são relevantes para entender o contexto, sendo imprescindível revistar os institutos fundamentais do processo – jurisdição, ação e processo – para retirar de seus conceitos abstratos a máxima funcionalidade prática de suas características.

Antes de encerrar o capítulo, também é essencial compreendermos as normas fundamentais do processo, porém a partir de um enfoque investigativo sobre sua estrutura dinâmica e seus efeitos práticos relevantes no contexto de tomada de decisão. Focamos na correlação das normas com as dimensões lógica, ética e estética do pragmatismo, sustentando ainda uma dimensão finalística das normas, compatível com os propósitos do método pragmático, no sentido de relevância na produção de crenças, adoção do valor *verdade* como

compromisso de um raciocínio honesto e sincero, visando a um contínuo aperfeiçoamento das decisões, o que implica a certeza da funcionalidade concreta dessas normas estruturantes.

Dimensionadas as características do constitucionalismo de efetividade e desenvolvido um método funcional que prestigie a introjecção dos valores do atual paradigma em nossa experiência real, efetivando-o em um contexto processual cooperativo, ingressamos no processo em si de tomada de decisão de certificação e satisfação da tutela.

Assim, no último capítulo, iniciamos com um panorama sobre um tema tão complexo, mas relevante, no processo de tomada de decisão: a racionalidade como fator de correção. Isso é importante, pois o método pragmático não prestigia um simples procedimento formal de tomada de decisão, mas substancializa a decisão a partir de múltiplos fatores. A racionalidade passa a ser concreta, embora limitada, correlacionando-se com o método e seus propósitos dentro do contexto da efetivação das tutelas de direito.

Nesse cenário, a busca de uma racionalidade concreta torna imprescindível a investigação do contexto de descoberta. Ao contrário do que sustenta a maioria da doutrina, tal contexto não interessa somente às outras áreas das ciências, pois ele não se perfaz somente no momento perceptivo, havendo um momento reflexivo relevante na descoberta da decisão. Assim, o estudo do contexto de descoberta, correlacionando esses momentos fundamentais no processo de formação de crença, é fundamental para a parametrização de uma dinâmica de decidir que não se contenta com a simples exposição de razões.

Em continuidade, ainda no último capítulo, parametrizamos (e não padronizamos) as etapas de decisão, visando estabelecer diretrizes funcionais de como se opera o dinâmico processo de decisão que se divide em certificação do direito (com criação da norma-fundamento) e sua satisfação. Não deixamos de lado a reflexão de que o direito material, isoladamente, não tutela o direito, sendo que a circularidade entre direito e processo é essencial para a efetiva tutela. Por isso, prestigiamos a compreensão das técnicas processuais e sua adequação para a efetividade da tutela jurisdicional, tanto na certificação como na satisfação.

Mas como já dito, por se tratar de uma parametrização, não ignoramos as intercorrências que podem ocorrer em tal dinâmica, principalmente correlacionadas ao que denominamos de vieses cognitivos. Assim, encerramos o com um último capítulo destinado a analisar de forma pormenorizada algumas intercorrências no processo de decisão, sugerindo a importância de se levar a sério os efeitos práticos positivos das normas fundamentais em um contexto pragmático para minorar os efeitos de deslegitimação da decisão diante de tais intercorrências.

1 O PARADIGMA ATUAL DE DIREITO

Em primeiro lugar, é fundamental a compreensão de paradigma e o seu emprego no presente contexto.

Segundo T. S. Kuhn (1998, p. 219), um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.

Interpretando Kuhn, Menelick de Carvalho Neto (1999, p. 476) afirma, em síntese, que tal noção permite explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, por meio de tematizações dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.

Nesse ponto, a compreensão do paradigma atual de direito não demanda a simples exposição de conceitos e enunciados, sem que seja possível identificar como a estrutura de tais conceitos orienta e delimita a pauta de comportamento da práxis concreta dos sujeitos que se inserem no sistema atual. Em outras palavras, de nada vale a estrutura sem empreendermos a análise das efetivas consequências práticas de tais definições.

Dessa forma, podemos afirmar que os conceitos e características do paradigma atual de direito só são relevantes se pensarmos em sua realização prática, ou seja, os efeitos que eles produzem nas posturas dos sujeitos que participam da experiência real e como são operacionalizados em um determinado contexto processual.

Sem essa consciência prévia, denominações como *constitucionalismo clássico*, *moderno*, *contemporâneo* e *neoconstitucionalismo* não passam de rótulos sem qualquer função efetiva no desenvolvimento do direito. Isso porque de nada adianta identificarmos um constitucionalismo de efetividade, se nossas crenças ainda se sedimentam em um positivismo formalista.

Por isso, antes de refletir sobre o paradigma em que estamos inseridos, é preciso aceitar a noção de que uma das grandes dificuldades do sistema jurídico atual não deriva do desconhecimento da evolução do Constitucionalismo ou da interpretação de seus conceitos, mas sim da discrepância entre os conceitos abstratos que são prestigiados e das crenças e práticas reais que estão introjetadas na comunidade de participantes da práxis concreta.

Isso ocorre porque a efetiva transformação de um paradigma demanda a mutação de todo um sistema dominante de significados e de valores, que só será abandonado se as

características e os propósitos do constitucionalismo forem levados a sério e realizados na prática.

Assim, iniciaremos o capítulo trabalhando, mesmo que de forma breve, a evolução do constitucionalismo, para conceituar o que pretendemos com o rótulo *constitucionalismo da efetividade*.

Porém, para que tal rótulo não se transforme em simples expressão retórica, é fundamental compreendermos como a práxis recepciona e densifica as características que aqui defendemos como decorrentes de tal constitucionalismo. Nesse ponto, compreender as dificuldades decorrentes de uma cultura sedimentada pelo perfil do sistema da *civil law*, dialogando com características próprias do constitucionalismo, é imprescindível para firmarmos o real alcance do constitucionalismo aqui propugnado. Permite-se, assim, a demonstração da fundamental importância do processo racional de tomada de decisão, para efetivação dos direitos e a relevância do aporte pragmático nesse percurso.

1.1 Do Constitucionalismo Liberal ao Constitucionalismo Contemporâneo

De forma geral, embora a ideia de Constituição como hoje conhecemos seja produto da modernidade, é comum a doutrina distinguir entre constitucionalismo antigo e moderno, a partir de uma análise histórica do constitucionalismo. Isso porque, se a ideia de Constitucionalismo traz em sua essência a noção de organização política e social, tal organização existe, mesmo que embrionariamente, desde a antiguidade.

Porém, ao pensarmos em constitucionalismo como um movimento político-jurídico de limitação de poder e garantias de direito expressos em uma constituição rígida, é comum correlacionar o seu nascimento com o signo do liberalismo (SAMPAIO, 2013, p. 61).

Nessa quadra de análise histórica da evolução do Constitucionalismo, temos, nesse primeiro momento, o surgimento de constituições escritas e dotadas de supremacia², nas quais os direitos fundamentais correlacionados à liberdade ganham destaque. A abstenção do Estado e o prestígio aos denominados *direitos de defesa* eram características centrais desse modelo de estado liberal no qual o indivíduo era o centro do sistema.

² Consigne-se que a ideia de supremacia constitucional surge essencialmente no Constitucionalismo norte-americano. Na Europa, nesse momento histórico, não se falava propriamente em supremacia material e normativa da Constituição, mas sim do Parlamento. Esse ponto é importante, pois quando se fala em força normativa da constituição como um marco do neoconstitucionalismo, tal característica, ao menos nos Estados Unidos já se fazia presente desde o constitucionalismo liberal.

A necessidade de um Estado presente, que garantisse direitos prestacionais ligados essencialmente à igualdade, dá ensejo ao surgimento de Constituições mais densas e menos analíticas, principalmente na Europa Continental, na segunda década do século XX, especialmente a Constituição de Weimar de 1919. O perfil social, no qual o protagonismo é essencialmente de grupos e de movimentos sociais, impõe um fazer ao Estado no sentido de garantir direitos sociais, culturais e econômicos.

O equilíbrio entre a defesa do indivíduo e a proteção de grupos sociais, buscando o equilíbrio entre direitos de defesa e prestacionais, acabou por fracassar diante das promessas não cumpridas da modernidade. A tentativa de se generalizar e racionalizar direitos a partir de métodos que buscavam a objetivação por meio da demonstrabilidade impôs uma barreira intransponível na compreensão da sociedade multicultural contemporânea, principalmente para apontar soluções para seus problemas.

Nesse contexto, as Constituições contemporâneas, que surgem principalmente após a segunda guerra mundial, passam a incrementar novos direitos, recebem a moral sob a forma de direitos fundamentais e permitem maior flexibilidade na densificação de seus enunciados dotados de textura aberta.

O constitucionalismo contemporâneo surge em um contexto no qual a declaração de direitos mostra-se implementada. O foco deixa de ser puramente a positivação do direito e passa a ser as condições reais que permitem o seu usufruto e sua efetivação

Isso implica, conforme pertinente observação de Perez Luno (2021, p. 42), na conclusão de que a positivação não é considerada, portanto, o final de um processo, mas uma condição para o desenvolvimento das técnicas de proteção dos direitos fundamentais, que são as que em última instância definem o seu conteúdo.

A práxis, que passa a ser a pauta orientadora de significação das normas, mostra-se complexa, uma vez que sua operatividade envolve a ideia de reconstrução normativa, em que se busca refletir sobre os elementos constitucionais concretamente existentes em uma dada sociedade de forma a, simultaneamente, atribuir coerência a ao sistema constitucional vigente e aproximá-lo do ideário do constitucionalismo democrático e igualitário (SOUZA NETO; SARMENTO, 2021, p. 237).

1.1.1 Neoconstitucionalismo

No contexto histórico evolutivo anteriormente assinalado, o rótulo *neoconstitucionalismo* surge como uma etiqueta que, no final dos anos noventa do século passado, alguns integrantes da escola genovesa da teoria geral do direito (Suzanna Pazzolo e

Mauro Barberis) começaram a utilizar para classificar e criticar algumas tendências pós-positivistas da filosofia jurídica contemporânea, que apresentavam características comuns, mas também diferentes entre si (COMANDUCCI; AHUMADA; GONZÁLEZ LAGIER, 2009, p. 87).

Écio Duarte e Suzana Pozzolo sustentam que

Originalmente pensado para denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito, talvez também devido a uma certa indeterminação ou vagueza que lhe foram atribuídas, por uso um pouco diversos, já que o termo enfrentou uma rápida e ampla difusão no léxico dos jusfilósofos, sobretudo em língua italiana e espanhola. É importante advertir que o neoconstitucionalismo não é plenamente coincidente com o juspositivismo. Aquela, de fato, não se apresenta como uma doutrina descritiva (como pretende ser o juspositivismo metodológico ou conceitual) mas, no mínimo, como uma reconstrução racional e no máximo, como uma justificação do sistema (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 77-78).

Dessa forma, percebe-se que, sob um rótulo, inserem-se inúmeras correntes teóricas, metodológicas ou mesmo ideológicas³, que, embora distintas, possuem traços comuns como:

a) a adoção de uma noção específica de constituição que foi denominada “modelo prescritivo de Constituição como norma”; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto também de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”; d) a consignação de tarefas de interpretação à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à teoria do Direito (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 79).

O problema é que há uma forte discussão em torno do alcance do conceito de *neoconstitucionalismo*, se pode ser considerada uma teoria jurídica, se é um movimento político, ou mesmo se um método que se contrapõe ao positivismo ou jusnaturalismo. Ferrajoli, por exemplo, busca desenvolver a ideia de Constitucionalismo garantista, em um contexto de aperfeiçoamento positivista, e não propriamente em uma realidade antipositivista. Nesse sentido:

Para além deste traço comum, entretanto, o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido

³ Paolo Comanducci, em seu texto “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, analisa o neoconstitucionalismo em três acepções: teórica, metodológica e ideológica. Em sentido próximo, mas que entendemos mais correlacionado ao que aqui sustentamos, Alfonso Garcia Figueroa sustenta que, por sua relação com o positivismo jurídico, é preciso distinguir três formas fundamentais de constitucionalismo: o teórico, o metodológico e o ideológico. No teórico, a tese central é a de que a constitucionalização dos sistemas jurídicos torna insustentável a infalibilidade da técnica do direito, especialmente sua aplicação subsuntiva. No metodológico, na tese central, que é de caráter normativo, a constitucionalização dos sistemas jurídicos exclui a existência de um dever de obediência ao direito legislado, que não prevalece em face da Constituição. A obediência é da Constituição, e não das leis. No ideológico, defende-se a expansão do constitucionalismo. Por fim, o metodológico, que sustenta uma relação conceitual necessária entre direito e moral (FIGUEROA, 2012).

como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu complemento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de “neoconstitucionalista”, é seguramente a mais difundida (FERRAGIOLI, 2012, p. 13).

Porém, como justificam, sua tese de Constitucionalismo garantista configura-se em um juspositivismo reforçado:

O Constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velo juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo. Representa, portanto, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito (FERRAGIOLI, 2012, p. 22-23).

Diferenças à parte, um ponto é certo: sob o novo paradigma do Constitucionalismo contemporâneo, o mundo prático passou a ser o centro das preocupações dos juristas (STRECK, 2012, p. 200). Por isso, a teoria da Constituição não deve se manter passiva diante de seu objeto de análise, mas exercer sobre ele um esforço de racionalização crítica (SOUZA NETO; SARMENTO, 2021, p. 237).

Assim, é preciso ir além do estabelecimento de características abstratas do que vem sendo denominado de *neoconstitucionalismo*, verificando-se os efeitos práticos da constitucionalização do direito⁴ e como eles interferem na práxis concreta de efetivação do direito.

1.1.2 Constitucionalismo da efetividade

Independentemente das múltiplas formas de se compreender o neoconstitucionalismo, a ideia de *constitucionalismo da efetividade* surge em um contexto em que a simples consagração de direitos na constituição, somada a rótulos e características que pouco dizem quanto a seus efeitos práticos, não condiz com as exigências da sociedade atual.

⁴ Josep Aguiló Regla, interpretando os estudos de Riccardo Guastini, cita os seguintes fatores correlacionados com a constitucionalização do direito: 1) a ordem jurídica conta com uma Constituição rígida que incorpora uma relação de direitos fundamentais; 2) está prevista a garantia jurisdicional da constituição; 3) reconhece-se a força normativa vinculadora à Constituição; 4) produz-se uma sobreinterpretação da Constituição; 5) considera-se que as normas constitucionais são suscetíveis de serem aplicadas diretamente; 6) impõe-se o modelo de interpretação das leis conforme a Constituição; 7) produz uma forte influência da Constituição no debate e no processo político (REGLA, 2012, p. 103).

Dessa forma, preliminarmente, podemos definir *constitucionalismo da efetividade*, ainda em um sentido abstrato, como aquele no qual os fatores do constitucionalismo já consolidados⁵ são levados a sério no processo de tutela de direitos, correlacionando (buscando) uma tutela justa efetiva e tempestiva.

Isso implica, necessariamente, em uma ressignificação dos conceitos de *jurisdição*, *processo* e *ação*, que, como veremos em momento oportuno, são reinterpretados à luz das funções que exercem no contexto de tutela material de direitos.

Por isso, a defesa abstrata de uma constituição materializada, dotada de normatividade, estruturada a partir de regras que convivem com princípios a partir de uma lógica que combina ponderação com subsunção, não é suficiente para alcançarmos a efetiva tutela de direitos.

É fundamental pensarmos o paradigma atual a partir de uma concepção conexa entre sistema, problema e intérprete, em um cenário no qual o participante está apto ao desenvolvimento de habilidades metodológicas orientadas para a solução do problema dentro de um sistema jurídico.

O Constitucionalismo em que se reforça a ideia de efetividade é aquele no qual se prestigia e se realça a importância do processo na consecução dos fins constitucionais e legais. A tutela dos direitos demanda um conjunto de técnicas processuais que garanta a efetividade do sistema jurídico, seja inibindo comportamento lesivos, seja restaurando situações de violação de direitos.

Exatamente por isso a compreensão do paradigma em questão passa necessariamente pela análise do sistema jurídico nacional, com toda sua tradição e evolução, principalmente para reconhecermos que, embora os rótulos estejam sedimentados na teoria, as crenças introjetadas no sujeito nem sempre condizem com as características em abstrato dos conceitos.

E não só a tradição evolutiva é importante na compreensão do constitucionalismo da efetividade, mas também o que está por vir em futuro que se avizinha. Ou seja, até que ponto a ideia de efetividade como crença introjetada em agentes decisores é compatível com as novas tecnologias que, muitas vezes, buscam a substituição do homem como forma de produzir respostas rápidas e adequadas aos problemas apresentados.

⁵ Dentre os fatos citados anteriormente, destacamos a força normativa da constituição, a densificação de direitos fundamentais na forma de princípios, a eficácia direta das normas constitucionais e a expansão da jurisdição na resolução de conflitos sociais.

Para tanto, buscamos traçar um modelo concreto da tradição jurídica nacional e como tal tradição foi influenciada pela presente evolução do constitucionalismo, principalmente quanto aos seus efeitos práticos e reais.

1.2. O sistema jurídico nacional e a consolidação do constitucionalismo da efetividade

1.2.1 Antecedentes: os sistemas da *civil law* e os sistemas da *common law*

O Direito é um fenômeno cultural e histórico, produto da atividade humana, que surge, inicialmente, para solucionar conflitos e pacificar o litígio ou, ainda, como forma de legitimação de um poder.

Nesse cenário, se considerarmos que ao longo da história humana ocorreram rupturas que alteraram e renovaram esquemas gerais de visões de mundo, podemos concluir que o direito também passou por extensas mudanças ao longo do tempo, destacando a crescente importância do processo racional de tomada de decisão, para efetivação dos direitos e a importância do aporte pragmático nesse percurso.

Como afirmado, a partir de um contexto histórico geral, o paradigma atual, denominado por muitos de *neoconstitucionalismo* ou *constitucionalismo contemporâneo*, possui características ou fatores que entram em destaque conforme o foco que se pretende analisar

Todavia, pensamos que, para entender o momento atual e real do constitucionalismo brasileiro, é preciso percorrer um caminho um pouco distinto, partindo não das características em si, mas das premissas do sistema jurídico de matriz romanística (*civil law*), do qual derivamos, para, compreendendo nosso passado, possamos entender o presente.

A família romano-germânica se formou sobre a base do Direito romano, tendo como ponto central a ideia de racionalidade e segurança dos Códigos. Os direitos disciplinados em Códigos regulavam essencialmente as relações entre os cidadãos, ganhando relevo e destaque o direito civil. Os outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos, partindo dos princípios do direito civil, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito (DAVID, 2002, p. 23).

É muito importante notar que a determinação das regras e o estudo abstrato da lei era tarefa essencial da doutrina, que não se interessava propriamente pela etapa de aplicação do direito, pois tal etapa seria assunto para os denominados práticos.

Nesse contexto, o prestígio era pela sistematização forte do direito em Códigos que trouxessem previsões antecipadas para resolução de eventuais litígios, sendo que a justiça da

decisão caminhava lado a lado com a aplicação subsuntiva da lei. Ao órgão aplicador do direito cabia tão somente um raciocínio de subsunção dos fatos ao texto legislado.

O surgimento do Estado Moderno⁶, ou do que podemos chamar de modelo paleojuspositivista de Estado Legislativo de Direito (FERRAJOLI, 2009, p. 13-14), com a revolução Francesa, representa um dos momentos mais importantes da história de consolidação do sistema romano-germânico. No Estado legislativo, a lei passa a ser o fundamento das garantias de certeza do direito, de igualdade e liberdade. E, influenciado pelo pensamento de Montesquieu prestigia-se a ideia de que o Legislativo, como criador das leis, era o representante legítimo do povo e o judiciário, como poder subalterno e desacreditado, e tinha a função de simplesmente aplicar, de forma neutra, a letra da lei. Os ideais predominantes do movimento iluminista, como liberdade e igualdade formal apontavam a lei como principal percursora e garantidora desses bens, cabendo ao juiz um simples movimento mecânico de encaixar os fatos na resposta legal prévia. No mais, não havia preocupação da densificação ou construção da premissa, que já estava antecipada pelo enunciado legislativo.

A burguesia à época da revolução, com verdadeiro propósito de apagar da história as características do Antigo Regime, com apoio do Estado tem em seu Código Civil o centro de todo o sistema. Isso porque as estruturas jurídicas mais importantes à sociedade burguesa, como o contrato, a propriedade e a família, estavam previstas e reguladas mais naquele código do que nas inúmeras constituições francesas.

Portanto, em síntese, podemos afirmar que os códigos representam o ponto central do sistema *civil law*, sendo função precípua da legislação garantir segurança jurídica a partir de enunciados abstratos que resolveriam problema concretos. O juiz não tinha espaço interpretativo, pois sua função era, de forma neutra e utilizando-se de um puro método dedutivo, praticamente mecanicista, resolver o problema aplicando a lei ao caso concreto. Além disso, a correção de uma decisão era avaliada pela sua consistência caracterizada pela verificação da correlação lógica entre premissa legal e fatos apresentados.

Entender essas questões é fundamental para compreensão do Constitucionalismo moderno de matriz francesa. Embora não exista discussão de que as primeiras Constituições Rígidas dos Estados Unidos e França representam o marco histórico do constitucionalismo moderno, é fundamental compreender o sentido de tal movimento em França. Nesse país,

⁶ O Estado de Direito moderno nasce com a forma de Estado Legislativo de Direito no momento em que se afirma o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e existente, com independência de sua valoração como o que é justo. Graças a esse princípio e sua concretização por meio das codificações, uma norma jurídica é válida não por ser justa, mas, exclusivamente, por ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa.

pertencente à família romano-germânica, a Constituição se mostra muito mais como uma estrutura política, na qual se insere a realização dos direitos, do que como uma estrutura jurídico-normativa. Não se realiza a denominada normatividade da Constituição em França, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, país no qual o Judiciário assume relevante papel de proteção da Constituição.

No Federalista nº 78, por exemplo, Hamilton defende que não será válido qualquer ato legislativo contrário à Legislação, sendo de competência das cortes declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à Constituição (HAMILTON, 2011, p. 684).

Por outro lado, em França a tarefa de revisão constitucional é conferida a órgãos políticos e a discussão centra-se em grande medida no legislativo extraordinário, aquele a quem é conferido o direito de criar, alterar e interpretar a constituição (CONSANI, 2017, posição 865).

Note-se, portanto, que o Constitucionalismo no sistema da *civil law* não incorporou, de plano, a ideia de força normativa da Constituição, muito menos o relevante papel do Judiciário na criação do direito e no controle de constitucionalidade das leis.

Tudo isso reflete não só na relação entre poderes, na forma de se buscar a segurança e a manutenção da liberdade como princípio fundamental; todo esse panorama reflete, de forma significativa em vários ramos do saber jurídico.

Para nós, é relevante, por exemplo, a repercussão de tal sistema no processo civil. Chiovenda, por exemplo, em 1903, em famosa conferência proferida na universidade de Bolonha (“L’azione nel sistema dei Diritti”) sustenta a autonomia da conceituação da ação em face do direito subjetivo. Para ele a jurisdição consistia na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não uma vontade concreta da lei (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 64).

A liberdade, essência da revolução francesa e consolidada pelo respeito à lei, é densificada dentro do processo a partir de várias vertentes. Quanto ao juiz, tem a liberdade de decidir, independente da decisão dos Tribunais, pois não há vinculação prevista expressamente em lei e sua função é declarar a vontade da lei, e não dos Tribunais. Quanto às partes, não se imaginava impor ao indivíduo, por decisão judicial, um fazer ou não fazer, sem expressa previsão legal. O descumprimento de um direito subjetivo alheio geraria o ressarcimento ou reparação do dano, sendo inviável pensar-se em tutela específica.

Com características distintas da *civil law*, a *common law*, comportando o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês, dá maior destaque ao Poder Judiciário.

O núcleo da *common law* foi essencialmente criado pelos juízes. Isso porque, com o desenvolvimento de um Direito com maior abrangência em todo o Reino da Inglaterra, implicando vários conflitos que eram decididos pelos Tribunais Reais de Justiça, com o passar do tempo, as decisões desses Tribunais criaram um verdadeiro direito Jurisprudencial (DE SOUZA, 2006, p. 37). Essa marca importante, mas não exclusiva de sua origem, persiste de forma inequívoca até os dias atuais. O âmbito de realização concreta do direito e as decisões judiciais ganham relevo no desenvolvimento de tal sistema.

A segurança também é perseguida no sistema anglo-saxão, porém a partir do desenvolvimento da técnica de vinculação das decisões. A ideia do *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*)⁷ é uma criação no sistema da *common law*, por força da qual os precedentes das Cortes Constitucionais passam a ter eficácia vinculante para todos os demais juízes e tribunais, os quais, ao conhecerem casos similares ou análogos, têm o dever de considerar as razões determinantes que se generalizam dos julgados anteriores.⁸

Como visto, o Constitucionalismo Norte-Americano, refletindo a importância do Judiciário, passa a considerar a Constituição como norma suprema, dotada de força normativa. A declaração de inconstitucionalidade, que é de competência do Poder Judiciário, gera a nulidade da lei e vincula todos os demais órgãos do Judiciário.

1.2.2 Consequências das características da *civil law* nos planos filosóficos, metodológicos, do Poder Judiciário, da norma e da efetividade

Toda essa formação jurídica de origem romano-germânica fez com que o Brasil, colonizado por Portugal e com forte influência do direito francês, assumisse uma postura de Estado legislativo de Direito, no qual a lei, dotada de verdadeira supremacia, representava o centro do sistema. As características centrais que se destacavam eram: o legiscentrismo, as

⁷ Respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido.

⁸ A questão que devemos deixar expressamente consignada é a de que não podemos identificar o *common law* com a técnica dos precedentes. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, citando Simpson, esclarece que “qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza da *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso de precedentes e a determinação e a aceitação de sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda” (MARINONI, 2011, p. 33).

regras como única categoria de norma, o direito legislado de forma fechada e o método dedutivo como forma de aplicação do direito

Isso, portanto, trouxe consequências no plano filosófico, no plano da interpretação (raciocínio) e do raciocínio judicial, no plano das normas e no plano da efetividade do direito.

Em primeiro lugar, no plano filosófico, essas características proporcionaram um terreno fértil para o desenvolvimento da escola do positivismo formalista, passando a ter essa corrente grande prestígio no cenário nacional. O cultivo e o desenvolvimento das ideias de unidade, coerência e completude refletirão fortemente na atividade judicial.

Unidade no sentido de que a estrutura constitui um todo único, claramente delimitado e específico. As normas se definem a partir de seu pertencimento ao ordenamento jurídico (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 20). A constituição é fundamento de validade no sentido procedimental (nomodinâmica), e não substancial, ou seja, são válidas as leis aprovadas de acordo com o procedimento previsto na Constituição.

Plenitude ou completude no sentido de que o ordenamento jurídico aspira ser uma estrutura completa, no sentido de ser autossuficiente para regular todos os acontecimentos que ocorrem e possuam relevância jurídica (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 20).

Coerência, ou seja, tendência de todo o ordenamento jurídico conformar-se como um todo ordenado: um conjunto de elementos entre os quais se dá uma ordem sistematizada (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 21)

Em síntese brilhante de Scott J. Shapiro (2011)⁹, o positivismo jurídico em sua feição puramente formal tem como base quatro teses que decorrem dessas características enunciadas.

(1) Limitação judicial: a concepção formalista da atividade judicial é extremamente restritiva. De acordo com ela, os juízes têm sempre o dever de aplicar o direito existente. Em outras palavras, nunca gozam de discricionariedade para ignorar ou corrigir as regras segundo sua concepção de moral ou de política social. Somente o legislador pode modificar o direito; os juízes devem identificá-lo e aplicá-lo sempre que exista.

⁹ É importante consignar que Shapiro trata da questão dentro do capítulo VIII de seu livro *Legalidad*, intitulado de “O raciocínio jurídico e as decisões judiciais”. Nesse sentido, nesse capítulo ele analisa as objeções de que o positivismo jurídico se submete a uma concepção filosófica denominada *formalismo jurídico*. Ele explica que, de acordo com o formalismo jurídico, os regimes jurídicos modernos representam sistemas jurídicos consistentes e completos. Em outras palavras, o formalismo sustenta que toda a questão jurídica corresponde a uma única resposta jurídica correta e que a atividade do juiz será encontrá-la e aplicá-la”. E continua o referido jurista: “de acordo com essa concepção, o raciocínio jurídico é simplesmente um exercício de competência linguística, análise conceitual e cálculo lógico [...]. Conforme essa objeção o positivismo se compromete com o formalismo porque os positivistas sustentam que a existência do direito não dependeria de fatos morais”. O referido doutrinador conclui que seu objeto será analisar se realmente o positivismo jurídico, entendido corretamente, está comprometido com essa concepção formalista. Assim, é importante consignar que para esse doutrinador americano o positivismo jurídico não necessariamente é sinônimo de formalismo (SHAPIRO, 2011, p. 297-298).

(2) caráter determinado: os formalistas não somente sustentam que os juízes têm a obrigação de aplicar o direito quando este existe, como também pensam que o direito sempre existe e está à disposição dos juízes para que resolvam os casos. De acordo com essa posição, o direito está completamente determinado: para cada questão jurídica existe uma, e somente uma, resposta correta. Os formalistas negam, portanto, que existam situações fáticas que não são alcançadas por uma norma jurídica ou que existam lacunas no direito. Tampouco aceitam a possibilidade de contradições normativas, isto é, situações fáticas nas quais se aplicam duas ou mais regras que não são compatíveis ao mesmo tempo [...]. Assim, do ponto de vista formalista, sempre existe um modo correto de decidir uma controvérsia, e os juízes devem identificá-lo e aplicá-lo.

(3) Conceitualismo: para que os juízes possam identificar o direito, o formalismo deve garantir que existe um direito suscetível de ser identificado. Essa consideração previne a possibilidade de que o direito esteja conformado somente por regras particulares que se aplicam em situações fáticas limitadas, uma vez que, para cobrir todos os casos possíveis, as regras deveriam ser infinitas e, portanto, não conhecidas. Por isso, os positivistas aceitam uma concepção denominada frequentemente de *conceitualismo*. O conceitualismo assinala que o conjunto de regras jurídicas mais básicas podem derivar de princípios gerais que contêm conceitos abstratos.

(4) caráter amoral da tomada de decisões: de acordo com os positivistas, os juízes devem dirimir os casos sem recorrer ao raciocínio moral. Em outras palavras, devem ser capazes de identificar princípios jurídicos gerais, derivar destes as regras inferiores e aplicar as referidas regras aos fatos do caso sem recorrer a considerações morais (SHAPIRO, 2011, p. 297-298).

No plano de interpretação, o modelo dedutivo destacava-se. As premissas estavam estampadas na lei, enquanto ao juiz cabia a subsunção dos fatos ao enunciado legislativo. A interpretação era meramente descritiva e neutra, incumbindo ao órgão aplicador a declaração do direito pré-existente consubstanciado na norma. Os fatos assumiam relevância secundária e, muitas vezes, eram adaptados para que o encaixe fosse perfeito.

O juiz, nesse cenário, era um sujeito imparcial e neutro. A legitimidade de sua decisão derivava da sua qualidade de autoridade. A lei garantia a autoridade da decisão emanada de um órgão oficial. Não havia espaço para criação do direito, que estava pré-determinado pelo Legislador, competente dentro da ideia de separação de poderes.

Dentro do contexto do Judiciário, a garantia de independência se sobrepunha a qualquer ideia de pensamento institucional. O paradigma da liberdade, refletindo dentro do próprio poder judiciário como essência do Estado Liberal, implicava a conclusão de que cada juiz poderia decidir conforme a vontade da lei. Decisões dos tribunais, se reiteradas, tinham, no máximo, força de persuasão ou orientação.

A jurisdição era o poder de concretizar a vontade da lei, de forma definitiva, substituindo a vontade das partes. Os institutos processuais ganham relevo em sentido

abstrato, com debates intermináveis sobre temas centrais do processo, sem qualquer funcionalidade prática.

Exercia-se a jurisdição por meio do processo, a partir do exercício do direito de ação. A função precípua do magistrado era aplicar a vontade do legislador e pacificar o conflito, em virtude de sua autoridade. A legitimidade de um processo caracteriza-se pelo fato de a decisão ter emanado de uma autoridade estabelecida pela lei.

Em continuidade, quanto às normas, a base romano-germânica incutiu na mente dos estudiosos a ideia de que as regras eram dotadas de normatividade, enquanto os princípios eram meras pautas diretivas. Um sistema fechado demandava a existência de regras que, de forma plena, definiam direitos e obrigações, impondo consequências para o descumprimento. Não se vislumbrava a possibilidade de antinomia normativa, que, caso existisse, era meramente aparente e solucionada pelos critérios da hierarquia, cronológicos e especiais.

Por fim, por todas essas características, observou-se, por muito tempo, a preocupação excessiva com a certificação do direito e o desprezo com sua satisfação. A finalidade era a pacificação. A coisa julgada era vista como ponto final do processo, delimitando o seu conteúdo. A satisfação do direito era custosa, demandava um novo processo que muitas vezes tramitava sem a devida celeridade.

1.3 Construção do modelo Constitucional e democrático de direito

Luiz Roberto Barroso (2022, p. 241-262), ao analisar a formação do Estado Constitucional de Direito na Europa, elenca como características fundamentais a centralidade dos direitos fundamentais e a limitação de poder.

Em seguida, elenca o que ele denomina de marcos do novo modelo de Estado Constitucional: marco histórico, caracterizado pelo pós-guerra e redemocratização; marco filosófico, consubstanciado pela construção do pós-positivismo, que se inspira na retomada da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, e na reintrodução de valores no direito e, por fim, marco teórico com o reconhecimento da força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2022, p. 241-262).

Todavia, a universalização de marcos teóricos, histórico e filosófico, fora do contexto nacional, muitas vezes gera dificuldades de se compreender a evolução do paradigma dentro da práxis concreta, na qual os juristas pátrios realizam o direito.¹⁰

Assim, diante do objetivo do presente trabalho, é preciso compreender a evolução do legalismo para o Constitucionalismo a partir das dificuldades correlacionadas à forte introjecção de crenças da *civil law*, que enraizaram um intenso pensamento formalista na comunidade jurídica. Isso porque a mudança e a evolução operam-se não só a partir do conhecimento de conceitos abstratos, mas sim da realização prática desse novo paradigma.

Nesse contexto, a construção do novo paradigma no cenário brasileiro tem, no nosso modo de ver, os seguintes pontos fundamentais e significativos que simbolizam e refletem a própria experiência real uma mudança de comportamento: como marco histórico, a Constituição Federal de 1988; como fator sociológico, a revalorização dos fatos e o surgimento de uma sociedade plural e complexa; como modelo científico, o desenvolvimento de uma nova teoria da norma e de uma racionalidade intersubjetiva e dialógica, superando a objetividade das ciências empíricas, em um contexto de avaliação de habilidades, e não somente de enunciados linguísticos; como fator de legitimação, uma reaproximação da moral e do direito; como marco de tradição, uma aproximação entre a *civil law* e a *common law*; como simbolismo político, a revalorização do judiciário como trunfo dos direitos fundamentais; e como postura filosófica, a coexistência de uma pluralidade de escolas filosóficas; como característica da litigiosidade nos tribunais, uma rede complexa de litígios, individuais, coletivos, estruturais e estratégicos e, por fim, como interferência tecnológica o surgimento de Tribunais *online* e inteligência artificial que prometem uma revolução no sistema de justiça.

Tudo isso levado a sério e necessariamente efetivado na prática, permitirá que se cultive um novo modelo que preza pela efetividade, sem ignorar a previsibilidade, e pela participação, sem se esquecer da responsabilidade, culminando no que podemos chamar de *constitucionalismo de efetividade a partir da experiência*.

É o que veremos a partir de agora a partir dos marcos estabelecidos.

¹⁰ Embora esses marcos sejam constantemente citados pela doutrina, é importante destacar que eles não são comumente aceitos. Isso porque, quando se fala, por exemplo que o marco histórico é a segunda guerra mundial e como marco teórico a força normativa e a expansão da jurisdição constitucional, ignora-se por exemplo as decisões da Corte Constitucional norte-americana no início do século XIX, que já trabalhavam o controle de constitucionalidade. Dimitri Dimoulis (2009, p. 224), por exemplo, ao criticar tal elaboração de Barroso, sustenta que “em todas as hipóteses devemos entender que o neoconstitucionalismo é um sinônimo vago e impreciso do moralismo jurídico e se faz necessário evitar análises que incorrem em simplificações e distorções”.

1.3.1 A constituição Federal de 1988 e o início do constitucionalismo no Brasil

Conforme já tivemos oportunidade de reconhecer em outro momento a partir dos padrões estabelecidos por Riccardo Guastini (2009), no artigo “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano”, o constitucionalismo contemporâneo tem, dentre várias características, a existência de uma constituição rígida, dotada de força normativa e garantida por meio de uma jurisdição Constitucional, a qual tem como centro a proteção dos direitos fundamentais, com eficácia para todo o ordenamento.

Porém, é temerário acreditar que, com a promulgação da Constituição, todas essas características se realizam.

É muito importante reforçar que a tradição da *civil law*, de matriz essencialmente formalista, que dominava o pensamento de nossos juristas, não recepcionaria tais ideias instantaneamente, mas sim dentro de um processo contínuo, marcado essencialmente pela experiência.

São de notória relevância as palavras do Ministro Eros Grau no RE nº 407.688 (2006), em que se discutia a constitucionalidade da exceção ao bem de família do fiador. Nesse sentido, após discordar do voto do relator e tratar da necessidade de levar a sério a força normativa da Constituição e a vinculação do legislador à ordem Constitucional, expressou que

[...] os constitucionalistas que negam essa vinculação dão prova cabal que, aqui entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, reforçando que parece estranho mas no Brasil a doutrina mais moderna do direito público é a produzida pelos civilistas.

O problema em si não é pela incompreensão teórica do modelo de constitucionalismo contemporâneo, seja no que tange à força normativa da constituição ou aos direitos fundamentais, afinal a Corte é composta por pessoas com notório saber jurídico. Estamos diante da dificuldade de funcionalizar conceitos e gerar efeitos práticos, certamente em virtude das crenças introjetadas ao longo dos anos pelo pensamento liberal, no qual a autonomia da vontade ganhava contornos quase que absolutos, como essencial da *civil law*

A dificuldade de limitar ou restringir a autonomia da vontade a partir da força normativa da Constituição dos direitos fundamentais, positivados e enunciados abertos, passa necessariamente por uma mudança não só teórica, mas experiencial. E no ideário dos juristas nacionais as palavras de Kant soam como lei, afinal é possível que se cometa uma injustiça quando se decide a respeito de outro, mas não de si próprio (NOUR, 2003, p. 13).

A lei, editada e aprovada pelo legislador de forma fechada, exigindo do judiciário uma aplicação mecanicista, aparentemente evitava esse problema, afinal não haveria injustiça na aplicação da lei aprovada pelo parlamento.

Mas o sentimento constitucional foi sendo construído ao longo do percurso de nossa democracia inaugurada em 1988. A realização constitucional não é algo que se possa dar por suposto, dependendo, e muito, de quanto a Constituição efetivamente motiva e determina a conduta humana. A vigência real da Constituição não é alcançada pelo simples fato de existir, mas sim pela possibilidade de realização de seu conteúdo, buscando preservar e desenvolver os valores mais caros da sociedade (HESSE, 2013, 96-97).

Nesse cenário, o Constituinte de 1988 foi inspirador. A Constituição, denominada de cidadã, nome que reporta ao próprio povo, traz em seu bojo um elemento essencial que, em nossa percepção, foi fundamental para fazer valer sua força normativa: a garantia da participação do cidadão no processo de tomada de decisões, sejam elas judiciais, administrativas ou legislativas.

No ponto que mais interessa no presente trabalho, a Constituição aclama como direito fundamental o direito à tutela jurisdicional efetiva. E quando se fala em garantir tutela efetiva de um direito, o sentimento constitucional de preservação da dignidade e da cidadania passa a florescer nas instâncias oficiais.¹¹

A experiência constitucional brasileira a partir de 1988, portanto, foi se consolidando, principalmente no contexto de decisões judiciais concretizadoras dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade. Avanços na proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à criança e ao adolescente, maior controle da probidade administrativa, no âmbito do processo coletivo,

¹¹ É importante reforçar uma diferença simbólica, mas que ganha relevo na consagração e reforço de valores. A Constituição de 1967 disciplinava em seu art. 150, § 4º, o direito fundamental ao acesso à justiça, dispondo que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. A redação, com foco no direito individual, era plenamente compatível com a noção de direito subjetivo. O artigo 141, § 4º, da Constituição de 1946 tinha a mesma redação. Ou seja, violado meu direito, nasce uma pretensão que deve ser exercida pelo indivíduo perante o Estado, visando ao ressarcimento do dano. A Constituição de 1988 não repetiu essa redação. O artigo 5º, XXXV, que praticamente inaugura a Constituição denotando a importância dos direitos fundamentais, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A diferença é enorme. Em primeiro, não só a lesão merece reação. Em um contexto de efetivação de direitos fundamentais, a preservação do direito, por meio de tutelas específicas, como a inibitória de um comportamento, assume grande relevo. A liberdade não é plena, no sentido de que, se houver excesso aos seus limites com lesão, o Estado obrigaria o indivíduo a indenizar, não interferindo, em tese, em sua liberdade de decidir por uma conduta. A prevenção à lesão independe de qualquer dano que enseje o ressarcimento passa a ser o objetivo. Técnicas processuais adequadas à tutela do direito passam a ter que ser pensadas, e o papel do judiciário, redimensionado. O processo, que era simples reconstrução dos fatos passados, passa a trabalhar com prognoses, com fatos prospectivos, pois a partir deles é que busca evitar que a ameaça se concretize em lesão. Não menos importante é a retirada da expressão individual. A busca pelo judiciário é para a preservação de direitos, sejam eles individuais, coletivos, difusos ou mesmo de terceiros.

reinterpretação do direito privado, não mais pautado somente na autonomia irrestrita da vontade, mas principalmente na figura da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade, implicaram novos tipos de demanda, como revisão de contratos, exigência de cumprimento de obrigações decorrentes da boa-fé objetiva, rearranjos nas relações de família, funcionalização de conceitos tradicionais como contratos, empresas e propriedade.

A constituição passa a ser o centro do sistema, substituindo a ideia de legiscentrismo. A lei deriva sua validade formal e sua legitimidade substancial da Constituição, que, no nosso caso, por ser analítica, incorpora temas que antes eram afetos ao direito infraconstitucional. Ao mesmo tempo passa a servir de pauta interpretativa para todo o sistema jurídico, dando origem à efetiva constitucionalização do direito

1.3.2 A revalorização dos fatos e o surgimento de uma sociedade plural e complexa

Como visto, o sistema *civil law*, em virtude de suas características, foi um terreno fértil para incorporação da escola positivista. Nesse sistema, a lei representava a fonte normativa principal, e ao juiz cabia a tarefa de aplicá-la aos fatos.

As premissas eram ditas antecipadamente, e os problemas eram simples narrativas que se encaixavam, de um modo ou de outro, nos enunciados em questão. Esse modelo de raciocínio dedutivo fazia com que o juiz preocupasse, muito mais, em adequar os fatos à norma, independentemente de seu contexto, do que propriamente buscar reconstruir a norma a partir dos fatos.

Mas, sem dúvida, a pluralidade social, o multiculturalismo, a complexidade dos problemas começaram a ruir com essa ideia. A revanche dos fatos é um elemento fundamental para a compreensão de um novo modelo ou técnica de legislar.

Em nosso sistema, sempre foi aceita a ideia de que a norma seria composta por um enunciado que contém um antecedente (descrição fática) e um conseqüente (conseqüência jurídica). Assim, “havendo incidência do antecedente descrito no enunciado da norma sobre o suporte fático, tem-se a produção de uma conseqüência jurídica prevista em lei. Estaríamos diante de um modelo que poderíamos denominar modelo hipotético-condicional (“se-então”), o que exigia do magistrado um movimento mecânico de encaixe.

Todavia, diante da pluralidade de comportamentos em uma sociedade complexa, a dificuldade do legislador em prever os fatos é reforçada. É preciso buscar uma legislação que trace diretrizes para a resolução dos conflitos e, ao mesmo tempo, permaneça atual, com vitalidade e efetividade. As cláusulas gerais surgem como enunciados legislativos, e dentre as

características desses enunciados destacam-se a vagueza semântica do significado e, muitas vezes, a ausência de previsão de eventual consequência no respectivo enunciado.

Judith Martins-Costa explica que

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

E arremata dizendo que,

Diversamente, nos enunciados elásticos (vagos, abertos, porosos, dúcteis, ou cláusulas gerais em sentido amplo) verifica-se a ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa. São empregados termos cuja tessitura é semanticamente aberta, muitas vezes dotados de cunho valorativo (bons costumes, boa-fé, justa causa, diligência habitual, etc.) o detalhamento, próprio da casuísta, estará ausente. A prescrição é vaga – ao menos na hipótese ou enunciado normativo – aludindo-se com o mínimo de elementos descritivos às circunstâncias de incidência da norma (MARTINS-COSTA, 2018, posição 2756).

Embora tal questão esteja afeta ao trabalho técnico do legislador, sem dúvida ela impulsiona a ideia de que o Judiciário terá a função de construir a solução do caso concreto a partir dos fatos apresentados, que se correlacionam com os enunciados legislativos, os quais são interpretados a partir da Constituição.

Conectada com essa questão, temos uma Constituição analítica, com enunciados que definem direitos fundamentais, muitas vezes sem sequer traçar seu conteúdo essencial, demandando um trabalho concretizador do agente decisor, sempre em consideração dos fatos apresentados, que muitas vezes são dotados de complexidade.

Os juízes, novamente em virtude da experiência real, na prática, atentam-se para o fato de que as premissas, muitas vezes, não estão pré-definidas. Isso opera um deslocamento da necessidade de se preocupar com a correlação lógica entre as premissas e as conclusões, para a reflexão de como são definidas as premissas e a legitimidade do processo de definição, que ocorrem no mundo experiencial.

1.3.3 A compreensão de norma a partir dos fatos concretos

Intrinsecamente relacionado com o que foi dito no tópico anterior, o conceito de *norma* passa a ganhar novos contornos. As antes denominadas normas constitucionais ou

legais passam a conter muitos termos vagos que demandam complementação. A ideia de que a norma era o objeto da interpretação começa a ser superada pela ideia de norma como produto da interpretação.

Nesse contexto, apresentaremos três definições de *norma*: a primeira, de Bulygin e Mendonça (2005), de conteúdo abstrato, aproximando (mas não necessariamente identificando) a ideia de norma e texto normativo; a segunda, de Guastini (2009), ainda de conteúdo abstrato, mas que diferencia a norma da disposição normativa; e a terceira, de Müller (2013), que, com base na revisão do dualismo *ser e dever-ser*, compreende a norma a partir da relação contínua entre programa normativo, âmbito normativo e normatividade concreta.

Bulygin e Mendonça definem *norma* como uma prescrição emitida por um agente humano, denominado *autoridade normativa*, dirigida a um ou vários agentes humanos, denominados *sujeitos normativos*, que obriga, proíbe ou permite determinadas ações ou estado de coisas (BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 15).

Riccardo Guastini denomina de *disposição* todo enunciado normativo contido em uma fonte do direito, enquanto *norma*, não o próprio enunciado, mas o seu conteúdo de significado (GUASTINI, 2009, p. 63). Nesse contexto, a disposição seria o objeto da interpretação, e a norma o seu resultado. Mas é importante consignar que não são entidades distintas, ontologicamente diferentes, ou seja, a norma é simplesmente a disposição interpretada.

É importante notar que ambas as definições partem de uma análise abstrata do conceito de *norma*. Mesmo para o filósofo italiano, é possível pensar em norma antes dos fatos em si, uma vez que norma seria o produto da interpretação do enunciado legislativo.

Pois bem, se levarmos em conta as duas primeiras definições de *norma*, a norma estaria apartada do mundo fenomênico, um ente puramente abstrato, criado para regular a ocorrência de certa situação fática. Seriam dois momentos distintos que se operariam sempre em uma relação estática de subsunção. Daí, para esses filósofos, considerando que a grande maioria das normas seria de natureza condicional (GUASTINI, 2014, p. 25), é imprescindível a consideração da norma a partir de um suporte fático que estabelece um antecedente e, em seguida, outro que prescreve a consequência, caso o suporte fático estabelecido em abstrato seja realizado no mundo real.

Noutra incursão, em plena compatibilidade com o pluralismo social, a importância dos fatos e a experiência jurídica, Friedrich Muller nos apresenta uma visão diferenciada sobre o conceito de norma, que acabou por se expandir em decisões de nossa Corte Constitucional e na doutrina. Para tanto, a definição de norma parte da necessária compreensão da superação

do dualismo ser e dever, pois direito e realidade não seriam propriamente duas entidades independentes entre si (MÜLLER, 2013, p. 20, 21, 26).

Explica o filósofo alemão que a normatividade é um processo estruturado e que o texto da norma não contém a normatividade e sua estrutura material concreta. É evidente que o texto dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Porém, os conceitos jurídicos em textos de normas não possuem significados prontos e acabados, e o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do destinatário (MÜLLER, 2011 p. 57).

Nesse sentido, o teor literal expressa o programa da norma. Ao lado do programa da norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma representa o recorte da realidade social na estrutura básica que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação.

Segundo sua metódica estruturante,

[...] não é possível deslocar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela. Esse dado fundamental da concretização jurídica circunscreve o interesse de conhecimento peculiar da ciência e da práxis jurídicas, especificamente jurídico, como um interesse de decisão. A necessidade de uma decisão jurídica abrange a problemática da compreensão, os momentos e os procedimentos cognitivos (MÜLLER, 2011, p. 63-64).

Assim, rejeita-se a ideia da norma jurídica como uma ordem pronta para ser usada ou como um juízo hipotético que preexiste aos fatos. Assim, a norma não existe, não é aplicável. Ela é produzida apenas no processo de concretização; com isso, o operador do direito se vê incluído nesse processo de construção da normatividade, construção normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso (MÜLLER, 2013, p. 85).

Esse terceiro modelo de norma, que se consolida a partir das mudanças aqui estampadas, sendo o único compatível com esse novo paradigma de direito, impede a enunciação formal antecipada da norma, pois, como dito, sua normatividade depende da ocorrência do caso concreto. Em outras palavras, a norma é produzida a partir de uma realidade conectada ao programa da norma. Tal produção opera-se em um verdadeiro processo no qual a problematização amplia-se em direção a temas que exigem grande responsabilidade dos juristas na consolidação da decisão.

Evidente que isso não dá ensejo a arbitrariedades ao ponto de se sustentar que a norma surge em função da vontade de seu concretizador, mas sim faz-nos refletir que o processo decisório no qual a norma surge é um essencialmente racional e reflexivo, e não meramente subsuntivo, o qual se sustentava fundamentalmente em um paradigma verificacionista.

1.3.3.1 *Regras e princípios*

Ao conceituarmos *normas*, não poderíamos deixar de trazer ao debate uma importante questão sedimentada pelo atual paradigma de *constitucionalismo*. Os princípios, ao lado das regras, são normas, portanto possuem força normativa, dotados de imperatividade.

Nesse cenário, Giorgio Pino sustenta alguns fatores relevantes para o que se denomina *redescobrimto dos princípios*. Destacamos o surgimento de escolas antiformalistas, principalmente pelo enfoque de que o direito deixa ser sinônimo de lei; a promessa não cumprida de que a lei, por si só, traria segurança e, portanto, justiça; a reaproximação do direito e da moral, pois os princípios representam a moral dentro do direito ou o seu campo de intersecção; por fim, as constituições analíticas, garantistas e rígidas, que passam a catalogar direitos fundamentais em forma de princípios (PINO, 2013, p. 60-65).

Para a doutrina, existem vários critérios que distinguem regras e princípios, alguns sustentando uma distinção forte¹² e outros uma distinção fraca. Para aqueles que adotam uma

¹² Entre as características da distinção forte, destacam-se as seguintes: a) enquanto os princípios são verdadeiros *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito, as regras podem ser vinculativas com conteúdo meramente funcional. Enquanto os princípios proclamam valores, as regras seriam avaliativas. Embora as regras funcionem para a realização de algum valor consagrado em um princípio anterior, não fazem explícita referência a um dito valor, indicando uma conduta funcional; b) como resultado de seu alcance axiológico, aos princípios aderimos, enquanto as regras são obedecidas; c) os princípios são as normas fundamentais, particularmente importantes, representando os valores fundantes e constituintes. Por isso, os princípios não necessitam de uma justificação adicional. Além disso, têm função normogênica, ou seja, fundamentam outras normas. As regras seriam as concretizações dos princípios, não servindo para justificar outras normas; d) os princípios têm um alto nível de generalização, vagueza, indeterminação. São normas abertas. As regras são normas que estabelecem condições específicas de aplicação com conseqüências jurídicas estabelecidas; e) a aplicação dos princípios é distinta da aplicação de regras. Enquanto as regras são normas que se aplicam no modelo tudo-ou-nada, no sentido de que se aplicam ou não se aplicam, os princípios possuem uma dimensão de peso, o que implica na ideia de que os princípios contam como razões que devem ser consideradas e ponderadas entre si, a fim de determinar como se resolve o caso; f) os princípios são normas suscetíveis de uma aplicação gradual ou flexível, por isso são normas derrotáveis. A regra é aplicável de forma total a partir do momento em que se verificam as condições fáticas previstas no seu âmbito normativo; g) os princípios se aplicam por ponderação, enquanto as regras se aplicam mediante mera subsunção; h) os princípios são mandamentos de otimização, que ordenam que se realize algo na maior medida do possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas concretas. As normas são tipos definidos, que exigem ou não o seu cumprimento pleno; i) em caso de conflito, considerando que os princípios apresentam uma dimensão de peso, quando entram em conflito, ambos seguem sendo válidos, por mais que em um caso concreto se conceda maior relevância a um deles. Isso não ocorre com as regras. No conflito entre regras, uma delas não pode ser válida. Na doutrina nacional, existe a tradição de apontar que a distinção forte é aquela desenvolvida por Alexy, principalmente na sua obra *Teoria dos Direitos*

distinção forte entre regras e princípios, existe uma diferença categoria entre regras e princípios. Por outro lado, para a distinção fraca não seria categórica ou qualitativa, mas apenas de grau ou quantitativa. Os princípios seriam caracterizados por possuir em maior ou menor medida certas características que também possuem as regras.

Porém, se levarmos a sério a ideia de que conceitos disfuncionais não interferem propriamente no processo de tomada de decisão, sendo imprescindível compreender a funcionalidade e os seus efeitos práticos, a distinção, para ser relevante, encontra-se no momento de significação da norma, e tal momento se perfaz no discurso jurídico concreto.¹³

Assim, o que observamos no atual paradigma é que os enunciados, independentemente de serem nominados de princípios ou regras, estão em estado de latência, e seus significados são buscados a partir dos fatos concretos, sendo impossível antecipar e prever qualquer resultado de significação antes da ocorrência dos fatos.

Tal processo de significação, por ser operacionalizado por pessoas, demanda ação e deliberação a partir de fins e propósitos, enunciando-se razões que levam a uma conclusão. Os princípios nos guiam nas delimitações de fins e propósitos, enquanto as regras atuam como funcionalização e antecipação de expectativas, delimitando de antemão o suporte fático e a consequência jurídica, que deve ser compatível com os fins deliberados, a partir dos princípios constitucionais.¹⁴

Fundamentais, na qual estabelece as seguintes diferenças: a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização (na definição de Robert Alexy, de princípios como mandamentos de otimização), compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionantes fáticos e jurídicos. Por outro lado, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não é cumprida (aquilo que Dworkin denominou na sua obra “levando os direitos a sério” de regra do tudo ou nada”); b) a convivência dos princípios é conflitual, ao passo que a convivência das regras é antinômica; c) os princípios, mesmo em conflitos, coexistem, ao passo que as regras antinômicas se excluem. Assim, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, trazem uma dimensão de peso. Além disso, são aplicados por meio da ponderação. As regras não possuem esse espaço; d) um sistema puramente de princípios traria grande insegurança, ao passo que um sistema puramente de regras seria um sistema fechado e puramente formal, implicando em uma sociedade política monodimensional.

¹³ É desnecessária a obsessão conceitual distintiva entre regras e princípios. Ambos têm força normativa na concreção de um caso concreto. A tentativa exaustiva de conceituação para diferenciá-los é uma prova da dificuldade do jurista superar (ou ao menos minimizar) os planos sintático e semântico da linguagem em prestígio ao plano pragmático.

¹⁴ Vejamos um exemplo baseado na mesma lição de Alfonso Figuerola. O art. 1.301 do Código Civil estabelece expressamente que “é defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho. O parágrafo 2º dispõe que as disposições deste artigo não abrangem as aberturas para luz ou ventilação, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso”.

Imaginemos, em um caso concreto, que um vizinho abre uma janela de um metro a um metro e trinta e oito centímetros do vizinho. Nesse cenário, o texto normativo parece muito evidente que tal conduta violou as regras sobre o direito de vizinhança. Porém, imaginemos que tal abertura foi necessária para se garantir a própria saúde de uma criança enferma que ali vive, sendo essa a única forma de se permitir a entrada do sol para a manutenção da integridade do menor.

Note-se que a relação entre princípio e regra é densificada no processo de construção da decisão, interferindo desde o momento de percepção do problema, intensificando-se na deliberação e consolidando-se no momento de justificação.

Portanto, em um modelo constitucional de efetividade, é fundamental compreender que a relação entre regras e princípios não é de exclusão. Pelo contrário, a correlação entre princípios e regras é contínua, com múltiplas ressignificações e interferências recíprocas, em uma verdadeira complementação de significados a partir dos problemas apresentados.

1.3.3.2 Ponderação e subsunção

A revalorização e a normatização dos princípios, a necessidade de metodologias alternativas aos esquemas formalistas, a constatação de que nosso sistema não se funda em um postulado ético único, trouxe à tona uma técnica vocacionada para a resolução de tensões entre princípios denominada por muitos de *ponderação* (SOUZA NETO; SARMENTO, 20221, p. 524).

A ponderação é técnica destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto que assumiu grande destaque na metodologia empregada pelas Cortes Constitucionais (PEREIRA, 2018, p. 262).

Para Carlos Bernal Pulido, a ponderação é uma atividade consistente em sopesar dois princípios que entram em colisão em um caso concreto para determinar qual deles tem peso maior nas circunstâncias específicas, portanto qual deles determina a solução (PULIDO, 2013, p. 93).

Na verdade, de forma sintética, o que se verifica é que a ponderação surge como um critério indispensável para parte da doutrina, visando à aplicação de princípios jurídicos. Isso porque, se, de um lado, temos as normas-regras, que são mandamentos de definição, de natureza funcional e se aplicariam por meio da regra “tudo-ou-nada”, ou, ainda, pela inferência subsuntiva, de outro teríamos as normas-princípios, mandamentos de otimização, que se aplicariam a partir da ponderação.

A ideia parte da premissa, que começa a se sedimentar em nosso sistema, de que os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição acabam por colidir entre si, a partir de suas funções ou mesmo com o interesse da coletividade como um todo. Nesse cenário, para se

Nesse caso, o raciocínio correto não poderia se limitar somente pela lógica de uma significação sem considerar fins ou propósitos.

garantir uma decisão justa, equilibrada e adequada, a ponderação se mostraria um método mais apto para tais finalidades.

Na verdade, o que se observa é que, embora existam inúmeras tentativas de se conceituar o fenômeno da ponderação, ora taxando-a de irracional, ora de um método que garantiria a racionalidade da decisão, na prática, podemos falar em ponderação como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflitos em situações concretas, visando determinar, de acordo com as circunstâncias, em que medida cada um deles deverá ceder ou prevalecer (PEREIRA, 2018, p. 304).

É lugar comum, no atual paradigma de direito, aceitar a insuficiência da subsunção como método de inferência, no qual aplica-se o fato qualificado ao enunciado categorizado. Porém, a ponderação, muitas vezes, é usada como artifício retórico para raciocínios forjados.

Em outras palavras, é preciso aprofundar todo o percurso decisório, no qual, sem dúvida, haverá ponderações de razões e interesses, mas sempre em diálogo constante entre os atores do processo, garantindo-se a legitimidade e racionalidade, como defendemos ao longo do trabalho.

Categorizar a ponderação como método de aplicação dos princípios e a subsunção às regras é limitar de forma inadequada o raciocínio judicial. Do mesmo modo, simplesmente taxar de irracional e ilegítima (num sentido democrático) qualquer ponderação é defender, mesmo que de forma indireta, que o Judiciário é uma mera instância executória das decisões legislativas.

Nesse cenário, entendemos que o prestígio à ponderação, tão acentuado atualmente, acaba por refletir na prática, não simplesmente como um método apto a produzir respostas infalíveis, mas como uma forma de se repensar a interpretação e a construção da decisão, no sentido de que não há respostas prontas e acabadas. Assim seria possível que, diante da colisão de enunciados normativos em contextos diversos, resultados distintos sejam alcançados, na medida em que a preponderância de uma norma sobre outra sempre dependerá das razões apresentadas em cada caso prático¹⁵.

¹⁵ No presente trabalho, defendemos que, dentro do contexto de decisão, tanto a subsunção como a ponderação são inferências que estarão presentes no processo de tomada de decisão. Porém, acreditamos que nenhuma é apta a explicar o contexto de descoberta, no qual trabalhamos com a inferência abdutiva. Ponderar razões ou mesmo interesses é importante na deliberação, na reflexão e na justificação. Mas, se não compreendermos o momento perceptivo e a geração de hipóteses explicativas, a ponderação, muitas vezes, acaba sendo delimitada por vieses cognitivos que nos levam a conclusões que simplesmente servem de justificativas retóricas que sustentam nossas próprias crenças. Assim, a ponderação sofreria do que podemos denominar de

1.3.4 O desenvolvimento de uma racionalidade intersubjetiva e dialógica, superando a objetividade das ciências empíricas, em um contexto de avaliação de habilidades, e não somente de enunciados linguísticos

Esse ponto é muito significativo para o contexto do presente trabalho.

Correlacionado com o que foi dito ao final do item anterior, a legitimidade de uma decisão, no marco do constitucionalismo, deixa de se pautar simplesmente na autoridade que a profere.

Por muito tempo, a cientificação do direito passou por uma obsessiva correlação do verificacionismo como critério de correção de uma decisão. Para tanto, a ideia de que a lei determinava a premissa na qual seriam encaixados os fatos traduz um sentimento de certeza no sentido de que é possível verificar se a sentença está adequada.

Essa quase coisificação da produção da decisão judicial prestigiava o dogma da segurança jurídica tão importante para o Estado Liberal, porém não resistiu à transformação do sistema jurídico encabeçado pelo constitucionalismo.

Por outro lado, essa abertura do sistema e mesmo a recorrente observação de que a lei não trazia a resposta prévia fizeram surgir um perigoso voluntarismo nas decisões judiciais. A sentença é válida pelo simples fato de ser emanada por uma autoridade, a respeito da qual reconhece sua virtude subjetiva e intuitiva de alcançar a resposta mais justa.

A objetividade e o subjetivismo operam historicamente como ação e reação aprimorada dentro das necessárias revoluções científicas, porém não são critérios suficientes de legitimação da decisão judicial e conseqüente produção da norma-solução.

A racionalidade do direito, que substitui a objetividade ou subjetividade, desenvolve-se em um esquema intersubjetivo¹⁶ e dialógico. Vejamos.

De plano, como já dito, a realização do direito não se esgota na simples aplicação das prévias e positivas normas legais, uma vez que o dinâmico processo construtivo da norma envolve muito mais que uma simples atividade lógica subsuntiva (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 26).

efeito espelho, ou seja, refletiríamos nela apenas as nossas impressões irracionais sobre o resultado de um conflito de interesses. Tal ponto agrava-se ainda mais quando refletimos que a ponderação é utilizada como forma de solucionar os famosos desacordos morais razoáveis. Portanto, aqui buscamos um sentido mais amplo da teoria da decisão, analisando-a em todo o seu percurso de descoberta e justificação.

¹⁶ O que separa os relatos objetivistas, intersubjetivistas e subjetivistas é se e como as pessoas figuram nas condições de verdade para as reivindicações. As condições da verdade são ‘subjetivistas’ se fizerem referência essencial a um indivíduo; ‘intersubjetivistas’ se fazem referência essencial às capacidades, convenções ou práticas, de grupos de pessoas; e “objetivistas” se não precisarem fazer nenhuma referência às pessoas, suas capacidades, práticas ou suas convenções (SAYRE-MCCORD, 1986, p. 15).

A doutrina e os Tribunais passam a compreender, na experiência dos casos práticos, que o significado de uma norma é obtido a partir de um processo de construção investigativo, no qual a reflexão crítica dos partícipes flui em uma dialética de dar e receber razões que justificam enunciados, afastando-se o mito de um conhecimento puramente conceitual e verificável (demonstrativo).

A realização do direito corresponde a um sentido problemático concreto (fatos essenciais), correlacionado a um conjunto de enunciados abstratos que tem pretensão de incidência (solução jurídica) a partir de sujeitos dotados de propósitos, que agem em práticas, consubstanciadas em atividades regradas (processo), que guiam as ações dos participantes.

Percebe-se que a densificação dos enunciados, com a uniformização da interpretação e efetivação da tutela, é uma atividade produtiva, evoluindo e densificando dentro de uma prática que relaciona-se com a resolução de problemas, inclusive morais.

A legitimidade da decisão passa pelo teste da participação dialógica de todos que, de alguma forma, estão no processo e podem ser atingidos pela decisão. Tal legitimidade ganha relevo quando o processo envolve temas sensíveis, como desacordos morais, ou temas com grande repercussão social ou de alcance difuso.

Por isso, o processo de tomada de decisão passa a ser avaliado, não só no momento de prolação de sentença, como era de nossa tradição, mas como um verdadeiro processo dinâmico no qual o agente decisor, a partir de suas percepções reflete continuamente sobre os argumentos das partes.

O mecanicismo deixa de ser compatível com um sistema que deve ser interpretado a partir da Constituição, e do juiz passa-se a exigir um amplo conhecimento interdisciplinar, o que reforça a abertura do sistema.

A efetivação do direito passa necessariamente pelas habilidades daqueles que fazem parte do processo. O desenvolvimento dessas habilidades, destacando-se a necessária compreensão de que o direito se realiza na prática e que o conceito deve ter uma funcionalidade no contexto de efetivação de direitos, passa a ser condição necessária para a evolução das instituições.

1.3.5 A reaproximação da moral e do direito

A discussão entre a conexão necessária entre moral e direito é clássica e é o centro de um dos debates mais longos das escolas positivista e jusnaturalistas.

Nas lições de Kenneth Einar Himma¹⁷,

[...] o positivismo jurídico surgiu em resposta à tese iusnaturalista de que normas injustas não podem existir porque existem critérios morais necessários de validade jurídica – necessários no sentido de que se apliquem a todos os sistemas jurídicos possíveis, restringindo o conteúdo do direito em todos os casos. Começando por JOHN AUSTIN e JEREMY BENTHAM, os positivistas legais negaram essa tese forte, adotando a tese de separabilidade como parte de sua base teórica: de acordo com a tese de separabilidade, não há critérios morais necessários de validade. Do ponto de vista positivista, a lei e os sistemas jurídicos são artefatos fabricados pelas pessoas – e a qualidade do artefato da instituição e das normas se estende totalmente ao fundo, por assim dizer, aos seus critérios finais de validade jurídica. Como Hart afirma, “é necessariamente verdade que as normas legais reproduzem ou satisfazem certas exigências de moralidade, embora na verdade este seja frequentemente o caso” (HIMMA, 2011, p. 16).

Embora a questão seja muito mais profunda, o fato é que tal fórum de discussão aparenta estar muito mais no plano conceitual e abstrato do que propriamente no direito em sua experiência real.

Pensando que o direito se concretiza em uma prática social normativa, na qual a norma se produz a partir de um caso concreto, percebe-se que a relação entre direito e moral não se limita a essas discussões abstratas. Isso porque os enunciados constitucionais e legislativos são impregnados por termos de conteúdo moral, intelectual ou valorativo que precisam ser densificados no processo racional de tomada de decisão e fundamentados de forma pormenorizada na implementação concreta da sentença.

A partir do momento em que a Constituição passa a incorporar valores em enunciados constitucionais, em regra com linguagem aberta, sua força normativa depende de concretização em casos concretos, que passam a ser disputados no fórum do Judiciário.

Não se fala mais propriamente em complementariedade ou conexão entre direito e moral, pois o direito não é visto mais apenas como um sistema teórico, mas um sistema de

¹⁷ A base conceitual do positivismo jurídico consiste em três compromissos: a tese do fato social, a tese da convencionalidade e a tese da separabilidade. A primeira tese afirma que a existência do direito é possível a partir de certos tipos de fatos sociais. A tese da convencionalidade afirma que os critérios de validade são de natureza convencional. A tese da separabilidade, no nível mais geral, nega que haja uma ligação necessária entre a lei e a moralidade. Sim, embora a tese da separabilidade implique que não há critérios morais necessários de validade jurídica, deixa em aberto a questão de se existem possíveis critérios morais de validade. Positivistas legais inclusivos (também conhecidos como “positivistas suaves” ou “incorporacionistas”) acreditam que tais critérios podem existir; ou seja, consideram que existem sistemas jurídicos conceitualmente possíveis, nos quais os critérios morais de validade incluem (ou incorporam) princípios morais. Entre os mais importantes positivistas inclusivos estão H. L. A. Hart, Jules Coleman, Wilfrid J. Waluchow e Matthew Kramer. Positivistas legais excludentes (também conhecidos como “positivistas duros”) negam que possa haver critérios morais de validade na lei. Positivistas excludentes, como Joseph Raz, Scott Shapiro e Andrei Marmor, afirmam que a existência e o conteúdo do direito podem ser sempre determinados por fontes sociais.

ação. Os direitos fundamentais aparecem como figuras positivadas nas Constituições, irradiando como vetores interpretativos para todo o sistema, passando a moral e o direito a coexistirem a partir de um código linguístico que, ao mesmo tempo em que delimita regras funcionais, dispõe sobre questões axiológicas.

A Constituição passa a ser a fonte suprema dos valores de uma determinada sociedade, que, por ser plural, certamente demandará uma constante compatibilização de interesses opostos, pautada na preservação da dignidade da pessoa humana e na cidadania, que servem de núcleos fundamentais em caso de restrição de direito.

Novamente o papel do juiz passa a ser redimensionado.

1.3.6 O hibridismo e a reaproximação entre a *civil law* e a *common law*

A efetivação da força normativa da constituição, a revalorização dos fatos e a necessidade de implementar técnicas menos fechadas de legislação, com o redimensionamento do conceito de norma e a exigência de uma racionalidade intersubjetiva, culminou em uma verdadeira reinvenção do papel do Judiciário.

De Poder com a função de declarar a vontade da lei, solucionando os conflitos, passou a ser uma instituição responsável pela tutela efetiva dos direitos e consecução da unidade do direito mediante sua adequada interpretação (MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 53), visando à coerência e à estabilidade do sistema.¹⁸

Nesse cenário e considerando a experiência positiva da *common law* dentro do contexto de efetivação de direitos pelo judiciário, sem ignorar a ideia de segurança, inúmeras técnicas, que antes eram exclusivas do sistema anglo-saxão, passam a ser estruturadas e desenvolvidas em *terras brasilis*. Vejamos.

O desenvolvimento das técnicas de precedentes vinculantes é um exemplo de aproximação dos sistemas.

¹⁸ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero retratam bem a questão quando afirmam que a alteração do significado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em nossa ordem judiciária e em nossos sistema jurídico impõe uma mudança em seu perfil funcional: essas cortes deixam de ser cortes de controle e passam a ser cortes de interpretação, sendo certo que visam à unidade do direito do que propriamente a decisão de justiça no caso concreto. Os referidos doutrinadores diferenciam, dentro de um contexto real, entre as funções das Cortes Supremas, das Cortes de Justiça e dos juízes de primeiro grau. As primeiras teriam por função uniformizar a interpretação do direito, sedimentando precedentes. As cortes de justiça ou reativas teriam por função o controle da decisão de primeiro grau dentro de um contexto de acertamento do direito em virtude dos fatos apresentados. A interpretação aqui não é o fim, mas o meio de constituir-se a justiça da decisão. Os juízes de primeiro grau, por seu turno, teriam a função de reconstruir o direito a partir dos fatos, sempre observando a interpretação adequada em casos similares definidos pela corte suprema (MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 47-85).

Independentemente da atual previsão dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, que muito mais se aproxima da consolidação de padrões decisórios com força vinculante¹⁹, a Constituição Federal já traz em sua essência a ideia de precedentes vinculantes ao aclamar o Supremo Tribunal Federal e o Superior tribunal de Justiça como cortes de vértice, respectivamente com a função de interpretar a Constituição e interpretar a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, considerando que o Poder Judiciário não é a representação da opinião subjetiva de cada um de seus juízes, é evidente que as Cortes Supremas detêm a função de controlar e dar unidade adequada à interpretação do direito, sendo tais decisões dotadas de eficácia vinculante quanto aos motivos determinantes que levaram a tal decisão.

Note-se que essa ideia de vinculação vem ao encontro dos ideais de previsibilidade, confiança legítima, igualdade e coerência que o direito almeja. Previsibilidade, pois evita a instabilidade de decisões incompatíveis a respeito dos mesmos fatos e presentes as mesmas razões. Confiança legítima, pois garante a expectativa do jurisdicionado de compreender, de forma antecipada, a densificação dos significados dos enunciados legislativos. Igualdade, pois onde há a mesma razão não se justifica distintas decisões. Coerência, no sentido de que a ordem jurídica como um todo passa a se correlacionar, prestigiando a ideia de que as novas decisões, por mais que possam inovar em pontos importantes diante de vários fatores, fazem parte de uma história institucional.

1.3.7 A revalorização do judiciário como trunfo dos direitos fundamentais

Sem dúvida, decorrente do que visto anteriormente, o judiciário passa a ser revalorizado na nova ordem constitucional.

Não só o indivíduo em si, mas grupos sociais, minorias políticas passam a ver o judiciário como último trunfo na proteção dos seus direitos.

A complexidade das relações e a luta pelo reconhecimento de direitos geraram um redimensionamento das arenas de debates. Em virtude de um legislativo muitas vezes incapaz

¹⁹ Nesse sentido, denominamos padrões decisórios os enunciados de temas fixados em julgamento de recursos especiais repetitivos ou com repercussão geral. Tal modelo de padronização não prestigia a contínua e gradativa evolução das razões generalizáveis de uma Corte de Vértice, permitindo o seu aperfeiçoamento e aplicação em situações não idênticas, mas similares.

Em sentido próximo, Sergio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira, quando afirmam que não parece haver dúvida de que a sistemática aqui trabalha com a lógica da coisa julgada sobre a solução da questão de direito, e não com a racionalidade de precedentes (2018, p. 186) e continuam afirmando que o que se criou no Brasil é uma técnica processual de gestão de casos repetitivos, permitindo que seu julgamento ocorra de uma só vez para todos os processos presentes e futuros. Se o sistema de precedentes genuíno está mais ligado à teoria geral do Direito, porque envolve técnica que oferece coerência decisória e segurança jurídica na interpretação do Direito, as ferramentas desenhadas no sistema nacional são típicas questões processuais, porque estão preocupadas com a otimização do serviço judiciário nas demandas de massa (2018, p. 196).

de debater com sinceridade problemas atuais com repercussão constitucional e de um Executivo ineficiente na consecução de políticas públicas, o judiciário passou a ser palco de uma verdadeira arena de argumentação visando ao reconhecimento concreto de direitos.

Esse aumento de judicialização, não só da política, mas da própria vida em sociedade, passa a exigir do juiz que abandone a figura da boca da lei e passe a ser um trunfo de proteção do cidadão, seja nas relações com o Estado (eficácia vertical), seja nas relações com outros indivíduos (eficácia horizontal).

Essa responsabilidade não pode ser somente das Cortes Supremas ou constitucionais.²⁰ O juiz de piso é a porta de entrada do cidadão na justiça. O acesso à ordem jurídica justa passa necessariamente pela estruturação da magistratura de primeiro grau, que, ao lado de sua função essencial de resolver conflitos, passa a ter a preocupação de tutelar direitos.²¹ Sem dúvida é no primeiro grau que há a reconstrução dos fatos ou ainda o debate sobre as consequências fáticas das decisões, principalmente em processos que envolvem rearranjos estruturais.²²

Compreender todo o processo dinâmico de tomada de decisão, com a produção da norma-fundamento e da norma-decisão, levando em conta todas as peculiaridades dos fatos e do ordenamento, diante de problemas estrategicamente apresentados, passa a ser uma preocupação central do constitucionalismo.

²⁰ Evidente que as cortes Constitucionais assumem relevo nessa nova dimensão do constitucionalismo. Luiz Roberto Barroso, por exemplo, desenvolve os papéis desempenhados pelas supremas cortes e Tribunais Constitucionais, diferenciando o papel contramajoritário, o papel representativo e o papel iluminista. Pelo papel contramajoritário os juízes que jamais receberam um voto popular podem sobrepor a sua interpretação da constituição à que foi feita pelos agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. Em outras palavras pode, em defesa dos direitos fundamentais de certas minorias, declarar nula a lei aprovada pela maioria eleita em defesa da própria constituição. Evita-se a tirania da maioria. O papel representativo relaciona-se com a ideia de que a democracia é feita de votos, direitos e razões, dando a ela três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. Enquanto o legislativo é o protagonista da dimensão representativa, o judiciário é da dimensão constitucional, e a sociedade da dimensão deliberativa. Aduz o referido autor que muitas vezes se verifica um déficit de representação pelo Legislativo, o que acaba implicando em maior atuação do Judiciário, não propriamente em função contramajoritária, mas sim contralegislativa, mas, como ele mesmo diz, uma atuação apoiada pela maioria da sociedade, exemplificando com a proibição do nepotismo; por fim, o papel iluminista, no sentido de atuar ao longo da história em alguns avanços humanitários em nome da razão. Tal função deve ser exercida com parcimônia (BARROSO, 2022, p. 482-500).

²¹ Pensamos que resolver conflitos não têm o mesmo significado que tutelar direitos. Resolução de um conflito é alcançável com o trânsito em julgado da decisão. Uma das partes já tem o seu direito certificado. A tutela do direito vai além: é a própria proteção do direito, utilizando-se de técnicas ou mecanismos que efetivem tal proteção. A coisa julgada, por si só, não satisfaz o direito. O desenvolvimento de técnicas adequadas para a proteção do direito material, seja pelo legislador abstratamente, seja pelo juiz no caso concreto, que é o que nos interessa nesse ponto, passa a ser uma função essencial da justiça.

²² Sobre processo Estrutural e a distinção entre reconstruir fatos no processo tradicional e a análise de fatos prospectivos por todos, ver Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim (2021).

1.3.8 Redimensionamento da relação prática e teoria: revalorização da racionalidade prática

Como dito oportunamente, a *civil law* preocupava-se essencialmente com o plano teórico. O conhecimento jurídico demandava a pura análise e descrição dos enunciados legislativos desagregados de qualquer problema real.

A razão teórica, muito prestigiada, também conhecida como especulativa, compreendida como o mero conhecer, dominava os discursos jurídicos, relacionando-se com a simples contemplação, visando ao ato de saber como as coisas são.

Todavia, a partir da virada do conceito de *norma*, no sentido de que ela se produz a partir de um caso, além da revalorização dos fatos e sua contribuição para a solução do litígio, a ideia de se pensar a teoria afastada da realidade prática começa a ser abandonada.

O direito abstrato e a realidade não podem mais aparecer como categorias opostas abstratas. Ambos passam a atuar como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da ordem jurídica produzida (MÜLLER, 2013, p. 13). Assim, ainda segundo o filósofo alemão, o caso jurídico concreto passa a ser tão importante e tão cofundador da norma jurídica como a prática é da teoria.

Assim, ressurgem com força e prestígio a ideia de razão prática, no sentido de direcionamento das ações humanas. A razão prática correlaciona-se com a fundamentação racional de decisões tomadas para a resolução de casos concretos.

Elucidativa é a passagem de José Ortega y Gasset, reproduzida por Luis Recaséns Siches:

Para mim é razão, no verdadeiro e rigoroso sentido, toda a ação intelectual que nos põe em contato com a realidade, põe meio da qual topamos o transcendente. O resto não é senão puro intelecto, mero jogo caseiro e sem conseqüências, que primeiro diverte ao homem, logo o estraga e, finalmente, o desespera e o faz desprezar-se a si mesmo (RECASENS SICHES, 1959, p. 645).

Diante dessa gradual mudança de paradigma, sem dúvida percebemos que é na prática que nossas ações ganham significados e que acumulamos experiência e conhecimento.

No mais, é preciso ter em mente que a prática é estrutural e estruturante, ou seja, é o pano de fundo ou o contexto dentro do qual nossas ações e gestões adquirem inteligibilidade (LOPES, 2021, p. 107). As regras que disciplinam a prática são produto do homem, que as cria a partir de um propósito. Tais regras ganham significado ao longo do tempo e de seu desenvolvimento. As práticas sempre têm histórias, e compreendê-las depende da

compreensão daquilo que quase sempre foi transmitido por muitas gerações (MACINTYRE, 2001, p. 373).

A partir do momento em que o direito volta a revalorizar a experiência, principalmente pela observação de que é nela que se efetivam direitos, observa-se que o significado de uma norma e sua efetivação são obtidos a partir de um processo de construção investigativo, guiado por ações e dependentes de sujeitos engajados, que produz um resultado a partir da experiência e de nossa herança cognitiva.

O Constitucionalismo, em nossa experiência, afasta-se do mito de um conhecimento puramente conceitual e verificável desvinculado de um engajado, para valorizar a prática rotineira, formas por sujeitos dotados de propósitos e que buscam a solução para um determinado problema

1.3.9 Abertura para um pluralismo filosófico

Toda essa mudança no cenário nacional implicou em uma série de reviravoltas quanto aos conceitos clássicos do direito principalmente relacionados à estrutura do sistema da *civil law*.

Em virtude disso, a doutrina e mesmo nossos Tribunais passam a analisar tais mudanças a partir de diferentes escolas de pensamento filosófico. Desde teorias modernas do positivismo (positivismo inclusivo e exclusivo), passando por teorias pós-positivistas, como a metódica estruturante de Müller até teorias antipositivista, como a teoria da argumentação jurídica²³, dos princípios de Alexy e o interpretativismo de Dworkin.

²³ São as teorias da argumentação jurídica que ressurgem principalmente a partir dos trabalhos de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, Stephen Toulmin e, mais recentemente e com grande influência em nosso país, Robert Alexy e Manuel Atienza, que renovam a ideia de racionalidade prática.

As teorias da argumentação partem do conceito do direito como uma atividade prática desenvolvida por sujeitos sociais, que deliberam em processos decisórios. Seu papel central é analisar o contexto de justificação das decisões e estabelecer parâmetros que conduzam a racionalidade de uma determinada fundamentação (justificação).

Viehweg, no ano de 1953, em sua dissertação *Topik und Jurisprudenz*, desenvolve a tese de que a tópica produz uma técnica de pensar o problema a partir da retórica, que se constitui num elemento constitutivo do pensamento jurídico e caracteriza a estrutura do pensamento jurídico, provando um entusiasmado debate sobre os fundamentos. Os pressupostos de partida, e não só os de chegada, seriam fundamentais para a tópica que reconduziria todo juízo, com apoio em valorações topicamente argumentadas, a uma plausibilidade que se apresenta como racionalidade social evidente (ALFLEN DA SILVA, 2008).

Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2014) se interessaram mais pela retórica clássica e voltaram sua atenção para a ideia de discurso como decorrente do jogo entre um orador e seu auditório (ROESLER, 2018, p. 25).

Stephen Toulmin discute principalmente uma nova concepção da lógica que se afastasse da noção de *validade formal* para aproximar-se da *racionalidade prática*. A validade de um determinado argumento somente pode ser verificada, de fato, se for analisado o conteúdo de suas premissas, não sendo suficiente – e

Na verdade, o que se observa no cenário nacional é que, a depender do tema que se busca desenvolver, seja na análise da norma, da decisão, da interpretação da relação com a democracia, cada uma dessas correntes filosóficas ganham destaque.

Em outra oportunidade afirmamos que todas essas escolas, embora atentem para o caso concreto, deixam de lado um elemento essencial no estudo da compreensão, interpretação e aplicação do direito, qual seja, que tal fenômeno se concretiza dentro de um processo, no qual se operacionaliza a racionalidade dialógica e se garante a construção democrática da resposta mais razoável.

Todos os pontos apresentados até o presente momento reforçam a importância do processo racional de tomada de decisão como elemento imprescindível de concretização da tão esperada efetividade do Constitucionalismo. Porém, tal relevância se expande para além do contexto de justificação, prestigiando-se a análise do contexto de descoberta, que é imprescindível para a legitimidade substancial da decisão.

É nesse contexto que o pragmatismo nos servirá de pano de fundo para construção²⁴ de um itinerário que garanta ao mesmo tempo a racionalidade e a legitimidade do processo de

muito menos fidedigno com a realidade – que a conclusão de um dado raciocínio seja obtida com a leitura de suas próprias premissas (CARVALHO, 2018).

Manuel Atienza sustenta que, em relação à atividade judicial, o ideal regulatório do Estado de Direito é que boas decisões sejam precisamente as decisões bem argumentadas e que a avaliação dos argumentos é uma questão essencialmente contextual, mas isso não significa que não haja critérios objetivos para realizá-la, mas apenas que os critérios não podem ser exatamente os mesmos para todas as instituições jurídicas (ATIENZA, 2017, p. 122-123). Atienza desenvolve sua teoria da argumentação a partir de uma análise da concepção formal, material e pragmática da argumentação. A concepção formal desenvolve a questão da lógica, a material prestigia as razões que justificam as premissas e sustentam determinada conclusão, enquanto na pragmática os atores do discurso argumentativo tornam-se protagonistas. Nessa terceira concepção destaca-se muito mais o uso dos argumentos a partir da dialética, na qual todos os participantes têm um papel ativo na construção do significado, como ato de dar e receber razões e na retórica na qual o papel do destinatário é preponderantemente passivo (ATIENZA, 2017, p. 85-89).²³

Alexy sustenta, em sentido semelhante, após defender que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral que o núcleo de tal tese consiste em sustentar, que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico, porém essa pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente as que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas (ALEXY, 2013, p. 194).

Dworkin (2002), por seu turno, em seu modelo de regras e princípios I, expressamente afirma que quer lançar um ataque geral contra o positivismo e se utilizará da versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico for necessário. E segue dizendo que, quando juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões (DWORKIN, 2000, p. 35-36). Dworkin leva a sério a ideia de que não é possível aceitar a perspectiva de um participante e ainda assim se manter uma distância suficiente para permitir críticas à prática social. O autor, portanto, partindo de uma metodologia hermenêutica, propõe uma teoria normativa (em oposição à teoria descritiva) comprometida com a teoria da adjudicação ou, ainda, com as práticas das decisões judiciais, que ele denomina de interpretativismo, compreendendo o direito como um ramo da moral.

²⁴ Parafrazeando Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo tem como característica o desenvolvimento de novos aportes teóricos que contribuem não somente para explicar um fenômeno, mas constituir-se em uma

construção da norma que tutela direitos, e sua respectiva efetividade, sempre com o enfoque nos efeitos práticos e reais de tal percurso na consolidação do constitucionalismo, afinal o método pragmático valoriza a funcionalidade, e não a abstração.

1.3.10 A litigiosidade complexa: litígios individuais, coletivos, estruturais e estratégicos

A complexidade das relações sociais e os problemas multifacetados acabam refletindo de forma decisiva nas demandas judiciais.

Um sistema acostumado somente com litígios individuais, no qual o direito subjetivo é discutido e provado por meio de técnicas tradicionais, passa a conviver com conflitos coletivos, estruturais e estratégicos.

Os magistrados passam a ter que resolver problemas complexos, mas, muitas vezes, o sistema lhes fornece técnicas insuficientes para a tutela de direitos coletivos, em litígios estruturais ou estratégicos. As demandas em massa, a repetição de controvérsias e a falta de estrutura humana geram congestionamento das instâncias ordinárias e extraordinárias, que passam a conviver com o problema do aumento quantitativo de processos e a redução qualitativa do conteúdo das decisões.

Os conflitos coletivos, estruturais e estratégicos passam a ser solucionados em novas figuras processuais que buscam a adequação de acordo com a natureza do conflito.

Seguindo a linha de Vitorelli (2020, p. 47), podemos definir *processo coletivo* como técnica processual colocada à disposição da sociedade, pelo ordenamento, para permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados pelos litígios coletivos.²⁵

Ainda nesse cenário, ao lado dos *litígios coletivos*, temos os denominados *litígios estruturais*, a respeito dos quais, muito mais importante que conceituarmos de forma fechada, é preciso compreender suas características, que podem, de forma mais ou menos intensa, estarem presentes.²⁶

verdadeira meta-garantia do próprio sistema, e é nesse cenário que pensamos que o desenvolvimento de uma teoria pragmática do processo de tomada de decisão de certificação e efetivação é fundamental em um estado Constitucional de Direito (CARBONELL, 2007 p. 10-11).

²⁵ O referido doutrinador define litígio coletivo, de forma geral, como o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais (VITORELLI, 2020, p. 24).

²⁶ Nesse sentido, Arenhart, Osna e Jobim (2021, p. 60) alertam que a realidade é muito mais rica que a teoria e de todo modo não soa adequado pensar em um conceito para os processos ou problemas estruturais. A sua multiformidade torna difícil que por um único conceito consiga-se abarcar as várias realidades que, eventualmente, sejam muito diferentes.

Nesse sentido, poderíamos dizer que os processos estruturais são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante a transformação de uma instituição pública ou privada, exigindo a reorganização de toda uma instituição, com alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes (THESHEINER, 2021, p. 17).

Por fim, o processo Estratégico, seguindo novamente Edilson Vitorelli (2020, p. 79) é um processo que pretende estabelecer um novo entendimento jurídico sobre determinado assunto. Nesse ponto, o foco de um processo estratégico está no precedente, na formação de uma nova compreensão do direito.

A par de tudo isso, o legislador caminha na construção e desenvolvimento de microssistemas de provimentos vinculantes e de demandas repetitivas, visando garantir coerência, integridade uniformidade e estabilidade.

Porém, essa busca abstrata, sem a correlação com o processo racional de tomada de decisão, dificilmente alcançará a ideia de decisão justa e adequada. Isso porque, por mais complexo e peculiar que seja um processo, por mais específica que seja a litigiosidade, ela será construída e resolvida por advogados, promotores e juízes. E, mesmo que o sistema crie mecanismos e técnicas de certificação e efetivação de direitos complexos, é fundamental que o operador esteja realmente preparado para essa nova dinâmica processual.

Dessa forma, o desenvolvimento de estruturas e técnicas processuais visando a uma maior eficiência na solução de demandas repetitivas, por exemplo, não exclui o contínuo porvir de novos litígios individuais, coletivos, estruturantes e mesmo estratégicos.

1.3.11 A inteligência artificial e o surgimento de novas formas de resolução de litígios

Não há como pensar no atual paradigma de direito ignorando a influência das novas tecnologias no direito. A ampliação dos horizontes do conhecimento implica uma incessante busca pelo aperfeiçoamento do sistema jurídico, principalmente com a complexidade dos litígios, o reforço da necessidade de efetiva tutela de direitos e o congestionamento do judiciário e seu redimensionamento com a Constituição de 1988.

Diante disso, a utilização de tecnologia projetada como forma de automatizar tarefas repetitivas, como organização de conteúdo e organização de processos idênticos, com mesma controvérsia jurídica, permite maior eficiência e produtividade no judiciário.

Porém, para além dessa função, o uso de sistemas de inteligência artificial²⁷ é crescente no direito, essencialmente pelo visível aumento da eficiência e da exatidão de seus resultados. E se a inteligência artificial *tem como objetivo ambicioso compreender e reproduzir a cognição humana, criando processos cognitivos comparáveis aos encontrados em seres humanos*, até que ponto estudar o processo de tomada de decisão racional em um constitucionalismo de efetividade mostra-se necessário?

De plano, embora inserido em nosso paradigma, a inteligência artificial ainda mostra-se em um estágio inicial de aprendizado das máquinas (*machine learning*), no qual algoritmos possibilitam ao sistema o aprendizado automatizado a partir de dados, identificando padrões e realizando generalizações que permitem aplicar o que foi aprendido, sem que seja necessária a programação explícita (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 135). Ainda que existam sistemas em desenvolvimento, como o Sistema Athos²⁸ no Superior Tribunal de Justiça e o Sistema Victor²⁹ no Supremo Tribunal Federal, não é possível pensar na utilização de tais sistemas fora de um contexto de um microssistema de demandas repetitivas.

²⁷ Cédric Villani (2018), em relatório francês de análise da inteligência artificial, esclarece que “definir inteligência artificial não é tarefa fácil. Desde meados do século 20, quando foi reconhecida pela primeira vez como um campo específico de pesquisa, a IA sempre foi vista como um limite em evolução, em vez de um campo de pesquisa estabelecido. Fundamentalmente, refere-se a um programa cujo objetivo ambicioso é compreender e reproduzir a cognição humana; criando processos cognitivos comparáveis aos encontrados em seres humanos. Portanto, estamos naturalmente lidando com um escopo amplo, tanto em termos de procedimentos técnicos que podem ser empregados quanto das várias disciplinas que podem ser acionadas: matemática, tecnologia da informação, ciências cognitivas, etc. Há uma grande variedade de abordagens quando se trata de IA: ontológico, aprendizado por reforço, aprendizado adversário e redes neurais, para citar apenas alguns. A maioria deles é conhecida há décadas e muitos dos algoritmos usados hoje foram desenvolvidos nos anos 60 e 70”.

²⁸ Como forma de intensificar a formação de precedentes qualificados, o STJ desenvolveu, a partir de junho de 2019, o Sistema Athos. Baseado também em um modelo de IA, o sistema tem o objetivo de identificar – mesmo antes da distribuição aos ministros – processos que possam ser submetidos à afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Além disso, o Athos monitora e aponta processos com entendimentos convergentes ou divergentes entre os órgãos fracionários da corte, casos com matéria de notória relevância e, ainda, possíveis distinções ou superações de precedentes qualificados. No âmbito do STJ, o Sistema Athos possibilitou, por exemplo, a identificação de 51 controvérsias – conjuntos de processos com sugestão de afetação ao rito dos repetitivos – e a efetiva afetação de 13 temas. (BRASIL, 2020).

²⁹ O **Victor** é uma inteligência artificial voltada para apoiar a atividade de análise de admissibilidade recursal, mediante sinalização de que um dado tema de repercussão geral, ou mais de um, se aplica ao caso dos autos (BRASIL, 2021). Fruto de uma parceria entre o STF, a UNB e a Finatec, o projeto apresentou bons resultados ainda em laboratório. Além dos desafios de um projeto dessa magnitude, como a extração de dados para a pesquisa, que por si só leva meses para ser concluída, rapidamente constatou-se que, para desenvolver um classificador de temas, era necessário resolver também o problema subjacente quanto ao dado: o texto puro. Para conseguir aplicar a IA em linguagem textual, o projeto Victor elencou a execução das seguintes atividades: conversão de imagens em textos no processo digital ou eletrônico, separação do começo e do fim de um documento (peça processual, decisão, etc.), separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência. Por se tratar de uma inteligência artificial com o objetivo de analisar os recursos processuais, classificado por temas gerais aos autos, o Victor é um indicativo, ou seja, não decide os recursos, e sempre é validado ou confirmado durante a efetiva apreciação do caso concreto pelos ministros. O nome do projeto é uma homenagem ao ministro do Supremo de 1960 a 1969, Victor Nunes Leal, autor da obra *Coronelismo*,

O próprio Conselho Nacional de Justiça, atento a tais mudanças em nosso paradigma, editou a resolução n. 332/2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Em tal resolução, destaca-se, em seu artigo 7º a relevante preocupação com o processo de tomadas de decisão, ao dispor que as decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos. E mais, garantindo-se que, antes de ser colocado em produção, o modelo de Inteligência Artificial deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento.

O que se verifica, e nesse ponto a defesa de um processo racional de tomada de decisão pensado na efetividade dos direitos assume ainda maior relevância, é que o desenvolvimento da inteligência artificial no direito não pode gerar um excessivo prestígio da eficiência como propulsora da mera produtividade, ignorando-se os direitos fundamentais e a tutela adequada.

Por mais que a Inteligência Artificial seja necessária e útil no contexto de demandas repetitivas, e não podemos ignorá-la no atual paradigma, dificilmente ela será suficiente para substituição do processo de tomada de decisão diante das exigências constitucionais e da complexidade dos litígios anteriormente analisados. O risco de generalizações equivocadas, o problema da opacidade (não compreensão de como se chegou aos resultados), a geração de preconceitos e discriminação sempre estarão ligados às vantagens de parametrização de um grande número de dados e de informações desestruturadas que geram o congestionamento no judiciário (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 151).

Nesse contexto, demandas relacionadas ao direito de família, à proteção das crianças e adolescentes, vulneráveis e minorias, litígios societários complexos, relacionados aos direitos da personalidade, responsabilidade civil extracontratual, e muitos outros nos quais a controvérsia demande uma compreensão fática adequada, dificilmente serão solucionadas pela inteligência artificial, ao menos em curto espaço de tempo.

Enxada e Voto, e principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em súmula, o que facilitou a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos (FINATEC, 2022).

É certo que formas alternativas de resolução de conflitos, por meio de plataformas *online* ou mesmo plataformas que permitam melhor aproximação das partes, diagnóstico dos problemas e sugestões de resoluções, impactarão positivamente na redução do congestionamento do judiciário, mas não poderão, de forma alguma, restringir o acesso à justiça, que sempre terá como norte os fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015), e não só a eficiência como sinônimo de produtividade.

Dessa forma, seguindo as palavras de Harry Sunder:

No geral, a tendência da IA tem sido automatizar tarefas altamente estruturadas e repetitivas, ou que têm padrões subjacentes discerníveis. Por exemplo, o campo da máquina. O aprendizado se concentra em algoritmos capazes de detectar padrões em grandes quantidades de dados para automatizar várias tarefas, desde recomendações automatizadas de produtos até detecção de fraudes de cartão de crédito. Notavelmente, no entanto, a tecnologia de IA atual não conseguiu replicar tarefas cognitivas humanas, como raciocínio abstrato e resolução de problemas em aberto. Essa distinção é importante para os alunos apreciarem, porque os advogados se envolvem em uma ampla gama de atividades, algumas das quais exigem habilidades cognitivas de ordem superior – como análise jurídica, julgamento, aconselhando clientes, construindo novos argumentos jurídicos e de política e resumos complexos – e outras mais mecânicas, repetitivas e rotineiras. (SURDEN, 2017, p. 1).

Portanto, é preciso compreender e prestigiar as necessárias habilidades que o processo decisório exige em um paradigma constitucional. Isso porque o processo de tomada de decisão é fundamental, não só para se garantir a eficiência como produtividade, mas sim para garantir efetividade à tutela do direito.

1.4 O desenvolvimento de um constitucionalismo de efetividade a partir da experiência nacional

Diante de todos esses pontos fundamentais acima traçados, é possível compreender o momento atual do Constitucionalismo nacional e suas perspectivas a partir de nossa própria experiência, reforçando os seus efeitos práticos na atuação concreta da justiça.³⁰

³⁰ Em outra oportunidade, delimitamos as características do neoconstitucionalismo a partir das lições de Guastini (2009). O professor italiano elenca como características de um sistema constitucionalizado a **existência** de uma constituição rígida; a garantia jurisdicional da constitucionalidade; a força normativa e vinculante da constituição; a Sobreinterpretação da Constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação da lei conforme a constituição; a influência da constituição sobre as relações políticas.

Em outra oportunidade, delimitamos as características da constitucionalização do direito, porém, após detida reflexão, pensamos que o constitucionalismo brasileiro passa necessariamente não só pela pura e simples adoção de tais características, mas sim por todo um processo de mudança substancial que correlaciona a estrutura da constitucionalização com um contexto jurídico familiarizado com a *civil law*.

Preferimos o caminho da experiência concreta em nosso sistema jurídico para reforçar que de nada adianta falar em constituição rígida com força normativa, se não é praticada em prol de direitos fundamentais. Não há funcionalidade alguma em falar em eficácia irradiante de normas definidoras de direitos fundamentais e aplicação direta da Constituição, se os juízes continuarem agindo de forma mecânica. Não se revela funcional, da mesma forma, pensar em interpretação conforme a Constituição, com revalorização da ética pautada em princípios consolidados, se continuarmos vivenciando os binômios certo e errado, válido e inválido e ignorarmos a ideia de racionalidade prática e dialógica e de legitimação substancial.

Afasta-se do intelectualismo disfuncional e da mera atividade contemplativa no tratamento dessas características para circunscrever a análise a partir da ideia de um Estado Constitucional da efetividade, o que implica a necessária correlação da teoria com a prática.

Atento a esse fato, não há Constitucionalismo efetivo, mesmo presente todas as características listadas pela doutrina internacional citada, tão repetida por inúmeros outros, se não pensarmos o referido movimento a partir da ideia de tutela dos direitos. É que a rigidez constitucional em abstrato e a própria supremacia constitucional que deriva sua força normativa não são capazes de garantir a efetividade.

E o Constitucionalismo efetivo não se confunde com um constitucionalismo eficiente. Efetividade é realização de direito, e não simples produtividade. A inteligência artificial, que busca reproduzir e imitar os processos cognitivos, por mais importante que seja e que já esteja sedimentada em auxiliar a resolução de demandas repetitivas, com a automação das respostas, não pode ser fator impeditivo na construção de um sistema de justiça íntegra e coerente em simples homenagem ao eficientismo.

Assim, a evolução nos mostra que tão importante quanto toda a fundamentação da ordem jurídica constitucionalizada é sua efetivação. De nada adianta proteger direitos, estabelecer regras, positivizar valores na forma de princípios, se a estrutura institucionalizada não está apta a efetivá-los. Do mesmo modo, de nada adianta prescrever modos de proceder ou métodos que não se correlacionem com nossas práticas ou simplesmente com os processos e procedimentos no qual o direito se realiza na prática.

Nenhum método, por mais sofisticado que seja, será minimamente satisfatório se ignorar o processo e suas características centrais como momento principal de realização do direito.

A tutela jurisdicional de direito no Estado Constitucional demanda um processo que desenvolva técnicas adequadas de efetivação da proteção jurídica. As técnicas processuais, desenvolvidas a partir da própria interpretação constitucional do processo, estão intimamente ligadas ao direito material problematizado. Assim, essa correlação entre técnicas processuais, direito material e tutela efetiva inicia-se desde a propositura da demanda e renova-se durante o percurso processual.

Essa questão ganha maior relevância em virtude da complexidade dos litígios que ora se apresentam, impulsionados pelas complexas relações sociais. Sejam eles individuais, coletivos ou estruturais, todos demandam intrincado percurso de tomada de decisão, apto a garantir os ditames constitucionais de um devido processo justo.

Por isso, o processo de tomada de decisão não se concentra em um único ato, qual seja a sentença. Daí muitos modelos de interpretação possuem uma visão estática, como se a sentença fosse o único momento do processo em que o juiz formará sua convicção, implicando, inclusive, enfraquecimento da racionalidade dialógica que se opera durante todo o percurso processual.

Assim, a ideia de um Constitucionalismo da efetividade passa necessariamente pelo desenvolvimento de um modelo de processo, no qual a tomada de decisão se operacionaliza, não só no contexto de justificação (momento estático), mas também no contexto de descoberta (momentos dinâmicos), dando destaque para toda a situação problemática e para os enunciados constitucionais, legais e precedentes.

No caso em questão, o modelo cooperativo de processo emerge como um instrumento que é influenciado pelos valores constitucionais, mas ao mesmo tempo busca sua efetivação. A dignidade da pessoa humana é vetor interpretativo no processo, mas também o processo é uma forma de efetivá-la a partir de um caso concreto.

Assim, tão relevante como entender a necessária densificação dos enunciados a partir dos problemas é a compreensão do contexto de concretização desses direitos, as técnicas de efetivação e as normas processuais.

Ainda nesse ponto, o teste de legitimidade de uma decisão não passa somente pelo contexto de justificação, mas também pelo de descoberta. Efetivar uma constituição de forma sincera não é só promover argumentos prós e contras para sustentar uma postura e afastar outra, a partir de uma premissa previamente escolhida. Um juiz que faz dos princípios como

se fossem um mero espelho, projetando neles sua própria imagem, ideologia e convicção, não é um juiz imparcial; portanto, por mais que se utilize de métodos sofisticadíssimos para a decisão, não compactua com o sentimento de desenvolvimento e efetivação dos termos constitucionais.

Em outras palavras, em um Estado Constitucional a legitimidade da decisão e sua posterior efetividade não demanda só justificação, mas também um processo dialógico e participativo no qual a convicção se forma a partir de uma série de razões ofertadas, refletidas e selecionadas sempre em conformidade com os problemas apresentados.

Por isso que tanto o juiz que se utiliza do processo como simples instrumento para consolidação de sua crença prévia, sem refletir sobre os propósitos e argumentos da parte, quanto aquele que força a consistência da conclusão com enunciados legais, súmulas ou decisões dos tribunais, sem dar a devida atenção às peculiaridades do caso concreto, colaboram decisivamente para o desequilíbrio do sistema.

É importante ainda acrescentar que, como dito, a grande maioria dos estudiosos concentra-se em seus estudos da teoria da decisão tendo como parâmetro, essencialmente, as decisões das cortes Constitucionais, afinal são elas, para muitos, as portadoras do direito constitucional de proferir a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

Porém, esquecemo-nos de que a porta de entrada da grande maioria dos litígios é a magistratura de piso. É em primeiro grau que os fatos são problematizados, reconstruídos, provados, valorados e definidos. Além disso, o devido processo com todas as suas garantias, dentre as quais destacamos o contraditório, a boa-fé, a isonomia, a cooperação e a duração razoável, é vivenciado com maior intensidade durante o percurso do processo de conhecimento que opera-se essencialmente em primeiro grau. Os tribunais não lidam diretamente com as pessoas, com testemunhas, com as consequências diretas de uma decisão no contexto social. Enfim, o processo de tomada de decisão, que se desenvolve dentro das práticas processuais a partir de técnicas que se relacionam com o direito material discutido, é fundamental para a certificação do direito e sua satisfação.

Por fim, tudo isso realiza-se no campo do real, da experiência, no qual sujeitos engajados buscam concretizar propósitos. Estratégias de defesa de direitos, muitas vezes em favor de partes que não os possuem, ingressam no diálogo processual, no qual cada um dos sujeitos atua em conformidade com sua função. O juiz, por seu turno, destaca-se como portador da responsabilidade (e não só poder) de promover a tutela efetiva do direito, por meio de técnicas que garantam sua satisfação.

Se o constitucionalismo contemporâneo já se vê suficientemente fundamentado, é nossa missão buscar sua efetivação, a partir de uma análise do processo de tomada de decisão de certificação e efetivação dos direitos.

1.5 O método pragmático no contexto do paradigma Constitucional: uma breve reflexão

Já afirmou Holmes (1991, p. 1) em uma das suas paradigmáticas referências ao direito: “a vida do direito não tem sido a lógica, tem sido a experiência”.

Embora o método pragmático não se resuma em toda sua essência ao realismo jurídico norte-americano, tal afirmação é essencial para compreendermos que o constitucionalismo de efetividade dos direitos só se concretizará a partir do momento em que seus efeitos práticos passarem a ser vivenciados, permeando nas crenças dos participantes da experiência jurídica.

Nesse contexto, a compreensão do Constitucionalismo contemporâneo de efetividade e a efetivação de seus direitos se dão a partir de rotinas e práticas que se desenvolvem em um modelo específico de processo. Imerso nessas práticas processuais o direito é concretizado.

É nessa imersão e concretização que o método pragmático se entrelaça proporcionando a reflexão sobre nossas crenças, sobre o contexto em que se realiza, sobre consequências e efeitos práticos de nossas ações e a importância da cooperação na legitimação de um processo de decidir.

Exatamente por isso, não tem qualquer utilidade um modo de proceder separado do paradigma em que estamos inseridos e, principalmente, divorciado das práticas processuais, pois é a partir delas que se densificam enunciados, resolvem-se problemas e tutelam-se direitos.

Esse método deve estar atento às peculiaridades citadas e passa a coabitar a própria experiência, adequando-se às exigências de um sistema cujo fim último é uma decisão efetiva em tempo hábil, justa e adequada.

Além disso, considerando que no constitucionalismo da efetividade a norma se produz e se efetiva em um contexto de processo democrático, a decisão judicial, seja de certificação do direito ou de satisfação, passa a ser ponto fundamental. Mas essa decisão não se opera de forma estática em um único momento, qual seja, o de justificação. A decisão opera-se dinamicamente desde a apresentação do problema, destacando-se não só o contexto de justificação, mas essencialmente o contexto de descoberta.

O método pragmático, desenvolvido a partir do pragmatismo peirciano, prestigia ambos os contextos. Tanto o contexto de descoberta como o de justificação são

imprescindíveis no processo de tomada de decisão. Ambos se legitimam a partir de uma comunidade de trabalho, ou seja, uma comunidade que, por meio do discurso dialógico, procede em um contínuo dar e oferecer razões. Tais razões devem ser consideradas no momento da percepção e reflexão na dinâmica de formação da crença, para depois serem justificadas no momento de fundamentação expositiva da decisão.

Nesse sentido, quando trazemos a questão para o direito, principalmente nesse novo enfoque, temos que considerar a intenção da comunidade de falantes em um processo judicial, seguindo suas regras e rotinas (HERDY, 2009). A percepção do problema não acontece em ato isolado, como se os fatos fossem trazidos ao juiz de forma bruta, em uma relação objeto dado/sujeito cognoscente. O processo perceptivo, que é complexo, ocorre dentro do processo judicial, conformando-se aos hábitos e rotinas do mundo jurídico, para depois serem devidamente deliberados. Esse processo é regulado por normas técnicas que delimitam o campo de atuação da comunidade interpretativa do direito. É certo que o juiz proferirá a sentença, e a compreensão do magistrado sobre os fatos e os enunciados normativos, precedentes e demais práticas é imprescindível. Porém, o contexto de tal atividade se dá em conjunto com as atividades dos demais atores processuais.

O método pragmático, nesse contexto, mostra-se útil para o desenvolvimento de um sistema voltado para a efetividade, cultivando e potencializando os efeitos práticos do constitucionalismo aqui analisado. Isso porque, a partir de suas características antifundacionalistas, falibilista, contextualista, consequencialista e cooperativa, que se correlacionam com as dimensões da lógica, ética e estética, em busca de propósitos relacionados à formação da crença, verdade, funcionalidade e legitimidade do processo de decisão, é possível afirmar que ele contribuirá sensivelmente para a racionalidade do processo de tomada de decisão de certificação e satisfação.

Por isso, passamos a destrinchá-lo, com aportes teóricos e focados no pragmatismo de Peirce, para na sequência desenvolvermos seu potencial no contexto em que o direito se realiza, remodelando institutos fundamentais a partir de sua funcionalidade, para, enfim, estarmos aptos a aprofundar o processo de tomada de decisão.

2 APORTES TEÓRICOS PARA UM MÉTODO PRAGMÁTICO JURÍDICO COMPATIVEL COM A TOMADA DE DECISAO NO CONSTITUCIONALISMO DE EFETIVIDADE

2.1 Conceito e racionalidade do método

Método pode ser compreendido como um modo de proceder visando encontrar soluções para problemas apresentados. Nesse sentido, para sermos didáticos, o método pragmático tem por finalidade ser útil no contexto de tomada de decisão no processo de certificação do direito e no processo de satisfação, imprescindível para a efetivação da tutela jurisdicional e consolidação de um constitucionalismo de efetividade.

Antes de aprofundar o método pragmático a partir de aportes teóricos, é preciso entender sua diferença qualitativa em relação a outros métodos tradicionais.

Nesse sentido, Karl Larenz no prefácio de sua primeira edição do clássico *Metodologia da Ciência do Direito*, afirmou que a metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Visa compreender os métodos, a sua justificação e os seus limites (LARENZ, 2014, p. XXI-XXII).

O procedimento metódico tradicional seria uma forma de se garantir racionalidade ao objeto que está sendo explorado ou desenvolvido.

Note-se que essa visão dualista de se relacionar método e objeto implica a crença indevida de que o método se desloca do objeto e a escolha adequada do primeiro implicaria o desenvolvimento objetivamente correto do segundo. Assim, o método apropriado garantiria racionalidade máxima e neutralidade do agente, promovendo uma resposta adequada dotada de exatidão e certeza.

Trata-se de uma falácia, muito comum em nosso sistema da *civil law*, que tenta criar uma área de segurança e certeza para uma ciência complexa que não condiz com exatidão, com respostas pré-determinadas, posturas solipsistas. Nesse cenário, é muito mais simples e seguro para o agente decisor a formação de um sistema *a priori*, completo, coerente e fechado, a partir do qual verifica a resposta pré-fabricada abstratamente ao caso concreto, acreditando, muitas vezes, que tal modelo é o único a garantir legitimidade no processo decisório.

Ao contrário, a postura pragmática busca integralizar método e objeto, em uma ação reflexiva e de autocontrole que almeja compreender o ponto de partida para alcançar uma resposta razoável e efetiva ao problema. Supera-se a objetividade pura e a subjetividade

acrítica para desenvolver-se em um ambiente intersubjetivo de controle mútuo, com uma postura crítica e reflexiva.

Como evidenciamos no primeiro capítulo, a revalorização da experiência reforça a compreensão do direito como uma prática social normativa, na qual sujeitos engajados lidam com problemas reais e devem construir soluções adequadas para cada problema, uma vez que a norma não preexiste aos fatos. Tais problemas reais ganham significado jurídico na sua própria concretização, correlacionando-se com enunciados jurídicos abstratos que são densificados continuamente. O sujeito decisor se engaja na solução justa compromissada com a Constituição.

No método pragmático, a densificação do significado de um conceito intelectual é um processo contínuo que vai se produzindo ao longo de um grande percurso, no qual experiências anteriores influem na percepção de fatos similares, porém sempre sujeitas a uma nova densificação.

Assim, por tudo que foi dito até o presente momento, é certo que a realização do direito não se esgota na simples aplicação das prévias e positivas normas legais (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 26), uma vez que o dinâmico processo construtivo da norma envolve muito mais que uma simples atividade lógica subsuntiva.

A realização do direito, portanto, corresponde a um sentido problemático concreto, correlacionado a um conjunto de enunciados abstratos que tem pretensão de incidência a partir de sujeitos dotados de propósitos, que agem em práticas, consubstanciadas em atividades regradas, que guiam ações (discursos).

O significado de uma norma é obtido a partir de um processo de construção investigativo, no qual a reflexão crítica dos partícipes flui em uma dialética de dar e receber razões que justificam enunciados, afastando-se o mito de um conhecimento puramente conceitual e verificável (demonstrativo).

Esse processo envolve, concomitantemente, regras procedimentais de ação, discurso no sentido de dar e receber razões, raciocínio no contexto de refletir sobre as percepções geradas pelas razões recepcionadas no discurso, relacionando-as com casos similares, reflexão sobre hipóteses explicativas que geram possíveis conclusões plausíveis (razoáveis), deliberações sobre tais hipóteses, testando-as por meio de provas, ponderação sobre os fins que deliberamos, sempre em busca de um resultado racionalmente razoável.

Por fim, a exposição estruturada e fundamentada de todo esse processo permite o controle por todos os sujeitos interessados e destinatários da decisão e legitima a decisão judicial.

Todo esse processo trabalha com a cognição perceptiva e a cognição reflexiva de um sujeito engajado, que tem propósitos, crenças e hábitos que compõem seu *background* de conhecimento.

Por isso, pensamos que, ao falar em métodos de interpretação, princípios de interpretação ou técnicas de interpretação, sugerimos que a concretização do direito ocorre em um único momento: o da sentença, na qual o juiz dos fatos constrói o direito. Porém, não é isso que ocorre.

Há todo um processo contínuo e reflexivo que culmina com a construção da norma jurídica, que condiz exatamente com o que denominamos *método pragmático*, no sentido de um processo dinâmico de produção de significados.

Saliente-se que todo esse percurso se desenvolve em um ambiente no qual o sujeito não pode se contentar com crenças inatas e inabaláveis que sustentariam premissas incontestáveis e sedimentariam uma racionalidade insensível a erro, revelando um caráter antifundacionalista do método.

Quando se fala de sujeito engajado no processo de construção da norma concretizando o caso problemático é preciso que se pontue que, no caso do juiz, trata-se de um sujeito que se engaja com os propósitos constitucionais, legais e decisões das Cortes Constitucionais, que se insere em um contexto real, que tem no discurso, na responsabilidade e na efetividade elementos centrais de legitimação de sua decisão. Além de tudo isso, considera os efeitos da percepção no processo de reflexão e não abandona a ideia de verdade como um valor fundamental para a produção legítima da norma.

O juiz, de postura pragmática, compromissado com a constituição, não se satisfaz com o que é melhor e mais fácil para decidir. Busca no discurso a legitimação para sua compreensão dos fatos. O discurso promove a relação entre as partes num constante e contínuo movimento de dar e receber razões, que passam a ingressar na percepção e deliberação na construção da norma. A comunidade de trabalho é levada a sério no exercício de Jurisdição, sendo de relevância ímpar na legitimação da decisão.

Porém, o discurso no presente cenário defendido não pode ser meramente decorativo ou subterfúgio para legitimação de uma decisão forjada ou fingida. O juiz compreende-se como um participante fundamental de um empreendimento colaborativo, passando a ter real consciência da responsabilidade de se levar a sério o debate no processo. Por isso, passa a ter certeza de que o significado de um enunciado valorativo não será descoberto por ser um sujeito virtuoso que tem na intuição uma chave para a descoberta de uma decisão justa, adequada e efetiva. Percebe, do mesmo modo, que a sua autoridade jurisdicional, por si só,

não garante a legitimidade democrática da decisão. O modelo colaborativo decisório demanda uma complexidade muito maior do que a simples justificativa da decisão pela investidura no cargo.

Nesse cenário, é preciso desenvolver um método, se assim podemos dizer, que não seja referido a um possível objeto, mas que seja com ele co-constituído, ou seja, método e objeto se constituem reciprocamente um pelo outro. Além disso, que sua racionalidade opere a partir de uma relação intersubjetiva na qual os sujeitos que participam do discurso exponham e recebam razões que sustentem argumentos passíveis de críticas e reflexões, culminando na prolação de uma sentença que tenha compromisso com a responsabilidade constitucional e institucional e promova a efetivação dos direitos.

O método pragmático aqui desenvolvido busca a construção de um processo racional de tomada de decisão que permita a contínua ampliação do razoável, no qual elementos centrais da prática normativa são com ele correlacionados.

Passemos ao seu aporte teórico.

2.2 O Método Pragmático

Como já desenvolvido anteriormente, no âmbito da filosofia, segundo Cornellis de Waal, o pragmatismo surge por volta de 1870 nos Estados Unidos da América, reconhecendo como trabalhos pioneiros os de Charles Sanders Peirce (1839-1914), Wiliam James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952). Nesse sentido, Peirce, James, Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green fundaram o “Clube Metafísico”. Tal nome foi escolhido propositadamente para simbolizar a ironia do termo *metafísico*, que era tido como fora de moda nos debates filosóficos da época (DE WAAL, 2007, p. 17).

Na sua origem, de um modo geral, o pragmatismo nos apresenta como uma alternativa às escolas filosóficas do idealismo alemão e do empirismo inglês. A fundamental premissa da filosofia pragmática é a de que o seu método rejeita, sistematicamente, toda e qualquer forma de dualismos, que, ao longo da história, têm permeado o pensamento filosófico³¹. A crítica

³¹ No presente trabalho, o método pragmático aqui desenvolvido não se confunde com o que é denominado pragmatismo jurídico de Posner. Posner se insere no cenário jurídico norte-americano a partir de seu trabalho (*Economic Analysis of Law*, 1973) na primeira fase da Análise Econômica do Direito. Aparentemente, Posner utilizou-se do termo *pragmatismo* para tentar dar um novo colorido a sua tão defendida maximização de riqueza (derivada da AED), por força da qual competiria ao direito promover e facilitar o advento dos mercados competitivos, bem como simular os resultados destes em situações nas quais os custos de transação mercadológica sejam proibitivos (POSNER, 2010a, p. 426). O pragmatismo filosófico de Peirce não pode ser tido como a base filosófica de Posner. Ele mesmo cita, em seu livro *Direito, Pragmatismo e Democracia*, que uma razão para desconectar o pragmatismo filosófico da prática jurídica e da política é que as proposições

pragmática está assentada no pressuposto de que o conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, portanto seu desenvolvimento processa-se dentro e numa perspectiva contextual e funcionalizada, ou seja, as distinções que venham a ocorrer e os propósitos que se pretende atingir no curso das ações praticadas são subsumidos no interior de cada situação, envolvendo os indivíduos e o meio ambiente (REGO, 2009, p. 40).

Diferentemente de trabalho anterior (FORTUNA, 2017), no presente contexto, buscamos a definição do pragmatismo peirciano, correlacionando-o com alguns pontos centrais de sua filosofia, a partir de suas características nucleares. Trata-se de uma aplicação prática do próprio método pragmatista de análise, afinal o significado do pragmatismo, conforme sustentado por esse método, só poderia ser conhecido por meio do teste de suas consequências, ou seja, na perspectiva de um horizonte sempre em formação, como é o direito

que definem o pragmatismo são proposições da filosofia acadêmica, um campo que essencialmente não tem público entre juízes e advogados – que dirá entre políticos –, mesmo quando a filosofia é tratada por professores de direito (POSNER, 2010a, p. 8). E arremata o jurista americano: “Esta lacuna entre teoria e prática pode ser considerada como implicando que os juízes deveriam ter formação em filosofia – com ênfase em pragmatismo! Tenho dúvidas que esta seja uma boa ideia, mesmo que os juízes fossem considerados, como os políticos, não seriam capazes por se interessar em estudar filosofia [...]. E poderíamos esperar que a desconexão entre direito e filosofia pragmatista fosse especialmente pronunciada porque esta filosofia, sendo crítica da teoria em vez da prática, tem pouco a dizer sobre práticas específicas, como as envolvidas na administração do direito”. Porém, no texto *Law, Pragmatism and Democracy* (citado na versão em português) de 2003, ele sustenta expressamente que é necessário desconectar o pragmatismo filosófico do jurídico, pois não há público entre juízes e advogados; em um texto anterior, de 1993, *The Problems of Jurisprudence*, ele expressamente afirma que emprego o adjetivo *pragmático* em seu sentido filosófico, não leigo, refere-se às teorias dos filósofos pragmáticos norte-americanos – em especial Peirce, James, Dewey, Mead, Kuhn e Rorty. Em continuidade, afirma que a vertente pragmática que adota enfatiza as virtudes científicas e coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas (POSNER, 2007, p. 39-40). Porém, é tão preocupado com a investigação que, no mesmo livro, em seu manifesto pragmático, afirma que não existe nada que se possa chamar de raciocínio jurídico. Em dado momento, Posner se mostra ainda intuicionista, afirmando expressamente que, quando os juízes tentam tomar a decisão que produzirá os melhores resultados, mas não dispõem de nenhum conjunto organizado de conhecimentos ao qual possam recorrer, são obrigados a confiar em suas intuições (POSNER, 2012, p. 405). Porém, sabedor que um estudioso do pragmatismo certamente refutaria essa falácia argumentativa, reaproxima-se do pragmatismo, colorindo novamente suas ideias ao afirmar que a pessoa sábia percebe que até suas convicções inabaláveis podem estar erradas, embora nem todos nós sejamos sábios (POSNER, 2012, p. 410). Por fim, mas não menos importante, um dos mais importantes legados do pragmatismo clássico, seja de Peirce ou de Dewey, foi o denominado método de investigação que visa estabelecer uma crença ou uma assertibilidade garantida. Em tal método, a inferência abductiva foi amplamente trabalhada por Peirce, e a percepção a partir de suas crenças ou experiência sempre observada pelo trabalho dos fundadores do pragmatismo. A preocupação em determinar o significado de um conceito intelectual era um dos objetivos de Peirce com o pragmatismo. A sua arquitetura filosófica, correlacionando a Fenomenologia com a lógica e a metafísica, sem deixar de lado a relação entre lógica, ética e estética, demonstra toda congruência de seu pensamento. Pois bem, para Posner, a forma de investigação em seu paradigma pragmatista é um processo de projeção de consequências de interpretação, de sorte que aquela que tiver as melhores consequências será considerada correta (POSNER, 2007, p. 141). Destaca-se que Posner diz que tal forma de interpretação ou, ainda, o processo pelo quais os cientistas escolhem quais hipóteses testar é o que Peirce chamou de abdução. Diz expressamente Posner (2007, p. 141): “é misterioso também, mas sabemos que funciona, pois podemos verificar o seu resultado”. Essa atecnia, ignorando toda arquitetura de Peirce que aqui defendemos reduzindo a abdução a um processo misterioso que funciona, demonstra como o seu pensamento percorre um percurso metodológico distinto do aqui defendido.

em um Estado constitucional. Em simples palavras, quais as diferenças práticas o pragmatismo peirciano nos oferece para uma análise adequada da tomada de decisão de certificação e satisfação em um constitucionalismo de efetividade.

Além disso, desenvolvemos as dimensões do pragmatismo, ou plano de análise no processo de significação, que na verdade representam as ciências normativas que compõem a arquitetura filosófica de Peirce, quais sejam, a lógica, a ética e a estética.

Por fim, estabelecemos os propósitos do método pragmático a partir de sua finalidade principal, qual seja, ser um aporte útil no processo de significação e tomada de decisão. Assim, trabalhamos a fixação da crença, a verdade e a legitimidade no processo de decisão.

2.3 Características do Método Pragmático

Conforme veremos, no pragmatismo, o conjunto de todos os efeitos práticos que pensamos poder ser produzidos pelo objeto da concepção é o conceito desse objeto. As consequências produzidas na experiência estão ligadas ao processo de significação, porém não é possível antever ou deduzir tais consequências, antes mesmo de deliberarmos sobre elas. Por isso mesmo, as consequências apreendidas e deliberadas podem ser errôneas, o que indica que nossa percepção e nossa reflexão são falíveis, além do que nossas premissas podem ser equivocadas. Além disso, considerando que as consequências experienciais de um objeto variam continuamente sempre em cada contexto, sem dúvida o processo de significação é um processo de contínuo aperfeiçoamento. Tal aperfeiçoamento a partir de novas percepções e reflexões é feito sempre a partir de uma ideia de comunidade de trabalho, intersubjetivamente, até um ponto ideal no qual todos ou a grande maioria aceitem o significado como o adequado.

Desse encadeamento de ideias, podemos dizer que o método pragmático é antifundacionalista, contextualista, consequencialista e cooperativo (antissolipsista).

2.3.1 Antifundacionalismo e o falibilismo

Como vimos no primeiro capítulo, o direito não se contenta mais com premissas pré-definidas de forma apriorística, antes da apresentação problemática do litígio. O enunciado legislativo não pode ser considerado uma ideia imutável, dotada de um único significado, pois representa apenas parte da norma que ainda compreende os fatos essenciais.

A ideia de um sistema de premissas infalíveis deve ser abandonada. O pragmatismo peirciano é, na essência, antifundacionalista, ou seja, se afasta de dogmatismos, recusa a certeza e a segurança, rejeita dualismo, como a dicotomia entre sujeito e objeto e de fato e

valor. São ineficazes, assim, para o pragmatismo as tentativas de separar pensamento da ação e a teoria da prática.

Esse ponto é fundamental para o processo de efetivação do direito. Como visto, as técnicas legislativas compatíveis com um Estado plural demandam certas elasticidades, o que implica uma série de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas. A densificação de tais enunciados demanda necessariamente a contínua reflexão sobre a compreensão do significado, não podendo o sujeito decisor, como já afirmado anteriormente, empregar em tais conceitos um simples reflexo de sua visão de mundo, desconectada com o problema.

Compatível com essa ideia, Dewey afirmou que ciência, razão, não é alguma coisa vinda do além para se incrustar na experiência, mas algo que nasce e se comprova na experiência, e que, depois, é utilizado mediante invenções, de várias formas diferentes, para expandir e enriquecer a experiência (DEWEY, 2011, p. 96).

Exatamente por isso, não podemos confundir antifundacionalismo com decisionismo, pois tal característica se afasta completamente de posturas voluntaristas, que ignoram o diálogo e a reflexão.³²

E mais, não é a generalidade e a abstração da teoria que a tornam impraticável, mas sim a falta de habilidade funcional e prática de saber utilizá-la em um contexto real, sempre pautado na ideia de que as crenças introjetadas pelo estudo teórico, ao se unirem aos fatos da causa, deverão ser testadas para alcançarmos a solução mais adequada do conflito.

É preciso aprofundar e compreender o significado da afirmação de não se contentar com crenças inabaláveis.

O fato de o constitucionalismo implicar uma revalorização da prática e da razão prática não significa que os seus participantes ignoram a própria constituição, as leis e os precedentes. Em um sistema jurídico que tem a Constituição como centro de irradiação de direitos e deveres, ela deve ser considerada por todas as instituições. Seu texto irradia como pauta interpretativa para todos os demais ramos do direito. A constitucionalização opera-se

³² Por isso não concordamos com José Eisenberg e Thamy Pogrebinski (2005, p. 109), que afirmam que, “Por fim, ser pragmatista em direito significa entender o que define uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua generalidade e abstração, que a tornam impraticável. Não haveria vício em raciocinar teoricamente, mas em conferir autoridade última à teoria: o objetivo crítico desse raciocínio não seria chegar a abstrações praticáveis, e sim explicitar pressuposições tácitas quando elas geram problemas práticos. Ao perguntar-se ‘como funciona o direito’, o pragmatismo responde apontando para a heterogeneidade de recursos utilizados pelo direito a fim de produzir resoluções políticas para disputas que precisam ser formatadas em termos apolíticos e abstratos. Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito”. Nesse sentido, quando se afirma que o juiz é, antes de tudo, um criador do direito e tal afirmação assume uma ideia absoluta, tais doutrinadores estão sendo exatamente o que dizem combater, ou seja, fundacionalistas, pois não desconfiam da falibilidade do pensamento.

como inserção de temas relevantes na própria constituição ou como uma exigência de releitura interpretativa de institutos legislados. Nesse mesmo contexto, os enunciados legislativos são essenciais. Como veremos infra, tais enunciados dão forma a muitos institutos jurídicos. Eles tornam reais institutos como contratos, casamento, sociedades, domicílio, tributo, entre outros. Tais institutos são essenciais e imprescindíveis para a própria organização social, por isso necessitam de uma regulamentação que implique em funcionalidade e segurança na sua operacionalização.

Porém, tais institutos são previstos abstratamente. Demandam compreensão, reflexão e críticas. A doutrina nos apresenta tal compreensão, reflexão e crítica. Ela nos faz pensar, refletir e compreender, mesmo que dogmaticamente, institutos típicos do direito, mas criados pelo homem, que se refletem em nossa vida em sociedade.

As Cortes Supremas, no nosso caso específico o STF e o STJ, a partir de casos julgados em instâncias inferiores, têm como função principal conferir unidade ao direito, interpretando o direito a partir do caso concreto que representa um meio para chegar-se ao fim do direito (MARINONI, 2015, p. 656). Tais cortes formam precedentes que devem ser observados em casos futuros.

Ser antifundacionista e, portanto, não crer em crenças inabaláveis é saber manejar no caso concreto, no evento que opera a prática, todo esse manancial de leis, precedentes e doutrinas. É não partir de um texto legislativo como se não houvesse necessidade de compreendê-lo a partir de uma situação fática apresentada. É não acreditar que o texto da norma é um enunciado com significância pré-definida. É não ignorar que a teoria deve ter funcionalidade e, portanto, não pode ser usada como uma forma de resolução prévia de qualquer problema.

A heterogeneidade de questões que influenciam na decisão não pode ser vista como uma forma de facilidade para escolher aquela que, para o juiz, melhor resolva o problema. Não existe a melhor escolha do juiz, mas sim a escolha mais racional e responsável. Daí, a heterogeneidade implica uma exigência de reflexão crítica, raciocínio dialógico e analógico e, principalmente, um agir com prudência.

Portanto, devemos deixar evidente que, a partir do momento em que o direito se revaloriza na prática, a experiência afasta o mito de um conhecimento puramente conceitual (sem funcionalidade) e verificável (demonstrável). Nesse contexto, a prática jurídica se afasta de dogmatismos inúteis, recusa certezas *a priori*, verdades intuitivas, rejeita dualismo, como a dicotomia entre sujeito e objeto e de fato e valor. Os sujeitos se inserem em vários eventos que operam dentro das práticas. Deliberam, propõem, participam e, por isso, vão formando,

ao lado do conhecimento adquirido nos livros, crenças e hábitos, permitindo a visão ampla para resolução de casos análogos.

O método pragmático vai além disso, reforçando o aspecto subjetivo do antifundacionalismo. Assim, se o direito se concretiza e se efetiva em um processo, no qual temos como protagonistas as partes e o juiz, o antifundacionalismo se materializa no falibilismo. O ser humano – autor, réu, Ministério Público e Juiz – é, na sua natureza, falível. O juiz, por exemplo, assume seu compromisso com uma decisão justa e adequada, não ignorando que seu conhecimento é limitado. Deve aceitar que os propósitos que orientam sua conduta não podem ser pessoais, egoísticos ou mesquinhos. Além disso, deve buscar um ideal intersubjetivamente admirável, que não se restrinja às suas prioridades.

É por isso que o antifundacionalismo se materializa no falibilismo, pois é preciso aceitar que nossas crenças em muitos litígios, por mais refletidas que sejam, podem se pautar em hipóteses errôneas, que devem ser questionadas, testadas e refletidas, não aceitando uma fundamentação forjada ou fajuta e muito menos uma ética de conveniência.³³

2.3.2 Contextualismo

O contextualismo liga-se à prática na qual estamos inseridos, prática esta compreendida como verdadeira forma de vida, ou seja, o *background* dentro do qual nossas ações e decisões adquirem inteligibilidade. É o ambiente no qual o sentido pode ser produzido, sempre guiado por determinadas regras.

Nesse sentido, quando falamos em contextualismo, devemos compreender que para o pragmatista adquirimos nossas crenças, nossos hábitos, nossa estrutura prévia a partir do contexto prático em que estamos inseridos. Não há uma aquisição neutra de conhecimento, ele se adquire a partir de um contexto de vida.

³³ Como vimos anteriormente, a inteligência artificial é um marco tecnológico importante no atual paradigma do constitucionalismo da efetividade. Porém, mesmo se pensarmos em um conhecimento automatizado, a questão que se coloca é: como garantir que inteligências artificiais sejam justas e não tomem decisões discriminatórias? Como garantir um comportamento ético? Como garantir transparência e como gerar explicações (MARANHÃO; COZMAN; ALMADA, 2021, p. 141). Nesse contexto, por mais que se desenvolvam sistemas de aprendizado supervisionado ou mesmo de aprendizado não supervisionado, a questão da opacidade sobre o conhecimento de como a máquina conclui por um determinado resultado deverá ser posta em destaque quando pensamos em um método que prestigie um modelo de processo justo. A própria lei Geral de Proteção de dados em seu artigo 20 dispõe que o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. Assim, incorrer no erro de que a inteligência artificial não está suscetível a erro, afastando o falibilismo, é um ponto de inflexão importante no paradigma atual de direito, a respeito do qual o método pragmático nos mantém em constante atenção.

Dewey afirma que nossos hábitos individuais são elos na formação da cadeia infinita da humanidade. Seu significado depende do ambiente herdado de nossos precursores e é aprimorado à medida que vemos os frutos de nosso trabalho no mundo em que vivem nossos sucessores (DEWEY, 2009 [1922], posição 75-76). O ambiente herdado, ou seja, o contexto herdado e em que nos inserimos é que permite a aquisição de conhecimento. Descobrimos os significados e adquirimos crenças a partir dos nossos contextos de vida.

Exatamente por isso, o pragmatismo rejeita um dualismo enraizado na nossa cultura: teoria e prática. Ao contrário do que muitos erroneamente pensam, o pragmatismo filosófico de Peirce jamais fez da prática simples sinônimo de ação, tendo essa como ser e fim supremo da vida, bem como não fez da significação um simples agir. Para entender melhor essa questão, precisamos aprofundar o pragmatismo peirciano, compreendendo a relação entre ação, crença, hábito, pensamento e conhecimento.

Peirce, em um texto sob a forma de questionamentos, “O que é pragmatismo”, responde que, se o pragmatismo realmente transformasse o fazer na coisa essencial e no fim da vida, essa seria sua morte, pois dizer que vivemos meramente para agir, como ação, independentemente do pensamento que se realiza, seria dizer que não existe um significado racional (PEIRCE, 2015, p. 296).

E de forma mais técnica acentua que, conseqüentemente, o pragmaticista não faz com que o *summum bonum* consista na ação, mas faz com que consista naquele processo de evolução pelo qual o existente chega cada vez mais a corporificar aqueles gerais a cujo respeito ainda há pouco se disse que estavam destinados, que é aquele que tentamos exprimir ao chamá-los de razoáveis. Em seus estádios mais elevados, a evolução verifica-se, de um modo cada vez mais amplo, por meio do autocontrole, e isso dá ao pragmatismo uma espécie de justificativa da colocação que se faz do propósito racional como sendo geral (ENGEL-TIERCELIN, 1992, CP 5.432-3).

Nesse cenário, para que fique claro, a essência do pensamento está no estabelecimento de um hábito, que se forma e se consolida por meio de crenças que produzem diferentes modos de ação. A crença, portanto, nos coloca numa condição tal que deveremos agir quando uma determinada ocasião surgir (SANTAELLA, 2004, p. 242).

A formação da crença em um determinado contexto não ignora o que Peirce denomina de conhecimento colateral. O conhecimento colateral, que representa o conjunto de conceitos, concepções, experiências, doutrinas que compõem nossa estrutura, é fundamental para o processo de significação. Peirce dá um exemplo muito claro sobre isso: Na sentença que serviu de exemplo, Napoleão não é o único Objeto. Um outro objeto, Objeto Parcial, é

“letargia”; e a sentença não nos pode fornecer o seu significado, a não ser que a experiência colateral tenha ensinado a seu Intérprete o que é Letargia, ou o que “letargia” significa nessa sentença (PEIRCE FREGE, 1983, p. 118).

Nesse sentido, Peirce destaca:

Com “observação colateral” não quero dizer intimidade com o sistema de signos. O que assim é inferido não é colateral. Pelo contrário, constitui o pré-requisito para conseguir qualquer ideia significada pelo signo. Por observação colateral, refiro-me à intimidade prévia com aquilo que o signo denota. Assim, se o Signo for a sentença “Hamlet era louco”, para entender o que ela significa uma pessoa deve saber que os homens por vezes apresentam-se transtornados; a pessoa deve ter visto anteriormente loucos ou ter lido acerca do assunto; e tudo correria pelo melhor se se soubesse especificamente qual era (não necessitando presumir) a concepção shakespeariana da insanidade (PEIRCE FREGE, 1983, p. 139).

Por isso, no método de investigação que se concretiza com a significação de uma proposição intelectual, aprofundando a rejeição do dualismo entre teoria e prática, também não há espaço para separação entre razões práticas e teóricas. Em outras palavras, e agora correlacionando com o direito, a revalorização da razão prática não significa o desprestígio total da razão especulativa. Ao ler Peirce, percebe-se que há uma grande exigência quanto ao estudo técnico e doutrinário para ampliação e aperfeiçoamento do método de investigação.

O que Peirce sempre combateu foi a utilização disfuncional de um conceito, principalmente ignorando o contexto em que ele se insere. Nesse sentido, o processo de raciocínio deve evitar aquele conhecimento que não é funcional para os objetivos da investigação, mas sempre observado a partir de uma comunidade de investigadores e nunca em um contexto individual.

Trazendo para a seara jurídica, como sustenta Thomas C. Grey³⁴, o direito é contextual,

[...] está enraizado na prática e no costume, e tira sua substância dos padrões existentes de conduta e interação humana. Em igual grau, a lei é fundamental, destinada a avançar o bem humano daqueles que serve, portanto sujeitos à alternância para este fim. A lei é concebida como um conjunto de medidas práticas para a vida social cooperativa, utilizando sinais e sanções para orientar e canalizar a conduta. Teorias gerais mais precisas e determinantes da natureza e função do direito devem ser visto com suspeita (GREY, 1996, 41-42).

³⁴ “Law is contextual: it is rooted in practice and custom, and takes its substance from existing patterns of human conduct and interaction. To an equal degree, law is instrumental, meant to advance the human good of those it serves, hence subject to alternation toward this end. Law so conceived is a set of practical measures for cooperative social life, using signals and sanctions to guide and channel conduct. More precise and determinate general theories of the nature and function of law should be viewed with suspicion” (GREY, 1996, p. 41-42).

Nesse ponto, conseguimos compreender a dificuldade de juristas que sempre estiveram inseridos na família da *civil law*, com as características apontadas anteriormente de recepcionar efetivamente, e não só na teoria as mudanças operadas pelo paradigma do Estado Constitucional. Afinal, como dito, os atores do direito adquirem conhecimento a partir do ambiente herdado de nossos precursores e o direito é aprimorado à medida que participamos e colhemos frutos em eventos concretizados na prática como um todo.

O método pragmático ganha relevância nesse ponto, e percebermos que o primeiro efeito produzido em nossa mente por aquilo que nos é dado para perceber não é controlável. Ele surge a partir da nossa percepção, que envolve uma possibilidade de conhecer a partir daquilo que já conhecemos. Por isso, é fundamental que os sujeitos do processo tenham um conhecimento constitucional, legal, doutrinário e jurisprudencial amplo e um agudo poder de reflexão, aliado a um amplo conhecimento adquirido por meio de observações prévias, pois de quanto mais eventos semelhantes eles participarem ou conhecerem, mais repertório terão em sua análise explicativa.³⁵

O pragmatismo deixa registrado que toda essa bagagem de concepções, crenças e experiências que compõem nossa estrutura e é fundamental para o processo de significação é sempre adquirida dentro do contexto da realização prática do direito. E esses panos de fundo não podem ser estáticos; pelo contrário, são dinâmicos, mutáveis e se ligam, necessariamente, com o falibilismo de que tratamos anteriormente.

Por fim, o que podemos inferir ainda do método pragmático a partir da filosofia de Peirce é que quem domina e pratica uma profissão tem uma espécie de empatia com a realidade em que trabalha. Isso o habilita a distinguir imediatamente o que é essencial do que é acidental e rapidamente determinar o cerne da questão. Em outras palavras, aqueles que se inserem com constância em um evento da prática, como um juiz, um promotor e um advogado, têm maior capacidade de entender funcionalmente um conceito e, portanto, fazer melhores conjecturas, do que aqueles “profissionais de bibliotecas”.

³⁵ Esse ponto é fundamental mesmo nos dias atuais, em que se insere a ideia de inteligência artificial como forma de se automatizar o conhecimento. Ainda que se imagine um sistema sem pré-juízos, é importante ter em mente que a inserção de dados relevantes nos sistemas de inteligência artificial, gostemos ou não, também envolve vieses cognitivos e, em determinadas situações, erros de contextualização. Aliás, erros de contextualização muitas vezes afeta o próprio resultado de julgamento, desprestigiando a coerência do sistema jurídico. O próprio CNJ, ao prever tal problema, expressamente dispôs na resolução n. 332/20 que, verificado viés discriminatório de qualquer natureza ou incompatibilidade do modelo de Inteligência Artificial com os princípios previstos nesta Resolução, deverão ser adotadas medidas corretivas (art. 7º, § 2º). Além disso, a impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão. (art. 7º, § 3º).

2.3.2.1 *Os panos de fundo e o interesse seletivo*

Dewey (1859-1952), ao analisar a relação entre contexto e pensamento nos alerta para um ponto fundamental que decorre do contextualismo: não há pensamento que não se apresente a partir da tradição. Sejam essas tradições reguladoras denominadas de órgãos perceptivos ou hábitos mentais, não há pensamento sem elas (DEWEY, 2009 [1922], p. 210-211).

O filósofo pragmatista reforça a importância dessa percepção, pois permitiria ao filósofo perceber a existência de tal contexto e, ao fazê-lo, aprenderia a ser humilde, impedindo uma universalização muito ilimitada e dogmática de suas conclusões. Não se afastando do falibilismo, explica que isso não significa que um filósofo possa dar conta desse contexto no sentido de torná-lo um objeto completo de reflexão (DEWEY, 2009 [1922], p. 210-211).

O pano de fundo, portanto, cobre todo o cenário contemporâneo no qual um curso de pensamento emerge e está implícito de alguma forma e em algum grau em todo pensamento.

Conectado ao contexto e, portanto, ao que Dewey denomina de pano de fundo, emerge a questão do interesse seletivo, que aprofundamos quando analisamos, à frente, o sujeito atuante em nossas práticas, mais precisamente a questão dos vieses decisórios.

Nesse sentido, segundo Dewey, cada caso particular de pensamento é o que é por causa de alguma atitude ou algum preconceito. Nenhuma teoria geral pode ser formulada que não seja baseada no que acontece em casos particulares. Essa atitude não é parte imediata do que é refletido conscientemente, mas determina a seleção desse assunto, e não daquele assunto. Assim, existe seletividade (e rejeição) em cada operação do pensamento (DEWEY, 2009 [1922], p. 210-211).

Dessa forma, aquele que tem afeição por algumas coisas em vez de outras, quando se torna um pensador, não deixa para trás sua afeição característica. Como pensador, ele ainda é diferencialmente sensível a algumas qualidades, problemas, temas.

O contextualismo pragmático, portanto, chama a atenção para essa questão, que refletirá nos vieses de decisão. Isso permite que o método pragmático indique ao sujeito a necessária indagação consigo mesmo, refletindo e buscando desconsiderar suas atitudes individuais.³⁶ Essa operação, sem dúvida, se relacionará com o autocontrole do pensamento,

³⁶ Exemplos concretos, nesse ponto, são fundamentais. No processo civil, o interesse seletivo do Juiz acaba por violar as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. A percepção sobre determinado fato e suas consequências jurídicas por parte de um juiz, sem que tal percepção seja refletida ou questionada, pode

mas não deixará de ser um ponto de inflexão que está inserido no amplo conceito de falibilismo³⁷.

2.3.3 Consequencialismo

O significado de um enunciado, para ser densificado, demanda o teste de suas consequências, isso porque todo o significado de uma proposição está no futuro, afinal tal significado não se estabelece de forma definitiva a partir de nossa primeira percepção e muito menos de forma antecipada.

O método pragmático prestigia um consequencialismo de significação. Esse ponto é fundamental.

Uma das características mais discutíveis do pragmatismo é o consequencialismo, principalmente por uma equivocada interpretação da máxima original do pragmatismo desenvolvida por Peirce, que dispôs:

Considere quais efeitos, que poderiam concebivelmente ter consequências práticas, concebemos que tenha o objeto de nossa concepção. Então, nossa concepção desses efeitos é o todo de nossa concepção do objeto.

Ao interpretar a referida máxima, James, por exemplo, afirmou que o método pragmático significa a atitude de olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das categorias, das supostas necessidades e de procurar pelas últimas coisas, frutos, consequências e fatos (JAMES, 1979, p. 21). Assim, James incrementa um perfil utilitarista à máxima (ou

gerar uma falsa ideia de que tal pedido demanda apenas prova documental, sendo impertinente a prova testemunhal. Por mais que a parte argumente, o juiz já chegou ao seu veredicto. Eventual deferimento de prova testemunhal é apenas uma formalidade que não afetara qualquer juízo de convicção previamente formado. Nesses casos, em atitude defensiva, percebe-se o indeferimento errôneo de perguntas que, embora pertinentes trariam certa dificuldade a sustentação da convicção já formada. O interesse seletivo por parte do magistrado, vicia a decisão judicial mesmo que, em aparência, as garantias constitucionais tenham sido observadas.

³⁷ E isso é fundamental mesmo a partir de nosso marco tecnológico. Se pensarmos sobre a atividade dos juízes, não sabemos exatamente o que acontece em suas cabeças quando resolvem um caso, mas a externalização desse processo pode ser observada por meio do que eles dizem nas frases (VALENTINI, 2020, p. 724). Por outro lado, no conhecimento automatizado, aceitar a correção da conclusão pelo simples fato de que tal conclusão deriva de uma máquina não condiz com o Estado Constitucional. Novamente com Maranhão, Cozman e Almada (2021, p. 142), quando tratam das redes neurais artificiais que propiciam, a partir do momento em que são compostas por várias camadas, a formação de redes profundas (*Deep networks*), afirmam os autores que a rede é construída em duas etapas: primeiro o projetista decide quais neurônios artificiais serão usados, quantas camadas serão empregadas e como os neurônios artificiais se conectam. Ora, nesse cenário, em muitas situações, a rede pode se formar de forma viciada, e a questão que fica é: até que ponto podem as máquinas questionar e deliberar sobre seus próprios vieses, pré-conceitos ou pano de fundos? Esse é o ponto fundamental no modelo pragmático: a constante e permanente busca pelo redimensionamento de nossos panos de fundo, caso não se mostrem adequados para a resolução dos problemas. Em demandas repetitivas em que a controvérsia remete a questões exclusivamente de direitos, é fundamental o auxílio de tal inteligência, principalmente para o descongestionamento da magistratura de piso. Porém, ainda estamos longe de admitir que a máquina substitua o homem em todos os tipos de litígios.

instrumentalista), na medida em que assevera que nos princípios pragmáticos não podemos rejeitar quaisquer hipóteses se daí decorrem consequências úteis à vida, e o significado será verdadeiro se o uso enquadra bem com os demais usos da vida.

Mas não foi esse o sentido que Peirce buscou ao formular a máxima pragmática e não é esse o sentido de consequencialismo que buscamos para o constitucionalismo de efetividade.

Para entender tal máxima é preciso retomarmos a questão das ciências normativas, estética, ética e lógica. Peirce era um lógico, e segundo ele próprio um pensador lógico é um pensador que exerce um grande autocontrole sobre suas operações intelectuais; portanto, o bem lógico é uma espécie particular de bem moral. O ato de inferir é um ato voluntário, porém que demanda autocontrole. Segundo Peirce, a aprovação de um ato voluntário é uma aprovação moral, e a ética é o estudo sobre quais finalidades de ação estamos deliberadamente preparados para adotar. Os fins últimos, que não são pautados pelo lógico em suas paixões, desejos ou preferências, são delimitados pela Estética, que recomenda que o fim último da ação deliberada seja um ideal admirável intersubjetivamente, por uma comunidade de investigadores, como a razoabilidade concreta sugerida por Peirce (2015, p. 201-204).

Todo o processo de significação, que se dá por meio do método de investigação, deve passar pela mais severa e minuciosa crítica lógica. É aqui que surge a ideia de deliberação por meio de conduta autocontrolada e a noção de consequencialismo para Peirce.

Nesse sentido, o significado racional de toda proposição está no futuro. É uma forma de Peirce, no contexto de autocontrole, negar o imediatismo na significação, exatamente porque nesse caso estaríamos fadados a uma possibilidade de erro ainda maior. Quando falamos que o significado está no futuro, estamos afirmando que o significado não pode ser o simples resultado de uma imediata percepção que está no presente. Essa imediata percepção é a primeira compreensão, mas sempre pautada em nossas crenças e hábitos (preconceitos, experiência). Com o autocontrole, há continuidade entre o presente e o futuro, portanto não é necessário esperar o futuro para obter uma concepção razoável dele.

Deliberar sobre as consequências é uma exigência do autocontrole da conduta refletida. Em outras palavras, nossas ações devem ser entendidas em termos de propósitos, para prever os possíveis efeitos que decorrerão de nossa ação. Assim, por meio do autocontrole, nossas ações que são propositais podem ser testadas, buscando a melhor hipótese explicativa para os fenômenos experienciais

Em 1903, Peirce altera sua máxima, buscando superar os mal-entendidos, estabelecendo que “para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se

considerar as consequências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da concepção; e a soma dessas consequências constituirá o sentido total da concepção” (PEIRCE, 1983, p. 7).

Entendemos que tanto a primeira quanto a segunda máxima têm um sentido comum. Apenas, por falta de conhecimento da arquitetura filosófica e, principalmente, da sua semiótica, que o termo *consequências práticas* foi interpretado em seu sentido comum, no sentido de resultados produzidos.

Voltemos à primeira máxima: considere quais efeitos que poderiam concebivelmente ter consequências práticas; concebamos que tenha o objeto de nossa concepção, então nossa concepção desses efeitos é o todo de nossa concepção do objeto.

Quando se fala em efeitos que poderiam ter concebivelmente consequência prática, devemos compreender: quais efeitos efetivamente produzidos pelo signo na formação do interpretante (afinal, é esse que se apresenta à mente) e quais desses efeitos produzidos no interpretante geraram consequências práticas, ou seja, nos fizeram deliberar, agir, refletir sobre nossos propósitos (daí Peirce fala em consequências práticas do interpretante em nossas deliberações).

Nesse contexto, consequências práticas não devem ser entendidas como resultado, mas sim como efeitos passíveis de deliberação a partir de nosso autocontrole, para compreendermos o significado do objeto de percepção.

Em seguida, de forma coerente, o arremate de Peirce (na nossa leitura) deve ser compreendido: nossa inferência deliberada (abdução) do interpretante (produzido na mente) visando à produção de uma crença é, ao final, a própria concepção do objeto que nos foi posto pela percepção. Ou seja, a nossa deliberação reflexiva produz um resultado de significação a partir da análise controlada dos efeitos gerados pelo signo.

Assim, a máxima do pragmatismo peirciano, na dimensão pragmática e de forma lógica, seria compreendida da seguinte forma: considere quais efeitos efetivamente produzidos pelo signo na formação do interpretante e quais desses efeitos produzidos no interpretante nos fizeram deliberar, agir, refletir sobre nossos propósitos, então o resultado de nossa inferência deliberada do interpretante (produzido na mente) é, ao final, a própria concepção do objeto que nos foi posto pela percepção.

No direito, a ideia de consequentialismo não ingressa como forma de superação de direitos ou redução de garantias. Pelo contrário, o consequentialismo de significação, e não de resultado, é um limite aos julgamentos pautados exclusivamente em valores abstratos, sem

justificar as consequências que esses valores gerariam em um caso concreto e como essas consequências interferem, fundamentadas, no processo de densificação de um enunciado.

É por isso que podemos afirmar que o consequencialismo se revela fundamental no contexto de descoberta de decisão, uma vez que, no momento reflexivo, sem dúvida, os efeitos práticos da decisão tomada interferem no convencimento e, por isso, precisamos sobre eles deliberar.

Entendida a presente característica, alguns pontos devem ficar solidificados.

Primeiro, Peirce não se preocupa somente com a verdade semântica, mas sim com a verdade produzida no âmbito da comunidade de investigadores. Peirce sempre insistiu na tese de que o pragmatismo busca o esclarecimento de ideias claras e ajuda a compreender ideias que não são claras.

Segundo, a exigência de deliberação sobre os efeitos da nossa primeira percepção, afasta Peirce de qualquer modelo subjetivista de pensamento. Se o processo de significação exige um método de investigação que tem como ponto central o autocontrole, nossos propósitos só serão racionais se analisados sinceramente a partir dos fenômenos experienciais que eles poderão produzir.

Terceiro, o consequencialismo de Peirce não aceita o raciocínio fingido, por isso ele não aceita que o raciocínio parta de consequências no sentido de melhor resultado, para encontrarmos uma justificativa para ela. Ao expor e exigir a deliberação das consequências práticas das hipóteses geradas na percepção, Peirce exige o controle de nossos propósitos, que deverão passar pelo teste da racionalidade.

Portanto, quando falamos em consequencialismo peirciano não podemos jamais relacioná-lo com análise de resultados em um “mundo físico”. A análise é das consequências de nossas deliberações dentro de um discurso comunicativo, produzindo fenômenos reais na comunidade de investigadores. Em outras palavras, o nosso discurso é uma ação futura a partir de um objeto percebido pela mediação de signos. Assim, se é uma ação futura, nossas deliberações devem ser controladas criticamente. O controle crítico envolve a reflexão sobre o objeto de percepção que nos produz inúmeras hipóteses que devem ser deliberadas, sempre em um determinado contexto comunicativo.

2.3.3.1 *Especificidades do Consequencialismo no direito e o apoio do método pragmático*

É muito complexa a relação entre o consequencialismo e o direito.³⁸ Porém, o que se observa é que a maioria da doutrina que pesquisa o tema parte da ideia de um contextualismo de resultado, ou seja, um contextualismo que opera no contexto de justificação. Vejamos.

No artigo “Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações”, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Lear refletem sobre o compromisso com as consequências quando da decisão judicial, citando uma pesquisa patrocinada pela AME e coordenada por Maria Tereza Sadek, que colocou uma amostra significativa de juízes brasileiros diante da seguinte pergunta: “Do seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas consequências econômicas ou ter compromisso com suas consequências sociais” (ARGUELHES; LEAR, 2009, p. 172).

Noutra incursão, Humberto Ávila define o consequencialismo como a estratégia argumentativa mediante a qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do direito conforme as consequências práticas que pretende evitar ou promover, em detrimento da estrutura normativa diretamente aplicável, dos efeitos diretamente produzidos nos bens jurídicos

³⁸ Poderíamos nominar três espécies de consequencialismo: o fraco, o intermediário e o forte. O consequencialismo fraco pode ser compreendido, em termos gerais, como o apelo a uma consequência inerente ao enunciado legislativo. Trata-se de uma consequência inerente ao enunciado, motivo pelo qual eventuais razões apresentadas visando à anulação do negócio jurídico não podem ser tidas como razões não derivadas de instâncias formais. No consequencialismo fraco, portanto, a análise das consequências da sua decisão é inerente à construção da norma e estabelecida pelo próprio enunciado. Um segundo modelo de consequencialismo, que podemos denominar de consequencialismo moderado, também faz apelo às consequências do sistema, porém não mais àquelas que estão delimitadas no enunciado base de construção da norma. Nesse caso, o texto normativo não trouxe qualquer delimitação da consequência jurídica, porém isso se deu em virtude do desenvolvimento do fenômeno conhecido como cláusulas gerais, já estudado no primeiro capítulo. A situação é diferente, e, nesse ponto, a ideia de consequencialismo nas decisões começa a ser aprimorada. A dúvida que surge é: se o texto não nos traz a consequência jurídica expressa, haveria uma liberdade total na escolha por parte do magistrado no momento da decisão? Certamente, o próprio método pragmático considerado como um todo responde negativamente. Tanto não há liberdade plena, que exige-se constante reflexão sobre as crenças produzidas, levando a sério a ideia de falibilismo e sempre considerando o contexto problemático em que está inserido, além das respostas mais plausíveis de acordo com a Constituição e os precedentes. Por fim, a última modalidade de consequencialismo é o que denominamos de forte. Certamente quando se fala e se critica o consequencialismo jurídico, a maioria dos doutrinadores se concentra no que podemos denominar consequencialismo forte. Podemos definir este consequencialismo como o apelo às consequências externas às normas e ao ordenamento jurídico para atribuição de um novo sentido aos dispositivos legais ou relativização de aplicação de uma norma no caso concreto. Porém, na esteira de Diego Werneck seria possível demonstrar que argumentos “práticos” ou “consequencialistas” podem em muitos casos ser reconduzidos ao ordenamento jurídico vigente (isto é, não são necessariamente não institucionais) e, conseqüentemente, seu peso que não deve ser *a priori* definido como subsidiário, já que podem ser decisivos no fornecimento de razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos dessa decisão (ARGUELHES, 2005, p. 4-5).

protegidos pelos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais imediatamente aplicáveis a matéria (ÁVILA, 2019 p. 52).

Ainda buscando a definição de *consequencialismo* no âmbito jurídico, o saudoso Luis Fernando Schwartz especifica que

[...] a expressão “consequencialismo jurídico” será utilizada em um sentido amplo, referindo-se a qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explicita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à *avaliação das consequências* associadas a ela e às suas alternativas (SCHWARTZ, 2011, p. 383-384, grifos do autor).

No âmbito da *common law*, Dworkin, relacionando o consequencialismo com o pragmatismo, explica que os postulados do pragmatismo, como teoria da decisão judicial, sustentam que os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em conta práticas do passado enquanto tais. Segundo Dworkin, qualquer versão mais precisa do pragmatismo deve especificar uma concepção particular de consequencialismo: deve especificar o modo de decidir quais seriam as melhores consequências de uma decisão (DWORKIN, 2010, p. 36).

Neil MacCormick sustenta que há bons motivos para supor que os juízes deveriam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhes estivessem disponíveis em casos que envolvessem o problema da pertinência de interpretação ou de classificação (MACCORMICK, 2015, p. 165). Já em *Retórica e Estado de Direito*, o referido jusfilósofo reflete sobre a questão das consequências, avaliando se é possível estabelecer uma versão satisfatória do consequencialismo jurídico que escape de armadilhas, como do cálculo das referidas consequências, por exemplo (MACCORMICK, 2008, p. 135-160).

Manuel Atienza explica que uma maneira (restrita) de interpretar o critério das consequências é fazê-lo em termos de eficiência econômica. Uma decisão judicial justificada (respeitando certos limites estabelecidos pelo direito) será a que mais contribua para a maximização da riqueza social, entendida em termos de satisfação das preferências dos indivíduos (ATIENZA, 2017, p. 136).

Embora tais definições apresentem certas peculiaridades, todas elas relacionam as consequências como ponto central no contexto de justificação da decisão, de acordo com as melhores consequências deduzidas.

Essa compreensão de consequencialismo que se opera essencialmente no momento de justificação, como resultado de um processo de escolhas de melhores decisões, não se

correlaciona com o consequencialismo do método pragmático, que está no nível de descoberta, tratando-se de um consequencialismo de significação, amparado por todo falibilismo, que é da essência do método.

É evidente que utilização do consequencialismo no contexto de justificação cria uma situação que chamamos de *panconsequencialismo dedutivista*, no sentido de que, para cada situação problema, consequências são deduzidas; a partir disso, justifica-se a decisão no sentido de prestigiar a consequência que se deduz mais adequada.

Realmente nesse cenário, o consequencialismo no âmbito jurídico se tornaria verdadeiro procedimento retórico e estratégico no qual o intérprete construiria a norma pautado nas suas consequências possivelmente deduzidas.

O arranjo interpretativo/compreensivo tem como ponto de partida o próprio resultado verificado a partir da melhor consequência, que serve como um parâmetro para se buscar as razões que o justificam.

Nesse sentido, o consequencialismo jurídico violaria a ideia de Estado Democrático de Direito, prestigiando o decisionismo judicial e resultando em um verdadeiro contraditório forjado, uma vez que o juiz, desde o início, conhece o conteúdo de sua decisão vinculado à consequência que deduziu de sua crença, a partir de um sistema fechado, uniforme e coerente.

Não é esse o consequencialismo do método pragmático, e isso precisa ficar evidente³⁹. Como afirmamos, o conjunto de todos os efeitos práticos que pensamos poder ser produzidos pelo objeto de concepção é o conceito desse objeto. Essas consequências, porém, passam por um constante aperfeiçoamento que deve ser avaliado no contexto em que o problema se coloca. Além disso, nossas percepções (que trabalhamos na sequência) são falíveis e precisam ser refletivas.

³⁹ No constitucionalismo atual, o consequencialismo se imbrica com os novos avanços tecnológicos. Isso porque é comum relacionar o consequencialismo com o utilitarismo e eficiência. Se pensarmos a inteligência artificial como um modelo de automação de conhecimento como forma de se garantir eficiência por produtividade, estaremos fadados a uma postura que contraria a Constituição e o direito fundamental ao processo justo. Richard Posner era um defensor da eficiência como maximização da riqueza (POSNER, 2010b, p. 75). Em um Estado constitucional e democrático, é comum afirmar que a população espera muito dos resultados das práticas dos tribunais do que propriamente do conteúdo das práticas. O cidadão que sofrerá os efeitos da decisão não se incomoda se houve desrespeito a uma regra processual, desde que a decisão lhe seja favorável ou atenda os seus interesses. A sociedade, em si, é consequencialista, compreendido a partir de seu viés utilitário. Assim, a imagem de construção de um sistema que permita respostas rápidas aos problemas, com alto grau de produtividade, pode, inicialmente, ser festejada. Porém, com o tempo, decisões em bloco podem gerar injustiças, desrespeito ao direito fundamental a um processo justo e, até mesmo, ao devido processo legal. É por isso que o paradigma atual preocupa-se não só com a eficiência, como já afirmamos, inclusive citando os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e o artigo 8º do CPC. O ordenamento jurídico deve ser aplicado em busca dos fins sociais, resguardando e promovendo a dignidade humana, ou seja, prestigiando-se a efetividade da tutela de direitos materiais.

É por isso que, quando pensamos na questão especificamente da tutela do direito e da técnica processual adequada, a correlação de ambas visando à satisfação do direito demanda uma análise dos efeitos práticos que a adoção de uma determinada técnica proporciona na garantia da efetividade. Não se trata de justificar pelas consequências deduzidas subjetivamente, uma escolha prévia e irrefletida, mas sim de avaliar os efeitos práticos que uma escolha pode gerar na concretização do direito certificado e deliberar sobre tais efeitos, num contexto de adequação e necessidade.⁴⁰

A gestão do processo, por parte do juiz, num sentido de promover uma tutela justa, efetiva, adequada e tempestiva, necessariamente passa continuamente pela avaliação das consequências que uma determinada técnica pode produzir na tutela do direito. Promover e efetivar a tutela é objetivo, e analisar antecipadamente os efeitos práticos de determinadas técnicas é essencial para um juízo de adequação.

De forma geral, sendo o signo tudo o que se apresenta à nossa percepção, podemos representá-lo da seguinte forma: o juiz se depara com a narrativa constante na inicial, com a narrativa constante na contestação, com a reconstrução dos fatos por qualquer meio de prova admitido, com os enunciados legislativos citados pelas partes, com os julgados e eventuais precedentes mencionados. Tudo isso é absorvido por nossa percepção, e, a partir do conhecimento acumulado do pano de fundo pelo juiz, forma-se o interpretante, que representa a primeira noção a respeito do litígio que é levado a juízo. Essa primeira noção não implica (ou ao menos não deveria implicar) a decisão final. É a partir dela que deliberamos, agimos e

⁴⁰ A Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro parece ter caminhado nesse sentido ao dispor em seu artigo 20 que

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).”

Note-se que, em uma leitura atenta do enunciado não se busca substituir direitos por pensamentos puramente utilitaristas. O que se busca firmar é que uma decisão não pode se pautar em valores puramente abstratos sem avaliar suas consequências práticas. A lei não diz que as consequências práticas devem ser avaliadas por, por exemplo, simples eficiência ou maximização de riqueza, mas apenas que as consequências práticas devem entrar no radar da decisão. Tal previsão, além de exigir muito mais um consequencialismo de significação, faz com que o juiz avalie o contexto que está decidindo. Como leciona Genilson Rodrigues Carreiro, não se mostra coerente uma espécie de seletividade aleatória que pinça princípios do agrado do intérprete e os protege com o manto da intangibilidade, negando conteúdo jurídico a outros que não desfrutam da mesma simpatia (CARREIRO, 2021, p. 206). Reduzir o subjetivismo e a superficialidade da decisão é um dos pontos importantes do dispositivo (CARREIRO, 2021, p. 208). Assim, mesmo que haja aqueles que afirmam ser problemático determinar qual a solução mais satisfatória, é importante salientar que a lei não disse isso. A lei exige uma racionalidade mais profunda, um percurso mais cuidadoso no qual o juiz deverá refletir sobre as consequências da decisão. Afinal, se por um lado, não há certeza a respeito das consequências, da mesma forma, não há certeza sobre a correção. A falta de certeza, por seu turno, exige maior responsabilidade na construção da norma, o que condiz com a ideia pragmática de consequencialismo.

refletimos. Essa deliberação e reflexão envolvem os propósitos que a Constituição e as leis enunciam. Aliás, sobre esses propósitos, da mesma forma, deve haver deliberação e reflexão, até mesmo por estarem dispostos por meio de conceitos indeterminados. As consequências de uma ou outra significação que implicará a consolidação da construção normativa devem ser deliberadas. Não que o juiz não possa escolher o significado que produza as consequências que entender mais pertinentes em sua deliberação. Pode, não negamos. O que negamos é que o juiz que assume a responsabilidade de julgar com base na Constituição e nas leis e que busque a resposta correta adote uma postura de fazer prevalecer os seus sentimentos em face dos “sentimentos constitucionais”⁴¹. Esse não é o papel do lógico na visão de Peirce, conforme anteriormente citado, assim como não deveria ser o papel do juiz.

Esse processo deliberativo implica a significação do enunciado legislativo em consonância com as demais diretrizes do sistema, em correspondência lógica com os fatos que foram reconstruídos em juízo a partir das provas produzidas. Tudo isso, operando-se em um evento concreto, que se insere em uma verdadeira prática normativa, na qual seus participantes, muitas vezes, já participaram de eventos similares, com problemas parecidos, com razões decisórias análogas e que serão rediscutidas no processo similar.

Portanto, a partir do método pragmático e levando em conta as características essenciais do Constitucionalismo e de sua efetividade, as consequências práticas não devem ser entendidas como resultado, mas sim como efeitos passíveis de deliberação a partir de nosso autocontrole, para compreendermos o significado do objeto de percepção e decidirmos da forma mais adequada.⁴²

⁴¹ Sentimento constitucional deve ser entendido como o conjunto de crenças e hábitos que permanecem em evolução no ambiente prático e que compõem o contexto de regras normativas que conduzem à prática e acabam sendo introjetados na consciência daqueles que participam da concretização do direito. Essas crenças não podem ser substituídas por preconceitos ilegítimos ou preguiça reflexiva.

⁴² Exatamente por isso, discordamos que a LINDB trouxe uma noção de consequencialismo atrelado à eficiência e otimização de utilidades (CARREIRO, 2021, p. 223). É importante deixar claro, como já fizemos ao longo do texto, que o pragmatismo é uma vertente que nos oferece várias concepções. Como dito, o intitulado pragmatismo de Posner é muito mais uma análise econômica do direito disfarçada. O Consequencialismo aqui defendido não é o de resultado, mas sim o de significação. O que a LINDB tornou realidade foi de exigir do Judiciário compromisso com decisões construídas a partir de um contexto prático, no qual todos os argumentos passíveis de infirmar a conclusão devem ser considerados, inclusive as consequências práticas. Realce que, quando aceitamos a noção de que a norma se perfaz sempre a partir de um caso concreto e que o Judiciário é coparticipante na produção da norma fundamento de um determinado litígio, também devemos aceitar que o Judiciário passa a ter muito mais responsabilidade no contexto decisório. Afirmar que o judiciário não é um mero boca da lei e que, como poder, participa da construção justa da resolução do caso, inclusive a partir de disposições expressas diretamente na constituição, é aceitar que sua responsabilidade em tal construção é incrementada. Esse crescimento contínuo de responsabilidade passa necessariamente pelo prestígio de técnicas contemporâneas que exigem maior deliberação e reflexão, saindo da esfera de mero categorizador de fatos e aplicador de enunciados normativos. Quando a LINDB dispõe que o juiz deverá avaliar os efeitos práticos de sua decisão, não está lhe permitindo produzir decisões

2.3.4 Cooperativo (Democrático) e não solipsista

O método pragmático é essencialmente cooperativo e não solipsista, o que reforça, nesse ponto, a legitimidade da decisão tomada em um determinado contexto processual.

Nesse sentido, para Peirce a comunicação é o processo pelo qual se opera a significância, e tal significância se dá pelo método de investigação que conecta a lógica, a ética e a estética. Peirce reforça que nossos interesses não devem se limitar a nosso próprio destino, mas devem abarcar toda a comunidade. Essa comunidade, novamente, não deve ser limitada, mas sim deve se estender a todas as raças de seres com as quais podemos estabelecer uma relação intelectual imediata ou mediata. Aquele que não sacrificaria sua própria alma para salvar o mundo todo é, coletivamente, segundo me parece, ilógico em todas as suas inferências (PEIRCE, 1983, p. 166).

Nesse contexto, a lógica está enraizada no princípio social (PEIRCE, 1983, p. 167). Para serem lógicos, os homens não devem ser egoístas e deles deve ser exigido que se conceba uma identificação dos interesses do indivíduo com os de uma comunidade.

Peirce, na dimensão pragmática de seu pragmatismo, introduz a tão importante noção de *comunidade de investigadores*. É nesse plano que o significado se produz e que se discute a verdade pragmática.

Essa noção da dimensão pragmático-comunicativa iniciada com a noção de comunidade científica tem sido amplamente aceita na filosofia contemporânea. Apel (2000) tomou as ideias de Peirce, juntamente com o conceito de *jogo linguístico* de Wittgenstein, para propor uma comunidade ilimitada de comunicação, em uma tentativa de preencher a lacuna entre a filosofia analítica e a hermenêutica.

Nesse sentido, Apel sustenta que,

[...] para o pragmatismo de Peirce, o sujeito enquanto interpretante lógico não deve ser reduzido a um objeto empírico das ciências sociais. Ele também não é consciência pura em geral, como na filosofia transcendental clássica de Kant, mas sim uma comunidade real de experimentação e de interpretação na qual se pressupõe ao mesmo tempo, como telos, uma comunidade ideal e ilimitada. Tal como seus signos e ações, essa comunidade é experienciável, mas não como um objeto da experiência, e sim como um meio intersubjetivo de acordo mútuo quanto às condições de possibilidade e de validade conceituais próprios às descrições e elucidações de dados da observação

de acordo com suas preferências, mas sim que ele delibere sobre os efeitos práticos de uma determinada decisão e que reflita sobre eles a partir das normas constitucionais e legais. Poderia ser questionada a questão de que o juiz não está apto a conhecer com exatidão quais seriam os efeitos práticos, porém, nesse caso, também deveria ser questionado até que ponto o juiz está apto a densificar com exatidão conceitos jurídicos indeterminados.

(que nos preferiríamos chamá-los de dados da percepção) (APEL, 2000, p. 225).

A comunidade de investigação representa a exigência de intersubjetividade na dimensão pragmática na busca da significação controlada de uma proposição que é apresentada.

Dentro da comunidade de investigação, é evidente que temos o sujeito que é aquele que participa ativamente do processo de significação.

Caracterizando o sujeito sob o ponto de vista semiótico, destaca-se seu perfil comunicativo. O sujeito individual não é, em seu âmago, uma esfera privada. Em outras palavras, é distinguível, mas não separável de outros; sua identidade é constituída pelas relações com os outros. A pessoa não é só um possível membro de uma comunidade, porém, como sujeito, tem a própria forma de comunidade (PEIRCE, 2015, p. 290).

Segundo Colapietro, o diálogo parece ser não apenas o *telos*, mas também o *arché* da semiótica de Peirce. Há uma inquestionável troca de signos na conversação, sendo os signos emitidos por alguém e interpretados por outro alguém. O locutor é a fonte da qual os signos emergem, e o ouvinte, o lugar para onde os signos são endereçados (COLAPIETRO, 2014, p. 58).

Nesse sentido, sob a perspectiva semiótica, lógica, estamos sempre já entre outros, bem como entre significados, o que implica dizer que alteridade e significado operam juntos em nossa experiência de nós mesmos como seres incluídos em uma rede de relações (COLAPIETRO, 2014, p. 66).

Assim, relacionando a comunicação com o sujeito cognoscente e sua finalidade, Cassiano Terra Rodrigues, de forma contundente, afirma:

Como atividade objetiva, a investigação científica busca uma verdade pública, por todos cognoscível, por ninguém em particular definitivamente conhecida e sempre a ser conhecida por alguém. Como ideal regulativo da pesquisa, a verdade também serve de norma para as investigações atuais: se é possível determinar verdades parciais e prováveis, é possível confiar na resolução dos problemas uma vez que os caminhos da investigação permanecem abertos. Essa é uma exigência profundamente democrática: o melhor para fixar as crenças coletivas é deixar vias abertas para a própria comunidade investigar (RODRIGUES, 2018, p. 247).

Sem dúvida a consequência prática desse pragmatismo democrático e cooperativo de Peirce é a constituição de um método não solipsista.

Nesse sentido, Peirce afirma:

Duas coisas aqui são muito importantes para garantir a si mesmo e lembrar. A primeira é que uma pessoa não é absolutamente um indivíduo. Seus

pensamentos são o que ele está “dizendo para si mesmo”, isto é, está dizendo para aquele outro eu que está vindo a vida no fluxo do tempo. Quando alguém raciocina, é aquele eu crítico que está tentando persuadir; e todo pensamento é um signo e é principalmente da natureza da linguagem. A segunda coisa a lembrar é que o círculo social do homem (por mais ampla ou restrita que essa frase possa ser entendida) é uma espécie de pessoa imprecisamente compacta, em alguns aspectos de grau mais elevado do que a pessoa de um organismo individual. São essas duas coisas que tornam possível para você – mas apenas no sentido abstrato e pickwickiano – distinguir entre a verdade absoluta e o que você não duvida (PEIRCE *et al.*, 1958, CP 5.421).

Peirce, atento à questão do solipsismo, afirma que existe no dicionário uma palavra, *solipsismo*, que significa a crença de que o crente é a única pessoa existente. Segundo ele, se alguém adotasse tal crença, seria difícil dissuadi-lo, mas, quando uma pessoa se encontra na sociedade de outras pessoas, ela é tão certa da existência delas quanto da sua, embora possa acolher uma teoria metafísica de que elas são todas hipostaticamente o mesmo ego (PEIRCE *et al.*, 1958, CP 6.436).

Somando-se a essa questão, Peirce se mostra tão preocupado com o solipsismo, que indica que tal método conduz ao que ele denomina de *raciocínio fingido*, tão problemático dentro de um contexto jurídico.

Nesse cenário, quando os homens entregam seus raciocínios às suas paixões, o efeito é produzir a mais terrível desmoralização. Em suma, não é mais o raciocínio que determina qual será a conclusão, mas é a conclusão que determina qual será o raciocínio. Este, segundo Peirce, é um raciocínio fingido (falso), mas isso é totalmente contrário à obstinação que é necessária na ciência. Para que a ciência seja bem-sucedida, seus adeptos devem se apressar em se render à discricção à investigação experimental, antes de saber quais podem ser suas decisões (PEIRCE *et al.*, 1958, CP 1.57).

Esse é um grande perigo no Estado Constitucional, dotado de normas com grande vagueza semântica e na ideia de que o processo de justificação, por si só, é suficiente para a legitimação da decisão.⁴³

⁴³ A questão agrava-se ainda mais quando lembramos que o marco tecnológico caracterizado pelo desenvolvimento de inteligência artificial prestigia, a cada dia, o incremento de decisões automatizadas. Se a legitimidade de uma decisão, como veremos mais a frente, densifica-se exatamente pelo debate, pela cooperação e pela participação, como lidar com decisões automatizadas que, em regra, caracteriza-se pela ausência de transparência e explicabilidade. E não é só transparência a respeito de como se produziu uma decisão, mas também sobre os dados coletados que abasteceram o sistema. Nesse sentido, ao analisar o art. 20 da LGPD, Natalia Pepi Cavalcante (2021, p. 177) leciona que “sob essa perspectiva os direitos previstos (no artigo 20 da LGPD não incidem especificamente sobre a coleta de dados, mas sobre sua utilização e o controle dos resultados, sendo que a legislação brasileira não prevê a necessidade de revisão humana das decisões”. Há, sem dúvida, uma verdadeira falta de transparência entre o usuário e o programados do modelo, não sendo possível o acesso aos algoritmos que estruturam o modelo. Isso implica na impossibilidade de se

Dessa forma, o efeito dessa simulação é que alcança fortemente a legitimação de qualquer processo de significação é que os homens passam a ver o raciocínio principalmente como decorativo, ou, no máximo, como um auxílio secundário em questões menores – uma visão não totalmente injusta, se as questões de conduta são as únicas que nos interessam (PEIRCE *et al.*, 1958, CP 1.58).

O método pragmático, assim, oferece um aporte que se afasta completamente de qualquer decisionismo, partindo de uma premissa fundamental de legitimidade e racionalidade por meio da intersubjetividade, renegando qualquer tentativa de um sujeito tomar decisões ignorando a realidade e o contexto que o envolve. A comunidade de partícipes do processo deve contribuir decisivamente no processo decisório, sendo imprescindível o debate como teste de legitimação.

2.4 As dimensões do pragmatismo

Como já dissemos anteriormente, a arquitetura filosófica de Peirce é ampla e complexa. Porém, o foco do trabalho é desenvolver o aporte pragmático necessário para que seja útil no processo de tomada de decisão em prestígio a um constitucionalismo de efetividade.

Segundo Peirce, a segunda grande divisão da Filosofia refere-se às Ciências Normativas, que investigam as leis universais e necessárias da relação dos fenômenos com os fins, ou seja, talvez com a verdade, com o Direito e a Beleza (PEIRCE, 2015 p. 198).

Ainda segundo o autor,

Pois, sendo a ciência normativa em geral a ciência das leis de conformidade das coisas com os seus fins, a estética considera aquelas coisas cujos fins visam incorporar qualidades do sentir, enquanto que a ética aquelas coisas cujos fins residem na ação, e a lógica aquelas coisas que o fim é o de representar alguma coisa (PEIRCE, 2015, p. 201).

Nesse sentido, a lógica, como estudo do raciocínio correto, é a ciência dos meios para agir razoavelmente (SANTAELLA, 2004, p. 240). A ética é o estudo sobre quais finalidades de ação estamos deliberadamente preparados para adotar (PEIRCE, 2015, p. 202). A ação correta é aquela que está em conformidade com os fins. Por outro lado, a estética se relaciona com um fim último da ação deliberadamente adotada, isto é, *razoavelmente* adotada; deve ser

analisar se a quantidade de dados selecionados garante representações reais dos registros que se pretende utilizar, evitando-se que alguma categoria ou característica seja sub-representada (CAVALCANTE, 2021, p. 183). A tendência, portanto, é admitirmos verdadeiras caixas pretas como precursoras de decisão, sem que se compreenda o percurso racional da prolação de uma sentença garantidoras de direitos.

um estado de coisas “que razoavelmente se recomenda a si mesmo em si mesmo”, à parte de qualquer consideração ulterior (PEIRCE, 2015, p. 202).

Em síntese feita por Santaella,

A ética e a lógica são, assim, especificações da estética. A ética propõe quais propósitos devemos razoavelmente escolher em várias circunstâncias, enquanto a lógica propõe quais meios estão disponíveis para perseguir esses fins. É na interrelação dessas três ciências dos ideais e propósitos humanos que o pragmatismo de Peirce se define (SANTAELLA, 2004, p. 240).

Dessa forma, quando falamos em dimensões ou planos do método pragmático, é importante, desde já, termos em mente que a identificação dessas três dimensões distintas preenche, na verdade, uma finalidade didática, visando auxiliar a compreensão dos variados processos envolvidos. Porém, na prática da experiência e nos processos de significação concretos os três planos se interpenetram e se correlacionam continuamente.

2.4.1 A dimensão lógica

O diferencial da lógica peirceana⁴⁴ é que ela se desenvolve no contexto de descoberta, sem desprestigiar o contexto de justificação. Isso porque trabalha a partir da inferência abdutiva, a formação criativa e explicativa de hipóteses. A abdução se concretiza como o primeiro passo da investigação científica.

Nesse cenário, no método pragmático se opera em vários níveis: perceptivo, interpretativo, deliberativo e científico (crença). Em todos esses níveis de pensamento ocorrem processo inferenciais, embora com gradações distintas.

Nesse contexto experiencial e reflexivo, uma das características do método é ao mesmo tempo não se contentar com premissas apriorísticas imutáveis e saber que nosso processo de conhecimento é essencialmente falho.

Dessa forma, a preocupação com o nascimento das hipóteses é elemento central para Peirce, que rejeita a tese intuicionista no sentido de que a premissa surge como “a luz da razão”, como se fosse possível uma cognição não determinada por uma cognição prévia do mesmo objeto, numa intuição primeva (SANTAELLA, 2004, p. 50).

⁴⁴ Nesse contexto, a teoria geral dos signos, denominada Semiótica, foi dividida em três planos, quais sejam a gramática especulativa, a lógica crítica e a retórica especulativa (metodêutica). Essa divisão deve ser compreendida a partir de três elementos do signo: fundamento, objeto e interpretante. Assim, a gramática especulativa está relacionada com fundamento ou caráter específico que dá ao signo o poder de funcionar com tal. A lógica crítica preocupa-se com a relação entre o signo e o objeto, e a retórica especulativa com a relação entre signo e interpretante (SANTAELLA, 2004, p. 188).

Assim, era preciso reformular essa ideia de dedução abstrata das premissas que se ligam a fatos narrados. Se a premissa não surge pela luz da razão e se não se trata de algo que nos é dado de forma objetiva, sem qualquer mediação, como explicar o conhecimento da realidade?

Para tanto, Peirce desenvolveu e aprofundou a questão da percepção, afinal podemos dizer que os elementos de todo conceito entram no pensamento lógico pela porta da percepção (PEIRCE *et al.*, 1958, CP 1.202).

2.4.1.1 O juízo de percepção como porta de entrada do conhecimento

O conhecimento inicial não surge pela luz da razão *a priori* e não se trata de algo que nos é dado de forma objetiva, sem qualquer mediação. Peirce desenvolve a ideia de julgamento perceptivo, que culmina, com a asseveração perceptiva, na formação do interpretante, que é a forma como o objeto, mediado pelo signo, se apresenta à mente. Interpretante não é o intérprete, da mesma forma que não é o que nos foi dado de forma direta. Interpretante é a consequência produzida em nosso pensamento a partir da mediação operada pelo signo em face de um problema (objeto) que nos é apresentado.

Esse interpretante se acomoda em nossa mente, a partir dos hábitos introjetados no mundo e pelo mundo. Nesse sentido, Santaella explica que a percepção é determinada pelo percepto, mas este só pode ser conhecido por meio da mediação do signo, que é o julgamento da percepção. Para que esse conhecimento se dê, o percepto deve, de algum modo, estar representado no signo. Aquilo que representa o percepto, dentro do julgamento perceptivo, é o *perceptum*, meio mental de ligação entre o que está fora e o juízo perceptivo que é fruto de uma elaboração mental (SANTAELLA, 2012, p. 95).

Embora Peirce continue desenvolvendo de forma mais profunda a questão do percepto e do juízo de percepção, para nós é suficiente notar, a partir das lições supra, que os perceptivos são formados por mecanismos que escapam totalmente ao nosso controle e domínio, como sedimentado anteriormente.

O nosso primeiro impacto com a situação problemática simplesmente acontece por sermos criaturas que percebemos, ou seja, já estamos equipados com um tipo de dinâmica mental que permite julgamentos de percepção, sem que tenhamos qualquer controle sobre ele (SANTAELLA, 2012, p. 96-97).

Assim, em regra, a primeira percepção da situação não é pautada em uma racionalidade suprema ou em uma intuição virtuosa, totalmente confiável e sem qualquer tipo de vieses ilegítimos; daí a importância de se levar a sério o antifundacionalismo e o

falibilismo. Nossa primeira percepção é fruto de algo inconsciente, delimitado por nossa estrutura prévia, por preconceitos legítimos ou ilegítimos; dotada, portanto, de alto grau de falibilidade.

É por isso que, em regra, a identificação do problema tende a procurar semelhanças com outros eventos já conhecidos, enquadrando-o em uma experiência já vivenciadas, permitindo a melhor compreensão do tema.

Mas, se não temos consciência total dessa nossa primeira percepção, sabendo disso, podemos ter consciência da fragilidade da percepção, e esse ponto é essencial para iniciarmos um raciocínio controlado e refletido do juízo de percepção.

Dessa forma, o método pragmático nos deixa alerta de que o pensamento se opera em vários níveis: perceptivo, interpretativo, deliberativo e científico (crença). Em todos esses níveis de pensamento ocorrem processos inferenciais, embora com gradações distintas.

Além disso, o estudo do processo de percepção a partir do pragmatismo de Peirce nos mostra um aspecto muito importante da realidade. A realidade não está nas coisas, mas sim naquilo que se apresenta para o conhecimento por meio da percepção; dessa forma, opera-se na lógica (peirceana), seja um enunciado moral, intelectual, técnico ou demonstrativo. Explicando melhor, a lógica peirceana, sendo triádica, envolvendo objeto (o que é posto para ser conhecido, ou seja, os enunciados da petição inicial, sejam eles morais ou demonstrativos), signo (a forma como os enunciados nos apresentam) e interpretante (como compreendemos o signo em nossa mente), supera o dualismo sujeito-objeto. Tal atividade de dar e receber razões (objetos que operam por signos e geram interpretantes) concretiza-se por meio de discursos exigindo do sujeito um autocontrole para deliberar sobre o interpretante, produzido em um processo permeado pelo falibilismo.

Assim, inviável pensar em uma realidade dada que se contrapõe ao sujeito e que é verificada a partir de critérios de verdade por correspondência, seja o enunciado moral ou meramente físico.

Podemos concluir que compreender a percepção a partir do método pragmático é essencial para um processo de tomada de decisão que parta da compreensão do problema que é apresentado.

2.4.1.2 *As inferências dedutivas, indutivas e abdutivas*

Compreender o processo lógico de produção da crença, desde a percepção, passando pela geração e seleção de hipóteses explicativas até o momento de solução do problema ou

significação do conceito, é essencial para correlacioná-lo com o estudo do processo racional de tomada de decisão no direito.

Para tanto, é evidente que todo o processo de pensar se dá a partir de premissas, que, no caso, como já analisado anteriormente, tais premissas ingressam pelo juízo da percepção.

Mas, embora a percepção seja o processo de entrada do conhecimento, ela se desenvolve racionalmente, por meio de uma série de inferências.

Nesse contexto, a abdução compõe todo o processo de significação e tomada de decisão, sem excluir, contudo, as inferências indutivas e dedutivas. Com a abdução, ao lado das inferências já tradicionais, aprimora-se o método pragmatista. Isso porque a abdução se desenvolverá no contexto de descoberta, ao gerar e recomendar uma hipótese explanatória, capaz de ser testada experimentalmente. Em um segundo momento, didaticamente diferenciado, o investigador deduzirá predições experimentais, esperando que elas, após testadas indutivamente, se confirmem.

Segundo Peirce,

A abdução é o processo de formação de uma hipótese explanatória. É a única operação lógica que apresenta uma ideia nova, pois a indução nada faz além de determinar um valor, e a dedução meramente desenvolve as consequências necessárias de uma hipótese pura (PEIRCE, 2015, p. 220).

Nesse sentido, a abdução é uma inferência na qual o sujeito, de forma racional e com base em sua experiência, sugere que alguma coisa pode ser. Nesse sentido, é na abdução que nos deparamos com a geração e seleção de uma hipótese explicativa.

Em situações de perplexidade, somos capazes de imaginar uma explicação que torna a situação compreensível. Peirce trabalha com essa habilidade criadora em termos de instinto natural e não considera que ela possa ser reduzida a fórmulas estritas ou regras de procedimento, muito embora essa habilidade faça parte de uma lógica específica, ao mesmo tempo instintiva e lógica (SANTAELLA; VIEIRA, 2008, p. 118).

Esse ponto é imprescindível no pragmatismo de Peirce. Quando observamos um fato surpreendente, ou ao menos inesperado, uma dúvida genuína surge. Várias hipóteses podem surgir em nossa mente de acordo com nossa experiência acerca de fatos similares para explicar a surpresa.

Assim, embora os momentos do *insight* e da geração de hipóteses sejam instantâneos, estão interligados com nossos hábitos. Além disso, o processo de construção e seleção das hipóteses geradas é consciente, deliberado e controlado, estando aberto à reflexão (SANTAELLA; VIEIRA, 2008, p. 120).

Ultrapassado o momento inicial de geração de hipóteses, que está intimamente ligado às nossas experiências, àquilo que faz parte de nosso pensamento, de nossa rotina, passamos para o momento de seleção de hipóteses. Se existem várias hipóteses igualmente capazes de explicar um fato surpreendente, a ética e estética serão essenciais nesse processo de deliberação.

A abdução, portanto, opera essencialmente no contexto de descoberta inferindo dos efeitos à causa.

Porém, não podemos pensar que o método de investigação científico se resume à abdução. Isso porque, conforme Peirce acentua,

A retrodução (abdução) não fornece segurança. A hipótese deve ser testada. Este teste, para ser logicamente válido, deve começar honestamente, não como a retrodução começa, com a análise do fenômeno, mas com o exame da hipótese e a soma de todas as espécies de consequências experimentais condicionais que se seguiram à sua verdade. Este constitui o Segundo Estágio da Investigação. Para sua forma característica de raciocínio, nossa linguagem foi, há dois séculos, suprida com o nome Dedução (PEIRCE, 1958, CP 6.470 *apud* SANTAELLA, 2004, p. 158).

Assim, a dedução passa a ser o segundo passo no método de investigação, caracterizada pelo desenrolar de consequências experimentais a partir das hipóteses explanatórias. Saliente-se que o primeiro grande diferencial no momento dedutivo de Peirce é que a dedução não pode ser tida como uma inferência infalível. O segundo diferencial é que toda dedução envolve a observação de um diagrama.

Nesse sentido, Peirce esclarece:

Todo raciocínio necessário, sem exceção, é diagramático. Isto é, construímos um ícone de nosso estado de coisas hipotético e passamos a observá-lo. Essa observação leva-nos a suspeitar que algo é verdadeiro, algo que podemos ou não ser capazes de formular com precisão, e passamos a indagar se é ou não verdadeiro. Para realizar-se este objetivo é necessário formar um plano de investigação e esta é a parte mais difícil de toda a operação. Não apenas temos de selecionar os traços do diagrama ao qual será pertinente prestar atenção, como também e da maior importância voltar mais de uma vez a certos traços. Caso contrário, embora nossas conclusões possam estar corretas, não serão as conclusões particulares que estamos visando. A habilidade maior, porém, consiste na introdução de abstrações adequadas (PEIRCE, 2015, p. 216).

Note-se, portanto, que a dedução de Peirce é bem mais complexa do que o silogismo aristotélico. Trata-se de um raciocínio totalmente conectado com a etapa anterior da abdução, na qual geramos e selecionamos hipóteses. Essas hipóteses geradas (que também não deixam de ser signos) são abstraídas como ícones (por similaridade) e passam a ser desenvolvidas na busca de suas possíveis consequências. Mas isso não é feito de forma intuitiva, ou cegamente.

Essa análise é feita por meio de um pensamento diagramático, ou seja, realiza-se uma representação virtual e estruturada de consequências possíveis diante da hipótese gerada e selecionada.

Nesse sentido, esclarece Cassino Terra Rodrigues:

Na pesquisa científica, a função da dedução é estabelecer a necessidade das conclusões previstas pela hipótese abdutiva (ou mostrar que não existe necessidade alguma). A dedução diz: de uma sugestão abdutiva, podemos tirar certas conclusões e não outras. Contudo, em aplicações sempre há margem para erros: se as conclusões que tiramos se assemelham ao que fora afirmado nas premissas, então a dedução é válida, mas nada impede raciocinarmos erroneamente. É sua aplicação à experiência, ou à experiência possível, que abre a porta à probabilidade, deixando para fora a certeza e a necessidade absolutas *in toto*. Portanto, quando raciocinamos dedutivamente, o erro é apenas teoricamente impossível (RODRIGUES, 2017, p. 13).

Lembramos que as hipóteses são geradas e selecionadas a partir de deliberação e propósito racionais, sendo a lógica a ciência dos meios para agir razoavelmente, acrescentando ser papel da ética ajudar e guiar a lógica pela análise dos fins aos quais esses meios devem ser dirigidos, sem deixar de lado a estética, que determina o ideal último, o bem supremo para o qual a nossa sensibilidade nos dirige, o qual, para Peirce, seria a razoabilidade concreta, entendida como o crescimento da razão criativa corporificada no mundo.

Por fim, temos ainda a inferência indutiva, na qual o investigador se certifica acerca de quão longe as consequências estão de acordo com a experiência e julga se a hipótese está correta ou se deve ser afastada.

A indução, nesse contexto, confirmará ou falsificará a hipótese. Mas essa confirmação na experiência funciona novamente a partir de juízos perceptivos, pois são tais juízos que nos colocam em contato com o mundo.

Segundo Santaella, o estágio indutivo possui três fases: a) a classificação, em que ideias gerais são atadas a objetos de experiência; b) a comprovação, em que essas ideias são testadas considerando-se as consequências experimentais; c) a fase sentencial, quando o investigador avalia as diferentes comprovações isoladamente, então suas combinações, fazendo, a seguir, uma autoavaliação dessas avaliações e passando, por fim, ao julgamento final dos resultados totais (PEIRCE, 1958, CP 6.468-73 *apud* SANTAELLA, 2004, p. 158).

Note-se que fica evidente que, embora Peirce concentre a questão do pensamento diagramático quando da análise da dedução, a construção de diagramas ocorre em todos os estágios do raciocínio. A partir da asserção perceptiva com a formação do interpretante, inicia-se uma contínua representação estruturada e simplificada de uma determinada hipótese (geração e seleção), para, em sequência, representar suas consequências experienciais. Por

fim, mesmo no teste indutivo, a percepção e compreensão da validade das hipóteses (ou sua falsidade) dependem do conhecimento experiencial em que estamos inseridos e que fora produzido pelos hábitos introjetados no mundo.

2.4.2 A dimensão ética

A lógica como o estudo do raciocínio correto é a ciência dos meios para se agir razoavelmente. A ética ajuda e guia a lógica por meio da análise dos fins aos quais esses meios devem ser dirigidos. Nesse contexto, a ética propõe quais propósitos devemos razoavelmente escolher em várias circunstâncias, enquanto a lógica propõe os meios disponíveis para perseguir esses fins (SANTAELLA, 2016, p. 248-249). Assim, o problema fundamental da ética é saber quais ideais guiam nossas condutas e não o que é certo ou errado fazer. O foco é sobre o que estou deliberadamente preparado para aceitar como afirmação daquilo que quero alcançar (SANTAELLA, 2016, p. 248).

Na lógica, vimos que há um momento inicial de geração de hipóteses, que está intimamente ligado às nossas experiências, àquilo que faz parte de nosso pensamento, de nossa rotina. Em seguida, após geradas, passamos para o momento de seleção de hipóteses. Se existem várias hipóteses igualmente capazes de explicar um fato surpreendente, é preciso que existam guias para permitir que esse processo de escolha vise a um propósito deliberado.

É nesse contexto que a ética propõe quais propósitos devemos razoavelmente escolher em determinadas circunstâncias, sendo guiada pela estética, que define qual é a natureza de um fim em si mesmo que seja desejável e admirável em qualquer circunstância (SANTAELLA; VIEIRA, 2008, p. 120-121).⁴⁵

A ética (ao lado da estética) densifica substancialmente o processo de significação e de tomada de decisão operacionalizado pelo método pragmático.

O raciocínio correto leva em conta todo o manancial fático, constitucional, legislativo e jurisprudencial para a definição do significado. Porém, a definição formal do significado muitas vezes não é suficiente, além do que não se concretiza um significado sem fins ou

⁴⁵ Sobre esses princípios, em síntese, com base nas lições de Santaella e Vieira, podemos dizer que o primeiro princípio é admitir a hipótese que parece mais simples à mente humana, em termos de facilidade de compreensão pela mente, de aptidão, de razoabilidade, de bom senso. No mais, a simplicidade se relacionaria àquelas hipóteses cujas consequências são mais prontamente deduzidas e comparadas com a observação, de modo que, se ela estiver errada, eliminá-la não seria dispendioso (SANTAELLA; VIEIRA, 2008, p. 121). No que tange ao segundo princípio, a hipótese a ser selecionada deve apresentar meios de ser testada. Nesse ponto, a questão do dispêndio gerado pelo teste da hipótese torna-se importante. Se uma hipótese razoável pode ser testada sem muito dispêndio de energia, tempo e pensamento, tal hipótese deve ser preferida (SANTAELLA; VIEIRA, 2008, p. 121).

propósitos. Assim, toda significação leva em conta fatos, constituição, lei e jurisprudência, porém não ignora propósitos ou fins.

Esses propósitos ou fins são avaliados pela ética. Correlaciona-se os fins e os propósitos do sujeito na deliberação da construção normativa com os fins e propósitos que a experiência prática densificou a partir dos enunciados constitucionais e legais, em uma contínua exigência de reflexão.

A partir desse de balanço de fins e propósitos, delimitado pelo método pragmático, é possível compreender funcionalmente o que denominamos de princípios e sua importância para o processo de significação, os princípios que representam o propósito e os fins de todo um sistema jurídico. Eles são a estrutura de toda construção normativa que sustentam a própria enunciação de regras fechadas.

Por isso em nosso modelo pragmático, muito mais útil e efetivo que diferenciar regras de princípios em um contexto de constitucionalismo de efetividade, é afirmar que os princípios e regras interessam muito mais na construção do processo significativo, gerador da norma, reforçando a normatividade e a efetividade da tutela dos direitos.

2.4.3 A dimensão estética

A estética está na base da ética assim como a ética está na base da lógica (SANTAELLA, 2015, p. 2). É da estética que vem a determinação da direção para onde o empenho ético deve se dirigir, daquilo que deve ser buscado como ideal mais elevado (SANTAELLA, 2016, p. 249).

Ainda Santaella explica que

O ideal que Peirce tinha em mente é o fim último em direção ao qual o esforço humano deve se dirigir. Trata-se do ideal mais supremo para o qual o nosso desejo, vontade e sentimento deveriam estar voltados. O ideal dos ideais, o *summum bonum*, que não precisa de nenhuma justificativa e explicação. A questão da estética, portanto, é determinar o que pode preencher esse requisito de ser admirável, desejável, em e por si mesmo, sem qualquer razão ulterior (SANTAELLA, 2016, p. 249).

A estética é essencial no processo de tomada de decisão. Como prevaleceu por muito tempo no inconsciente dos operadores do direito no contexto da família da *civil law*, o fundamento de legitimidade de uma decisão pautava-se no fato de ter sido proferida por uma autoridade competente e ter fundamento em lei derivada formalmente da Constituição.

A ideia de legitimidade voltava-se nitidamente para o passado, como se o direito fosse uma ciência pronta e fechada para novas circunstâncias, sendo a lei responsável pela resposta prévia para todos os problemas sociais.

A estética de Peirce em total conexão com as características analisadas anteriormente, é um fator de legitimação que mira o futuro, o aperfeiçoamento e a verdade. O método em suas dimensões deve ser usado continuamente pelos cientistas em virtude da necessidade constante do aperfeiçoamento do significado, que caminha para um consenso, algo admirável e desejável por si mesmo.

O processo de significação e tomada de decisão não está voltado para atender os desejos de um indivíduo em particular, mas sim atender os propósitos humanos coletivos. Disso sem dúvida, é preciso que o ideal seja evolutivo, estando seu significado pleno apenas num futuro distante sempre concretamente adiado (SANTAELLA, 2016, p. 252).

Essa característica do método pragmático é imprescindível no desenvolvimento prático e contínuo do Constitucionalismo da Efetividade. Os direitos que estão previstos na constituição não são fixos e pré-definidos em seu conteúdo. Pelo contrário, eles se expandem ao longo do percurso humano. Assim, a Constituição é como um organismo vivo que alcança novos valores sociais em contínua ressignificação, sempre pautada nos valores da dignidade, igualdade e cidadania.⁴⁶

Assim, voltando para a estética em si, para que o ideal seja preenchido e para haver o crescimento de sua potencialidade, sua corporificação deve se dar não apenas por meio de símbolos, mas também de ações, hábitos e mudanças de hábitos (SANTAELLA, 2016, p. 252).

Para Peirce, o *summum bonum* estético sem dúvida é o crescimento da razoabilidade concreta.

Não se trata aqui, e isso é fundamental, da razoabilidade conhecida nos termos jurídicos. É mais intensa que ela, pois não é uma razoabilidade abstrata, conceitual, muito menos estática e definida em seu conteúdo, mas sim uma razoabilidade em contínua evolução e aprimoramento, a respeito da qual todos os partícipes da comunidade de trabalho somos responsáveis pela sua realização, a partir de nossos feitos, nossas concretizações em nossa experiência.

⁴⁶ Trata-se de uma compreensão muito semelhante à desenvolvida por Wilfrid J. Waluchow, que analisa o controle de Constitucionalidade pelos juízes a partir da metáfora denominada de *Árvore viva*. Parte de uma decisão da Corte Canadense conhecida como “das personas cases”, na qual a metáfora “árvore viva” da Constituição foi utilizada para indicar uma noção de constituição viva, no sentido de que, embora existam pré-compromissos morais, eles seriam flexíveis (WALUCHOW, 2009).

Nos dizeres de Santaella, é por meio de nossos atos, feitos e pensamentos encarnados que a razoabilidade vai se concretizando, rumo a um final em aberto cujo destino não podemos saber de antemão.⁴⁷

Além disso, de fundamental importância é o processo por meio do qual esse *summum bonum* é produzido.

Diz Peirce:

Aqui estamos nesse mundo de rotina, pequenas criaturas, meras células num organismo social, ele próprio uma pobre coisa pequena, e devemos nos esforçar para ver que pequena e definitiva tarefa as circunstâncias colocaram diante de nossa pouca força para que a executemos (PEIRCE, 1992, p. 121, tradução nossa).

É na prática que se verifica efetivamente o falibilismo e a finitude humana, pois isoladamente o indivíduo é um agente ineficiente, afinal a ação correta envolve esforço individual em conjunto com os esforços da comunidade de trabalho: “o progresso vem de todo indivíduo que funda a sua individualidade na sintonia com os seus próximos” (PEIRCE, 1983, CP 6.294).

Nossa parte *do summum bonum* é expressa na interpretação de Peirce da Lei de Ouro: “Sacrifique sua própria perfeição pelo aperfeiçoamento de seu próximo” (PEIRCE, 1983, CP 6.288).

Trazendo essas lições para o processo, o pragmatismo jurídico baseado na filosofia Peirceana, se levado à sério, imporá o imperativo categórico peirciano nas palavras de Kelly A. Parker assim formulado:

Os propósitos que alguém busca devem, sobretudo, contribuir, a longo prazo, para a intensificação da ordem, harmonia e encadeamento lógico dentro da sua própria comunidade e mundo de experiência. Qualquer ação que negligencie esse imperativo é, em última instância, perniciosa (PARKER, 2003, p. 34, tradução nossa).

Parafrazeando Kelly Parker, os propósitos que um juiz busca devem, sobretudo, contribuir, a longo prazo, para a concretização da ordem constitucional, de forma harmônica e coerente dentro da própria experiência prática jurídica, reconhecendo sua finitude e falibilismo. Qualquer ação que negligencie esse imperativo é, em última instância, perniciosa.

⁴⁷ Não há nenhuma garantia de que o ideal possa ser atingido. A única regra da ética é aderir a esse ideal e ter esperança de que ele poderá se aproximar, pouco a pouco e no longo curso do tempo. Uma vez que a conduta deliberada é guiada pelo ideal estético, os pensamentos devem ser avaliados em termos de sua contribuição para o crescimento da razoabilidade no mundo (SANTAELLA, 2016, p. 252).

E tudo isso poderá ser questionado e criticado pelo constrangimento gerado pelos demais partícipes, seja pelas ações do juiz no feito, seja pelas justificações do conteúdo de suas decisões. O juiz não é um ser isolado, e seus sentimentos e emoções egoísticos que muitas vezes podem dominar seu ato de decidir são perceptíveis a partir de suas ações no processo. Por isso, o processo dinâmico de tomada de decisão, levado à sério em seus contextos de descoberta e justificação, que se correlacionam dinamicamente, deve ser compreendido em seu longo percurso, e não somente no ato de se prolatar uma sentença.

2.5 PROPÓSITOS

O método pragmático se propõe a alavancar fins dentro do contexto do processo de tomada de decisão em um constitucionalismo da efetividade. Nesse sentido, levando a sério a ideia de que o método deve alcançar efeitos práticos, sob pena de não ter qualquer diferença de qualidade dos demais, sem dúvida, podemos afirmar que o método pragmático visa: proporcionar a produção de uma crença, prestigiar a verdade em tal processo de formação, ser funcional em um contexto de pluralidade de escolas de pensamento e que o produto final seja dotado de legitimidade.

Passemos à análise de cada um desses propósitos.

2.5.1 A Formação da Crença

Conforme traçado no tópico anterior, fundamental no próximo capítulo quando tratamos da cognição e decisão, a percepção é a porta de entrada do conhecimento, porém a reflexão de tal percepção é imprescindível para o desenvolvimento da racionalidade. A correlação entre esses dois momentos é constante e permanente.

O sistema de conhecimento não deliberado, automático ou meramente perceptivo é rápido e opera a partir de nossas crenças, que formam padrões de decisões que geralmente atuam por similaridade, permitindo que, quase como um instinto, a resposta sobre uma determinada questão surja imediatamente em nossa consciência.

Porém, esse processo só é possível porque fomos acumulando, ao longo do tempo, um conjunto de crenças que formam nosso *background* de conhecimento.

Exatamente por isso, o método que desenvolvemos a partir dos aportes teóricos de Peirce propõem-se a ser fundamental na consolidação da crença.

No pragmatismo peirciano, os métodos da tenacidade (o sujeito se apega sem titubear a uma determinada crença, afastando-se sistematicamente de tudo aquilo que o pode fazer

mudar de opinião)⁴⁸, o da autoridade (o Estado ou a Igreja impõem o significado dos conceitos)⁴⁹ ou *o a priori* (utilizando-se de conceitos preestabelecidos) não são suficientes para o desenvolvimento da ciência. O método pragmático com todas suas características e dimensões (que se correlacionam continuamente) é o mais adequado para que, de forma contínua, se aprimore a verdade ou o significado dos conceitos intelectuais.

Registre-se que, no contexto de desenvolvimento de nosso sistema jurídico, a grande dificuldade de se realizar na prática um constitucionalismo de efetividade, que garanta a tutela dos direitos, é exatamente pelo fato de que nossos juristas, embora com conhecimento teórico desse novo modelo, ainda estão enraizados em um método *a priori*. Isso porque é muito mais fácil e seguro (mito da segurança) conviver em um modelo que garanta um sistema prévio e abstrato que forneça de antemão todas as respostas para os problemas práticos.

Como podemos observar, no método pragmático (método científico) a crença se produz no percurso do discurso controlado, deliberado em uma comunidade de investigadores, na qual todos estão abertos para o conhecimento. A racionalidade sempre limitada, pois o falibilismo é uma de suas características, vai se consolidando com a aplicação contínua da investigação, continuísmo esse que permite a autocorreção das crenças geradas.

Em tal método de fixação de crença, a percepção pode gerar um juízo preliminar que, durante o raciocínio controlado e deliberado, se mostre contraditório ou incoerente com o problema colocado, afinal o teste dos efeitos práticos demonstrou tal incorreção. Nesse raciocínio (investigação) o agente decisor está apto a abdicar e abandonar aquelas primeiras impressões, porque tem consciência de que as premissas não são imutáveis.

A crença se forma e a decisão é tomada ao final, com muito mais reflexão e sempre, em qualquer situação, apoiada na ideia de que, por mais racional que seja tal construção, tal racionalidade é limitada pelo falibilismo e pelo contexto em que se produziu. Nesse método, o decisor não tem doutrinas ou paradigmas de estimação, pois seu compromisso é com uma

⁴⁸ O primeiro modelo de fixação de crença é denominado de modelo da tenacidade. Trata-se de um modelo egoístico e puramente solipsista de fixação da crença. Em tal método, o homem aceita somente a sua verdade e não deixa ser influenciado por terceiros. Sua compreensão é antecedente e não há nada o que faça mudar de opinião. É como um avestruz que, para salvar-se do perigo, coloca a cabeça no buraco que ele mesmo construiu e só ele tem acesso, sentindo-se protegido contra terceiros. Poderíamos dizer que é o método do desconfiado, aquele que acredita que sempre querem tapeá-lo, não está disposto ao debate ou nele ingressa somente como uma forma de dar aparência de opinião construída democraticamente.

⁴⁹ O segundo método é o da autoridade. Nesse caso, o homem se sujeita à vontade do Estado, em vez de à sua própria. O Estado como instituição tem por finalidade manter perante o povo certas doutrinas compreendidas como corretas e adequadas, perpetuando-se no tempo, ensinando-se aos jovens e consolidando-se aos maduros, impedindo que pensamentos e doutrinas contrárias sejam disseminadas e ensinadas na sociedade. No fim, o indivíduo é mantido na ignorância para evitar o surgimento de opiniões discrepantes e a própria contestação do Estado. Aqui, o avestruz coloca a cabeça em um “buraco oficial” e ali está protegido e escondido de tudo que lhe cerca.

decisão adequada para a resolução do problema, e não com a disseminação de uma determinada corrente doutrinária.

2.5.2 A verdade

No método pragmático, a verdade tem um valor fundamental. Em curtas palavras, o método pragmático se propõe a praticar a verdade, com honestidade intelectual, rigor ético sabendo de todas as complexidades e dificuldades do processo de significação e decisão.

Peirce afirma que

[...] todos os seguidores da ciência encontram-se plenamente persuadidos de que os processos de investigação, se levados suficientemente longe, fornecerão certa solução para cada uma das questões às quais esses métodos se aplicam [...] diferentes intelectos podem partir dos mais antagônicos pontos de vistas, mas o progresso da investigação os levará, por meio de uma força exterior a eles, a uma mesma conclusão. Essa atividade do pensamento pela qual somos levados, não aonde desejamos, mas a uma meta preordenada, é parecida com a operação do destino. Nenhuma modificação do ponto de vista tomado, nenhuma seleção de outros fatos para estudo, nenhuma implicação natural da mente podem capacitar um homem a escapar da opinião predestinada (PEIRCE, 1983, p. 84).

E arremata:

Esta grande esperança incorpora-se na concepção de verdade e realidade. A opinião destinada a ser o consenso final é aquilo que queremos dizer pela palavra verdade; e o objeto representado nessa opinião é o real. Esta é a maneira pela qual eu explicaria a realidade (PEIRCE, 1983, p. 84).

Nesse contexto, uma leitura isolada indicaria que a verdade proposta pelo método seria sinônimo de consenso. Porém, não é essa a conclusão que alcançamos.

O que é fundamental para entendermos a verdade almejada e proposta pelo presente método é que ela se desenvolve em um contexto funcional, no qual a sua operacionalidade se produz na prática e não separada da ideia de *processo significativo*, muito menos do conceito de *realidade*.

Quando Peirce diz que a verdade é o fim último da investigação, devemos entender que o pragmatismo se preocupa em praticar a verdade. Ou seja, alcançar a essência de algo independente da minha ou da sua opinião.

A ideia de *fim último* apresenta-se, portanto, como uma ideia regulatória, no sentido de esforço de todos aqueles que participam de uma determinada comunidade de trabalho.

Além disso, é muito importante perceber que, quando falamos da cooperatividade, ou seja, na comunidade de investigadores na produção do “consenso” da verdade, tal afirmativa é no sentido de que a racionalidade prática da verdade não é uma questão subjetiva-privada do

indivíduo, mas sim uma tarefa pública, intersubjetiva (DA COSTA, 2002, p. 361), o que se mostra compatível com o modelo de tutela de direitos em um constitucionalismo da efetividade.

E mais, o método em questão conecta a verdade com a própria realidade, no sentido de que o estabelecimento da verdade como fim último da investigação também produz um estado de crença, cessando a dúvida e permitindo a consolidação de um hábito que nos permite decidir e agir.

Nesse sentido, a compreensão da verdade pragmática demanda sua correlação com conhecimento perceptivo, raciocínio reflexivo e compreensão da realidade.

A verdade é compreendida como o propósito lógico de qualquer método de investigação (raciocínio) que produz conhecimento. A realidade, por outro lado, não pode ser limitada ao que existe fisicamente, pois estaríamos ignorando o propósito a partir do qual pensamos na realidade. Pensamos que algo é real, pois queremos conhecê-lo. O propósito de existir uma realidade é que, de alguma forma, pretendemos conhecê-la. Assim, sejam conceitos físicos ou conceitos intelectuais, ambos vivem em uma realidade que quer e precisa ser conhecida.

Tal conhecimento não se dá pelos sentidos ou sentimentos, mas sim pela percepção, pois realidade é a insistência de algo forçado contra a consciência para sua cognição.

Em outras palavras, desloca-se a ideia de conhecimento da realidade para a realidade do conhecimento. Antes de nos preocuparmos se o conhecimento da verdade se pauta em sentimentos de coisas que nos aparecem aos olhos ou a qualquer outro sentido, preocupamo-nos como percebemos algo.

Nesse ponto, seja um fato empírico ou um juízo moral, todos ingressam em nossa percepção da mesma forma, como vimos anteriormente, mediados por um signo. É novamente a partir de conjecturas que vamos, pela lógica, buscar a verdade do significado, sem ignorar nossos fins e propósitos.

A verdade deixa de ser uma entidade metafísica e passa a ter funcionalidade no processo de significação, seja de juízos fáticos ou morais. Supera-se a dualidade sujeito-objeto, pois o conhecimento passa a ser mediado pelo signo, a partir do qual forma-se o interpretante, em face do qual deliberamos. Fato e valor são conectados no processo perceptivo, não havendo que se falar em separação.

Portanto, poderíamos dizer que, a partir do fim último da verdade, sua correlação com a realidade e a crença a partir das características e dimensões do método se dá da seguinte forma:

a) A realidade não está nas coisas, mas sim naquilo que se apresenta para o conhecimento por meio da percepção e, dessa forma, se opera na lógica. A lógica, sendo triádica, envolvendo objeto, signo e interpretante, supera o dualismo sujeito-objeto e passa a exigir do sujeito um autocontrole para deliberar sobre o interpretante, produzido em um processo permeado pelo falibilismo. Assim, inviável pensar em uma realidade dada que se contraponha ao sujeito e que é verificada a partir de critérios de verdade por correspondência.

b) Percebido o fenômeno, inicia-se o processo de raciocínio reflexivo. Todo esse processo se perfaz pelo método de investigação, inserido na experiência de um sujeito engajado (com fins e sentimentos) e em um contexto de descoberta de significado, superando a ideia de que a dimensão linguística de significação se opera exclusivamente no plano semântico, pois é dependente do sujeito que a utiliza e do contexto em que é utilizada.

b.1) Nesse momento, há um fluxo de percepções muito diferente de tudo que posso descrever ou pensar (PEIRCE *et al.*, CP 2.141). Os fatos perceptivos (raciocínio perceptivo) são um relato muito imperfeito das percepções. Mas é a partir dessas percepções que podemos deliberar, e não como representativas de qualquer realidade subjacente além delas mesmas.

b.2. Os dados dos quais a inferência se inicia e dos quais todo raciocínio depende são os fatos perceptuais, que são o registro falível das percepções do intelecto, ou “evidência dos sentidos” (PEIRCE *et al.*, CP 2.143).

b.3) O método de investigação (lógica) é uma verdadeira fonte de conhecimento da verdade. O raciocínio é uma coisa muito diferente da percepção, ou mesmo dos fatos perceptivos, pois é essencialmente um ato voluntário, sobre o qual exercemos controle (PEIRCE *et al.*, CP 2.144).

c) Nesse processo temos a convergência do pensamento, ação e sentimento. Lógica, ética e estética se conectam necessariamente no entendimento peirciano. Assim, o método de investigação (visto em capítulo próprio), na dimensão pragmática, prestigia o controle racional de nossos propósitos, afinal o uso da linguagem envolve ação, que por si mesma relaciona-se a motivos.

c.1) Nesse contexto, o processo de investigação não permite julgamentos *a priori* em sua própria avaliação, sem crítica ou credenciais. Verdades absolutas barram o portão da investigação (PEIRCE *et al.*, CP 1.144).

c.2) Há três coisas que nunca podemos esperar atingir pelo raciocínio, a saber, certeza absoluta, exatidão absoluta, universalidade absoluta. Não podemos estar absolutamente certos de que nossas conclusões sejam mesmo aproximadamente verdadeiras. Porém, se não as

alcançamos por raciocínio, certamente não há outra forma de alcançá-las (PEIRCE *et al.*, CP 1.141).

c.3) Isso se dá porque todo o processo de deliberação, por mais crítico e reflexivo que seja, envolve o falibilismo.

d) Bloquear o caminho da verdade implica ser seletivo na busca de evidências, descomprometido de propósitos que não os meramente egoísticos, tendencioso em prestigiar a satisfação individual, parcial em justificar seus próprios interesses e desonesto em tornar coerente o que é deliberadamente incompleto.

d.1) O efeito de tudo isso é que os homens passam a considerar o raciocínio como decorativo ou, no máximo, como uma ajuda secundária em questões menores – uma visão não totalmente injusta; se houver dúvidas de conduta, são as únicas a nos interessar (PEIRCE *et al.*, CP 1.58).

e) A decisão deliberada é o resultado da reflexão feita a partir de um juízo perceptivo no qual os significados são colocados à prova e passíveis de erro. Tal erro de significação deve ser aceito e novas deliberações realizadas. A proposição final deve ser abraçada ou acreditada sem reservas. É a nossa crença que se afasta da dúvida. É a verdade de um significado o fim último da investigação.

e.1) O espírito científico exige que o homem esteja sempre pronto para se desfazer de toda a sua carroça de crenças, no momento em que a experiência está contra ela (PEIRCE *et al.*, CP 1.44).⁵⁰

Toda essa sistematização indica que a verdade, para o método pragmático, é a diretriz e fundamento do raciocínio que inicia-se com a percepção, por onde ingressa o conhecimento, até ação deliberada, momento no qual enunciaremos nossa crença.

⁵⁰ Se quisermos definir a ciência, não no sentido de colocá-la em um ponto artificial onde ela pode ser encontrada novamente por alguma marca insignificante, mas no sentido de caracterizá-la como uma entidade histórica viva, devemos concebê-la como aquilo com que homens como os que descrevi se ocupam. **Como tal, não consiste tanto em saber, nem mesmo em “conhecimento organizado”, mas em diligente investigação da verdade pela verdade, sem qualquer tipo de machado para moer, nem pelo prazer de contemplá-la, mas de um impulso de penetrar na razão das coisas. É nesse sentido que este livro é intitulado História da Ciência.** A ciência e a filosofia parecem ter mudado em seus berços. Pois não é saber, mas o amor pelo aprendizado, que caracteriza o homem científico; enquanto o “filósofo” é um homem com um sistema que ele pensa incorpora tudo o que vale a pena conhecer. Se um homem se empenha em aprender e se põe a comparar suas ideias com resultados experimentais para poder corrigi-las, todo cientista o reconhecerá como um irmão, por menor que seja seu conhecimento (PEIRCE *et al.*, CP 1.45, grifos nossos). Mas, se um homem se ocupa em investigar a verdade de alguma questão para algum propósito posterior, como ganhar dinheiro, ou emendar sua vida, ou para beneficiar seus companheiros, ele pode ser muito melhor do que um homem científico, se quiser – discutir isso fora da questão –, mas ele não é um homem científico.

Há, portanto, um deslocamento da questão da verdade, que passa a ser uma exigência prática na busca de nossas deliberações essenciais para a formação de uma crença.

2.5.3 Funcionalidade

O método pragmático se propõe a ser funcional. Isso significa que seus efeitos práticos devem ser úteis no desenvolvimento da tutela de direitos no constitucionalismo de efetividade.

De tudo que foi dito, podemos listar os seguintes pontos como fundamentais no contexto de utilidade para o novo paradigma de direito:

a) O seu antifundacionalismo, se levado a sério, exigirá uma postura reflexiva dos juristas que ainda encontram-se na raiz do formalismo positivista que tanto brotou com força nos sistemas da *civil law*. Essa postura reflexiva é fundamental para que a burocracia não vença a efetividade ou que os conceitos de prateleiras não predominem sobre a efetivação dos direitos.

b) O contextualismo, também levado a sério, permitirá uma maior atenção dos agentes decisório quanto aos panos de fundo e a seletividade do conhecimento, atentando-se para as heurísticas e decisões enviesadas. Além disso, seu desenvolvimento permitirá a consciência de que o dualismo teoria e prática já foi abandonado na experiência há muito tempo.

c) O consequencialismo de significação, no contexto de descoberta, uma vez praticado, permitirá que a comunidade de trabalho leve a sério os efeitos práticos possivelmente produzidos na tomada de decisão e se tais efeitos condizem com as diretrizes constitucionais e legais.

d) A Cooperação, sem dúvida alguma, é essencial para o aperfeiçoamento da racionalidade dialógica que, pela intersubjetividade, substitui o objetivismo puro e o subjetivismo decisório.

e) A lógica, a ética e a estética impõem que na consecução de um processo decisório, a justificação razoável de uma decisão não é suficiente para sua legitimidade. A lógica aperfeiçoa o estudo do raciocínio correto fornecendo meios para se agir razoavelmente, mas sem ignorar que a ética nos guia nessa empreitada, por meio da análise dos fins aos quais esses meios devem ser dirigidos. Por fim, a estética guia a ética ao definir como bem admirável a ser continuamente perseguido por nossas condutas e comportamento, a razoabilidade concreta.

f) O método pragmático é compatível com várias outras escolas da filosofia, que muitas vezes são fundamentais para o desenvolvimento de temas correlatos ou mesmo em

complemento ao presente método. Isso porque, mais do que propriamente um modelo alternativo de proceder, é uma postura essencial para resolver problemas. Assim, é possível pensar, por exemplo, em uma importante correlação com as teorias da argumentação jurídica, evidentemente quando a dimensão é o contexto de justificação.

2.5.4 Legitimidade

O método pragmático, no paradigma constitucional apresentado, no qual a força normativa da constituição impõe a efetivação de direitos constitucionalmente assegurados, além da eficácia expansiva de suas normas, propõe-se a ser dotado de legitimidade.

Quando falamos em legitimidade em um proceder, pensamos que o método, para alcançar tal propósito, deve garantir: a participação ampla na construção do significado ou no processo de tomada de decisão, que tal participação seja sincera e honesta, que produza resultados efetivos e em contextos variados, que prestigie a verdade como valor relevante nos moldes acima explanados e que tal proceder seja contínuo, respeitando a evolução natural dos termos da constituição, conforme os valores sociais passem por um processo de mutação.

Como salienta Flavianne Fernanda Nóbrega,

Tenha-se, ainda, que a falibilidade assumida por Peirce implica que, se fosse falar de racionalidade do método pragmático, esta não dependeria da certeza de suas conclusões, pois ela não as tem: mas, diversamente, de seu caráter corretivo e a pretensão de convergência a partir de uma comunidade aberta de cientista. É exatamente essa a chave do Pragmatismo de Peirce – a da aplicação contínua da investigação, através da abdução, a partir do qual seria possível detectar e corrigir os erros e possivelmente se aproximar da verdade (NÓBREGA, 2013, p. 133-134).

A legitimidade do método não pode se correlacionar com um sistema anteriormente determinado. A surpresa e a reação, a dúvida sincera e concreta que motiva uma solução, a percepção e sua reflexão, o raciocínio deliberado e controlado visando sempre ao incremento de uma razoabilidade real, que se perfaça a cada dia por nossas ações é muito mais compatível com um sistema complexo, plural e aberto, como é o constitucionalismo brasileiro.

3 APORTES PRÁTICOS NO CONTEXTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

O paradigma constitucional em que estamos inseridos, mesmo diante de toda a dificuldade decorrente do pano de fundo e concepções sedimentadas pelo sistema da *civil law*, essencialmente formalista, preza pela realização efetiva do Direito.

O paradigma do Constitucionalismo da efetividade, tendo como modo de proceder o modelo pragmático, opera-se em um contexto experiencial, no qual o direito legitimamente se realiza e concretiza.

No direito, sobretudo no direito como entidade prática, a determinação da essência não comprova a existência, ou seja, o direito não é sem se manifestar na prática e como uma prática. Em palavras simples, pensar a essência jurídica ou um sistema de juridicidade abstrato por si só não implica a existência do direito. Somente o cumprimento concreto, sua efetivação como dimensão da prática humana, realiza verdadeiramente o direito (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 25).

Ou ainda, como afirmava Ihering, o direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais que um fantasma de direito, não são senão palavras (IHERING *apud* CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 25).

Nesse cenário, é imprescindível reconhecer o contexto em que o paradigma atual se realiza, a partir de um aporte metodológico pragmático para, em seguida, investigar o processo racional de certificação e efetivação dos direitos.

Em outras palavras, se compreendemos o modelo teórico em que estamos inseridos e trabalhamos aportes do método pragmático compatível com a realização experiencial de tal modelo, é fundamental, para investigar a tomada de decisão, contextualizarmos, anteriormente, a arena em que essas rotinas operam.

Mas tal contextualização não deve ser meramente teórica. Não é esse o objeto. Compreender o significado de modelo cooperativo de processo a partir das rotinas em que ele se realiza é imprescindível para, enfim, participar de forma sincera de um modelo constitucional da efetividade.

Além disso, outro ponto é fundamental. Como afirmamos, o método pragmático não é um instrumento que pode, simplesmente, ser escolhido dentre outros e, a partir dele, o sujeito atuar diretamente sobre um objeto, no caso o modelo de processo. O método pragmático, para alcançar seus propósitos a partir de suas características, verdadeiramente, se entrelaça e se desenvolve em íntima correlação com o cenário em que ele será inserido.

Assim, é imprescindível refletir sobre os efeitos práticos de um modelo constitucional de processo e sua importância na efetivação da tutela de direitos, não simplesmente com aportes teóricos, mas enfrentando suas vicissitudes concretas a partir de um modo de proceder que prestigie a experiência, ou seja, o pragmatismo.

É o que faremos a partir de agora.

3.1 O modelo cooperativo de processo

Não há dúvida de que a efetivação da tutela de direitos opera-se em uma experiência real. Essa experiência insere-se em um contexto amplo, composto por inúmeros eventos simultâneos.

Preliminarmente, é preciso entender que essa experiência real representa o conjunto de atividades, de eventos e de processos que consolida a nosso conhecimento jurídico e que muitas vezes chamamos de sabedoria.

Seguindo a ideia de Luiz Rohden (2002), a prática não forma um sistema de conceitos opacos e fechados sobre si mesma, mas constitui um jogo em dois níveis (inseparáveis): de uma parte ela é obra e sistema, pois todos os conceitos se relacionam uns aos outros de modo que cada um manifesta o todo, enquanto, de outra parte, esse sistema permanece aberto, pois se relaciona aos atos dos sujeitos e aos seus eventos situados dentro da prática. O sujeito do direito não participa da prática jurídica somente para construir sua obra (resolver seu problema), mas joga também em seu evento, como um construtor da prática.

A experiência pelo processo deve ser entendida, portanto, nesse contexto de prática. Assim, não é extraída da análise de um único processo⁵¹ ou das decisões e posturas das Cortes Supremas⁵², muito menos confundida com jurisprudência⁵³. O modelo de processo em que o direito se realiza representa o fenômeno jurídico em sua realidade concreta. Esse fenômeno, portanto, está inserido em um contexto muito mais amplo.

⁵¹ O processo é um evento que opera efetivamente dentro da prática como um todo.

⁵² As decisões das Cortes Supremas e sua atuação muitas vezes são tomadas como generalização para tratar temas como teoria e legitimidade da decisão, dificuldades no contexto democrático, direitos fundamentais, entre outros. Porém, o direito em sua realização é muito mais amplo. O juiz de piso representa a porta de entrada. O acesso à justiça, ponto fundamental do constitucionalismo de efetividade, operacionaliza-se essencialmente em primeiro grau. Porém, o mais importante: as técnicas de efetivação da tutela do direito, em regra, são manejadas pelos juízes de piso.

⁵³ A jurisprudência faz parte da prática, porém esta é muito mais ampla que aquela. E esse ponto é fundamental. O direito não é o que os Tribunais dizem ou decidem. A prática social normativa envolve as decisões judiciais e, no nosso caso específico, os enunciados democraticamente aprovados, sem contar com os agentes que dela participam, entre muitos outros fatores.

Assim, o direito em sua realização prática se constitui em verdadeira forma de vida, ou seja, o *background* dentro do qual nossas ações e decisões adquirem inteligibilidade.⁵⁴ É o ambiente no qual o sentido pode ser produzido, sempre guiado por determinadas regras. Tais regras se correlacionam entre enunciados abstratos, enunciados concretos, hábitos sedimentados e problemas a serem resolvidos. Essas práticas são compostas por eventos que se desenvolvem por discursos de sujeitos reais a partir de casos específicos, consolidando e desenvolvendo as crenças já sedimentadas nas práticas, sejam elas processualmente ou materialmente vinculantes.

Feita essa introdução, podemos observar que processo racional decisório e de efetivação de direitos está inserido no que podemos denominar de modelo processual democrático ou modelo cooperativo de processo. Esse é o ambiente em que o sentido do texto legislado é concretizado, sempre levando em conta problemas reais inseridos em uma rede comunicativa.

É preciso compreendê-lo, pois só assim compreendemos o contexto que estamos inseridos na prática.

Conforme já salientamos por diversas vezes, nossas crenças introjetadas, nosso *background* ou pano de fundo são constituídos ao longo do tempo, a partir da consolidação das práticas nas quais estamos inseridos.

Esses esquemas gerais de pré-compreensões que delimitam nossas visões de mundo permitem não só a compreensão, mas ao mesmo tempo limitam ou condicionam o nosso agir e nossa percepção de nós mesmos e do mundo (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Nesse sentido, a evolução do direito constitucional e as consequências práticas de tal evolução acabam por repercutir decisivamente no modo como o sujeito passa a enxergar o processo como método de resolução de litígios.

Exatamente por isso, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003).

⁵⁴ Dessa forma, há uma relação recíproca entre o sujeito e a prática. De um lado, o sujeito tem como *background* toda a estrutura que lhe fora introjetada pela experiência de sua vivência na prática. Por outro, ele produz constantemente novas situações, novos problemas, que se entrelaçam com problemas anteriores e implicam, necessariamente, uma solução.

Novamente, essas ideias, seja da doutrina ou da jurisprudência, nos termos das lições de Eduardo Couture, são uma expressão do conceito que os seus autores fazem do mundo da vida (COUTURE, 2008, p. 30).

Por isso, é um grave equívoco assimilar o processo, simplesmente a partir de regras estabelecidas arbitrariamente pelo legislador, como se fosse um simples conjunto ordenado de atividades a partir de regras. A estrutura do processo é moldada especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios adequados e eficientes para a realização dos direitos, especialmente os de natureza constitucional (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003).

Miguel Teixeira de Souza sintetiza a questão:

É assim natural que, historicamente, o papel do juiz no processo e a sua relação com as partes tenha variado de acordo as ideologias dominantes na organização do Estado: o liberalismo clássico, de inspiração burguesa e capitalista, construiu um processo dominado pelas partes e caracterizado pela passividade do juiz; - as várias ideologias não liberais, sejam elas de carácter autoritário ou de orientação democrática e social, conduziram um processo submetido ou, pelo menos, participado pela actividade. do juiz. Sintomática é também. relativamente a este aspecto, a evolução ideológica quanto à posição do particular perante o Estado e:os tribunais: tendo-se partido, numa óptica liberal, de um direito de acção que o indivíduo faz valer contra o Estado, evoluiu-se, posteriormente, em consonância com os princípios do Estado social de direito. para a garantia, que deve ser assegurada pelo Estado, do acesso à justiça caos tribunais (cfr. artº 20º, nº J, CRP) (TEIXEIRA DE SOUZA, 1997, p. 59).

E mais, sobre o modelo de Processo no estado Social ressalta que

Como referia com notável visão Frans Klein, ao sentimento popular é mais estranha a indiferença do tribunal perante a ameaça da ofensa ou a violação do direito de um indivíduo do que um maior empenhamento do tribunal na resolução do litígio. O Estado social de direito representa um compromisso entre a esfera do Estado e a da sociedade, dos grupos e dos indivíduos. Também este compromisso se reflete em vários aspectos dos modernos processos jurisdicionais (TEIXEIRA DE SOUZA, 1997, p. 36).

Ocorre que com o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e a resignificação da participação pluralista e aberta na construção da norma que se efetiva a partir de litígios reais ou caso concreto, como visto no primeiro capítulo, a mera preocupação com a adequação interna da decisão, tornou-se insuficiente. Passa-se questionar a legitimidade externa da decisão, correlacionando tal legitimidade com a construção de um percurso processual paritário no diálogo, mas ainda assimétrico na decisão.

A preocupação de coadunar estrutura e os fins do processo civil com os princípios do Estado Democrático de direito e de garantir uma legitimação externa às decisões do tribunal implicou na ampliação do debate e no controle da atuação jurisdicional, observando que o

poder concedido ao juiz não pode configurar verdadeira arbitrariedade que comprometa sua imparcialidade e a própria decisão.

Esse novo paradigma, que introjeta inúmeras crenças nos participantes do direito como prática social normativa, sem dúvida trouxe ressignificações nos institutos fundamentais do processo, que veremos em seguida. Mas é preciso ter cuidado para não confundir a questão ou, ainda, sustentar teorias ou teses sem funcionalidade prática.

Esse ponto sobre o modelo cooperativo de processo merece uma especial atenção, sob pena de desenvolvermos um modelo precipitado de colaboração, no qual a postura cooperativa não será adequadamente compreendida pelas partes, implicando contradições severas se compreendemos o direito a partir de sua experiência, na qual conceitos devem gerar efeitos práticos funcionais. A compreensão equivocada, simplesmente pautada em uma dogmática abstrata, compromete, sem dúvida, o comportamento real dos sujeitos participantes.

Isso porque, quando falamos em legitimidade do processo de tomada de decisão, tal legitimidade é pensada a partir de um sistema que correlaciona democracia (participação) com responsabilidade, efetividade e previsibilidade. Note-se de plano que a ideia de legitimidade aqui defendida envolve um dos pontos essenciais do atual paradigma de direito, qual seja, a força normativa da constituição que só se opera se suas normas forem efetivas. Tal efetividade, como se perfaz em um momento de realização, demanda construção participativa e dialógica das normas, observando o papel e responsabilidade de cada um, em um proceder que garanta a previsibilidade das decisões.

Por outro lado, e nesse ponto precisamos fazer um parêntese antes de avançar, parte da doutrina restringe a ideia de legitimidade simplesmente a partir de um critério binário de democracia. Assim aproxima esse modelo colaborativo de processo à noção de um modelo participativo idealizado a partir de um policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo (NUNES, 2014, p. 300). O policentrismo implicaria a convivência de poderes diretivos e gerências do juiz com uma renovada autonomia provada das partes. Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos), a cooperação deve ser relida democraticamente (art. 6º CPC/2015) em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência, e não surpresa, de modo a garantir a influência de todos na formação da satisfação das decisões e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual (NUNES, 2014, p. 300).

O modelo cooperativo não se relaciona, para esses, a uma sobrecarga ética das partes em favor do juiz, pois elas têm o direito de agir estrategicamente. O juiz, por seu turno, também tem interesse: de ficar livre de mais um processo (NUNES, 2014, p. 301).

Não é esse o modelo colaborativo que aqui defendemos, pois certamente não é nesse modelo que o direito se operacionaliza e se legitima, efetivando direitos. Certamente crenças introjetadas e processos frustrados levaram parte da doutrina a essa conclusão, que não representa, sem dúvida, a magistratura como um todo. Esse modelo cooperativo apresentado muito mais se assemelha a um processo neoliberal no qual o desprezo para com o judiciário é patente.⁵⁵ Como vimos no capítulo introdutório, o Judiciário assume papel essencial em um constitucionalismo de efetivação de direitos.

O modelo cooperativo de processo, no qual se efetivam direitos, gerando efeitos reais, se legitima pela democracia que se realiza na participação, pela responsabilidade que se concretiza na postura das partes e na efetividade que se perfaz com a satisfação do direito de forma tempestiva.

Nesse cenário, quando se fala em democratização do processo como fator de legitimação, é importante consolidar o que se quer efetivamente dizer com isso, para não transformarmos palavras sofisticadas em simples retórica de defesa de um posicionamento teórico, sem repercussão prática.

O conceito de *democracia* é, sem dúvida, um conceito essencialmente debatido. No direito, é comum verificar a busca por um conceito dogmático, estático, a partir de raciocínios estruturados por meio de dicotomias rígidas, limitando-se a verificar se uma determinada situação preenche ou não uma específica qualidade. Assim, a partir desses conceitos, afirma-se peremptoriamente se um regime é democrático ou autoritário.⁵⁶

Essa forma de se conceituar *democracia* acaba excluindo indevidamente muitas das qualidades essenciais continuamente apresentadas a respeito de democracia. Nesse sentido, como lembra Canotilho, existe continuidade quanto à discussão das qualidades essenciais da democracia: representação (Mill), participação (Rousseau), freios e contrapesos (Madison),

⁵⁵ Esse ponto é importante. A leitura dessa escola de pensamento, em que podemos dar destaque à grandiosa obra de Dierle Nunes, nos permite concluir que um sofisticado sistema teórico nem sempre leva a consequências práticas efetivas. Em outras palavras, por mais sofisticada que seja a ideia, na prática, parecem-nos que o juiz volta a ser quase que um telespectador do contraditório, tornando-se novamente em um simples sujeito mecanicista. O modelo pragmático nos polícia desse tipo de situação na qual a sofisticação doutrinária não produz efeitos funcionais na prática.

⁵⁶ Conrado Hubner Mendes (p. 40) explica que essa forma de pensar em conceitos políticos e jurídicos é denominada de binarismo, por força da qual o raciocínio se estrutura a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, isto é, limita-se a verificar se um objeto tem ou não determinada qualidade.

concorrência de elites (Schumpeter), descentralização (Tocqueville), igualdade (Marx), liberdade (Hayek), discussão (Habermas), justiça (Rawls) (CANOTILHO, 2003, p. 1414).

Essas qualidades não podem ser vistas a partir de dicotomias rígidas, mas sim a partir de análises graduais⁵⁷, nas quais é possível avaliar o grau de realização de determinado ideal.

Reforce-se ainda que o conceito de *democracia* é analisado de forma cada vez mais contextualizado, correlacionado ao Estado de Direito, ao Constitucionalismo e, no nosso caso, ao processo.

Assim, a ideia de democracia como uma forma de governo abstrata passa a ser substituída pela teorização que leva em conta seus vínculos concretos com o Direito, a política, com o constitucionalismo, passando a ser um elemento articulador da relação entre direito e política; portanto, também, como mecanismo que funda e sustenta a legitimidade do sistema jurídico (COPETTI NETO; VIEIRA, 2016).

Apenas como exemplo, podemos observar que nesse cenário, no estudo da filosofia política, a correlação muitas vezes binária entre democracia e Estado de Direito ou democracia e constitucionalismo é feita em um determinado contexto. Em inúmeras obras a correlação é contextualizada pelo papel das Cortes Constitucionais na concretização do *judicial review* ou ainda na resolução de dilemas morais que interessam a uma disputa da coletividade. Debate-se se a ideia de um Estado Democrático é compatível com um controle judicial forte ou fraco de constitucionalidade e se a legitimação de tal controle é meramente procedimento substancial ou se há uma conjugação de fatores no processo de legitimação.^{58,59} Em outras, o foco é essencialmente a questão sobre a decisão da Corte na proteção de princípios e de políticas públicas, envolvendo ou não questões relacionadas aos dilemas morais, como direitos fundamentais, cláusulas pétreas e processo de mudanças e rupturas.⁶⁰

⁵⁷ Gradualismo nos dizeres de Conrado Hubner Mendes (2011).

⁵⁸ Claudio Pereira de Souza Neto, em sua *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa* (2006), debate o modelo substantivo de democracia deliberativa de Rawls e o modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas, para, em seguida, correlacioná-los à realidade nacional de proteção constitucional dos direitos fundamentais. Além disso, é evidente que não podemos deixar de citar o próprio filósofo alemão Jürgen Habermas no seu tão citado *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (2021), bem como Luigi Ferrajoli com trabalho de peso em seu *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia – teoria della Democrazia* (2007).

⁵⁹ Em cenário internacional é possível destacar obras como *Constitucionalismo y Judicial Review*, de Mark Tushnet (2013), o famoso livro *The Least Dangerous Branch*, de Alexander Bickel e *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*, de John Hart Ely (1997).

⁶⁰ Nesse sentido, destacamos Bruce Ackerman em seus dois volumes *Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional e Transformação do Direito Constitucional*, ambos traduzidos pela editora Del Rey. Não podemos deixar de citar Cass Sunstein, em sua *A Constituição Parcial*, Ronald Dworkin, em vários de seus textos, principalmente em *Levando os Direitos a Sério* (2002), *Uma questão de princípios* (2000a), *O Império do Direito* (1999) e no artigo “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court” (2000b); Stephen Holmes, destacando-se com o artigo “Precommitment and the Paradox of Democracy”

Temos ainda aqueles que se centram no denominado paradoxo da democracia no sentido de buscar respostas para a pergunta: a quem cabe a decisão das questões de fundamental importância para a vida política de um Estado? Pode uma constituição elaborada pela geração passada regular a vida das gerações futuras?⁶¹

Pois bem, nenhum desses filósofos ou juristas analisou propriamente o conceito de *democracia* dentro de um processo judicial. Embora os conceitos ou as conclusões obtidas por esses renomados autores sejam importantíssimas para o debate Constitucional, querer impor tais conceitos, a partir de estruturas rígidas, para correlacionar o fator de legitimação democrática em um processo judicial acaba por gerar inúmeras incompatibilidades.

Querer subsumir a força do processo judicial ao ideal democrático defendido por tais filósofos ou juristas é ter um compromisso maior com teorias sofisticadas do que propriamente com a Constituição, postura essa repelida pelo antifundacionalismo e pelo contextualismo pragmático.

No contexto processual, busca-se a obtenção da tutela efetiva e tempestiva mediante técnicas adequadas que garantam a efetivação do direito. Essa certificação e efetivação do direito e de sua respectiva tutela que opera-se por meio de técnica se perfaz a partir de um contraditório, no qual todas as partes participam de forma equânime. Por isso, o processo judicial é um procedimento instituído sob o crivo do contraditório no qual se construirá a norma regente de um caso concreto e satisfazê-la em tempo oportuno a partir da Constituição, das leis e dos precedentes, levando em conta as razões trazidas pelas partes e provas produzidas. Essa participação dialógica é um dos fatores que legitimam o processo democrático, mas não é possível entender *democracia* como um conceito rígido⁶².

(1988); Jeremy Waldron, destacando-se “A right-based critique of constitutional rights” (1993), “Precommitment and Disagreement” (1998) e *Law and Disagreement* (1999).

⁶¹ Nome de destaque podemos citar Frank I. Michelman ressaltando-se três de seus textos: “Traces of Self-Government” (1986), “Constitutional Authorship” (1998) e *Brennan and Democracy* (1999).

⁶² Nesse cenário, ainda é cedo para podermos afirmar que a inteligência artificial vai superar o processo racional de decisão do ser humano. Por mais que se possa falar em um modelo de eficiência, com redução de erros, ainda há problemas que devem ser enfrentados, considerando os ditames constitucionais do devido processo legal que densifica o direito fundamental a um processo justo. Danos e violações de direitos fundamentais, sejam imediatos ou potenciais, já são exemplo dessa tecnologia, a exemplo da falta de transparência e explicação de resultados (MAGRINI; GUEDES, 2021, p. 107). Em outras palavras, a ausência de um transparente percurso de descoberta e justificação da decisão é patentemente violado em tal modelo. Ainda nesse ponto, o desequilíbrio entre os litigantes habituais e os eventuais, no contexto de que o primeiro tem amplo acesso às informações das jurisprudências e previsões de resultados, viola a paridade de armas garantida pela Constituição Federal e densificada pelo Código de Processo Civil. O problema dos denominados filtros bolhas (que nos dizeres de Eli Pariser constituem o fenômeno de filtragem algorítmica de informação responsável pela personificação dos conteúdos de cada usuário, ocultando-se o que desagradam, choca ou discorda, ou ainda os denominados “câmara de eco”, termo utilizado por Cass Sunstein para designar um ambiente em que os indivíduos encontram apenas ideais, crenças e opiniões que coincidem com

O processo judicial tem inúmeras peculiaridades que devem ser levadas a sério. Vejamos algumas.

Em primeiro lugar, o processo judicial não é sinônimo de controle de constitucionalidade. Inúmeros processos, senão a maioria, sequer envolvem a discussão de constitucionalidade de uma lei, que, por sinal, presume-se constitucional. Nesse contexto, temos muitas questões relacionadas ao direito civil patrimonial, como discussões obrigacionais, contratuais, societárias, entre outras.

Em segundo lugar, poucos processos se caracterizam exclusivamente pela tomada de decisões coletivas, como um processo democrático de produção legislativa. Embora os processos estruturais que reforçam a operacionalização com políticas públicas, a partir de direitos difusos e coletivos sejam uma realidade, ainda temos o predomínio de processos individuais.

Em terceiro lugar, o processo judicial opera-se logicamente no tempo, havendo fases com preponderância de atos que devem seguir até um resultado final. As fórmulas preclusivas impedem o retorno a fases anteriores, a reabertura de discussões, a retomada de debates encerrados. A obrigatoriedade de uma decisão em tempo razoável impede que o juiz crie ou permita a criação de incidentes meramente protelatórios. Diferentemente um processo público de elaboração de normas, muitas vezes opera-se em circularidade, em um vai e vem constante. Projetos são arquivados e novamente propostos, debatidos. A *inertia deliberandi* é constante, e não há como superá-la sem críticas ao judiciário, que, em algumas hipóteses, age quando impulsionado por meio de Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em quarto lugar, se o conceito de *povo detentor do poder democrático* é um conceito difuso, por outro lado, o conceito de parte é um conceito formal. Parte é quem pede uma determinada tutela e em face de quem se pede a referida tutela. Friedrich Muller, em *Quem é o povo?*, apresenta algumas acepções do termo *povo*, como *povo ativo* que se relaciona ao sujeito de dominação (MÜLLER, 2003, p. 55), povo como instância de atribuição de legitimidade, no sentido de que os poderes constituídos não são controlados somente pelo

as suas, reforçando o seus pontos de vista e não considerando outros modelos existenciais (MAGRINI; GUEDES, 2021, p. 115). Sem dúvida, tais formas de polarização e manipulação, que podem inserir-se em plataformas *online* de Tribunais, afetam frontalmente um modelo democrático de processo. Outro ponto importante, decorrente de possível disparidade e violação da igualdade entre os participantes, seria o relacionado à responsabilidade pelos bancos de dados, inserção de dados e revisão de decisões. Tudo isso demonstra, ainda mais correlacionando à complexidade de litígios que listamos anteriormente, que a inteligência artificial, que é importante na organização e automação de decisões repetitivas a respeito de controvérsia jurídica, ainda demanda um longo percurso para a substituição do ser humano como agente decisor e participe do processo.

Estado de Direito, mas também pela democracia. O povo elege seus representantes, que criam e constroem as normas, tendo como destinatário o próprio povo. Trata-se da denominada estrutura de legitimação. Em continuidade, trata do povo como ícone, revelando uma face retórica e desprovida da realidade (MÜLLER, 2013, p. 61). Por fim, o povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado, relacionando-se com a legitimação coparticipativa do procedimento de tomada de decisões. Todos esses são conceitos que relacionam a democracia com o Estado Constitucional de Direito e têm por finalidade legitimar a concretização da norma por meio da metódica estruturante.

No processo, as partes podem ser vistas de modo similar ao povo destinatário. A participação no processo de concretização da norma será importante para compreendermos a democracia no processo, porém não é possível equiparar o conceito de parte no processo judicial com o de povo, no sentido de processo legislativo democrático.

Em quinto lugar, é fundamental, e voltaremos ao ponto posteriormente, compreender que, diferentemente do processo democrático de produção de leis no qual o povo participa diretamente (por meio de plebiscito, referendo, em audiências públicas) ou por meio dos representantes eleitos, as partes, ao contrário do que muitos imaginam, não participam diretamente do processo, mas sim por meio de advogados que atuam estrategicamente. Se consideramos o direito em sua realização prática, temos que levar a sério esse ponto. Chama a atenção quando doutrinadores afirmam que o juiz quer dar vazão ao processo, e esse seria um viés perigoso, mas não analisam a questão de que a parte (central em um processo democrático) dificilmente tem contato com o juiz, afinal toda a estratégia processual é traçada pelo advogado, e sobre o viés do advogado sequer se preocupam em refletir.

Barbosa Moreira já chamava atenção para esse ponto no sentido de que quase todas as proposições em que a parte aparece como assunto se referem, em verdade, a ações ou omissões do advogado (BARBOSA MOREIRA, 2006).

Em sexto, no processo judicial busca-se, como essência da jurisdição, além da unidade na interpretação do Direito (função essencial das Cortes Supremas) e da resolução de litígios concretos que são postos ao juízo (função essencial da magistratura de piso e das Cortes de Justiça), a efetivação da tutela de direitos. O juiz é obrigado, a partir das provas produzidas, a prolatar uma sentença, caso não haja acordo entre as partes. O juiz sentenciará em busca da decisão mais adequada de acordo com constituição, as leis e os fins que estas determinam. O compromisso do juiz necessariamente é com a Constituição, e não consigo mesmo, o que implica uma preocupação redobrada não só na certificação do direito, mas também em sua satisfação. Diferentemente, no processo de tomada de decisão coletiva, o parlamentar defende

muitas vezes suas ideologias. Seu compromisso não é necessariamente com a Constituição, mas sim com seus apoiadores, com suas crenças e consigo mesmo. Sua discricionariedade política é presente e indiscutível. Seu dever de fundamentação é consigo mesmo ou, no máximo, com o partido e, às vezes, com seus eleitores.

Em sétimo, o juiz não tem liberdade política como um parlamentar na produção da lei. Aliás, hoje muitas vezes o juiz não tem sequer liberdade de expressão. Enquanto alguns parlamentares atuam como verdadeiros *youtubers* em redes sociais, o juiz tem limitações e constrangimento de seus órgãos correccionais se assim agir.

Em oitavo, o processo judicial exige fundamentação expressa da decisão. Ao contrário do processo legislativo, a não exposição das razões que levaram a uma decisão implica nulidade da sentença. Ao contrário, defeito na justificativa do projeto de lei pode gerar consequências *interna corporis*, mas jamais uma inconstitucionalidade ou invalidade da lei.

Em nono, a sentença judicial soluciona o litígio de forma definitiva. A coisa julgada material implica imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo do dispositivo da sentença. Trata-se de uma técnica de estabilização do conflito escolhida pelo próprio legislador, com a finalidade de se garantir, entre outras questões, a própria segurança jurídica. Ou, em um enfoque pragmático, trata-se de uma técnica necessária de pôr fim ao discurso, permitindo que o direito seja efetivado. Uma lei, por outro lado, como produto de um processo legislativo, pode ser interpretada de forma distinta ao longo de seu percurso de existência, podendo ainda ser revogada ou até mesmo repristinada.

Enfim, são muitas distinções entre o processo judicial e o processo legislativo de tomada de decisão ou, ainda, não é possível resumir um processo judicial a um processo que envolve o controle abstrato de constitucionalidade.

Por isso, simplesmente forçar a ideia de democracia de qualquer filósofo ou jurista, por mais relevante que seja, em um modelo rígido não traz consequências positivas para a democratização do processo.

Peirce vislumbrava a ciência como algo vivo e que deve ser contextualizada de acordo com a prática que se realiza; é, a partir dessa postura, que pensamos em um modelo democrático de processo como fator legitimante.

A legitimidade do processo demanda prática democrática que se opera por meio do processo de forma participativa (dialógica e influenciadora), mas também responsabilidade, efetividade e previsibilidade.

Nesse cenário, quando se pensa em participação e diálogo, a teoria de Habermas foi muito importante ao introduzir o que ele denomina de *razão comunicativa*, conscientizando-

nos dos problemas da razão prática, ainda mais quando pensamos o direito como uma prática normativa. Assim, sustenta que a razão comunicativa se distingue da razão prática pelo fato de não ser mais atribuída ao ator individual ou a um macrossujeito sócio-estatal. Ao invés disso, o que possibilita a razão comunicativa é o *medium* linguístico em virtude do qual interações são encadeadas e formas de vida são estruturadas (HABERMAS, 2021, p. 35).

Assim, ao sustentar sua racionalidade comunicativa, que anteriormente defendemos em conjugação com a crítica-reflexiva, Habermas se pauta na comunidade de investigadores em Charles Sanders Peirce, mencionando textualmente que o que vale para o entendimento obtido no interior de uma comunidade de comunicação de pesquisadores vale também, *mutatis mutandis*, para as comunicações cotidianas (HABERMAS, 2021, p. 49). Nesse sentido, inclusive citando Peirce, o real, então, é o que, cedo ou tarde, resultaria finalmente em informação e argumentação e que, portanto, é independente de nossos caprichos.

A razão comunicativa no contexto de legitimação pelo diálogo e participação é imprescindível para a compreensão de uma das dimensões do processo democrático. Isso porque ele implica a necessária manutenção do processo reflexivo por parte das instituições e dos atores do processo, principalmente o juiz, devendo estar aberto às novas percepções de compreensão da norma em conjunto com os fatos, correlacionando-os com a realidade social que tangencia o processo.

Habermas avança, em uma afirmação que ficou conhecida como princípio “d”, afirmando que “são válidas apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2021, p. 155).⁶³

Nesse contexto, como dissemos, o método pragmático se entrelaça na própria realização do direito, o que implica o cuidado de que, quando estamos concretizando direitos, qualquer princípio ou teoria abstrata deve ser analisada pelos seus efeitos, e não por sua essência especulativa. Ora, seria muito ingênuo acreditar que o “concernido”, que são os

⁶³ Para que fique claro, Habermas, em seguida, explica alguns conceitos da do referido princípio. Nesse sentido esclarece que o predicado *válido* refere-se a normas de ação e a seus correspondentes enunciados normativos gerais, ele expressa um sentido normativo inespecífico de validade normativa, ainda indiferente à distinção entre moralidade e legitimidade. Por “normas de ação” entendo as expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Por “concernido” chamo todos aqueles cujos interesses podem ser atingidos pelas consequências previsíveis de uma práxis geral regulada por normas. E por “discurso racional” deve ser compreendida toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas realizada sob condição de comunicação que permitam, dentro de um espaço público constituído por obrigações ilocucionárias, o livre processamento de temas e contribuições, informações e argumentos (HABERMAS, 2021, p. 156).

efetivos destinatários da tutela, participaram ativa e diretamente da produção e efetivação da norma.

Conforme já citamos anteriormente, mas agora incumbe-nos aprofundar, é ingenuidade acreditar que a parte realmente participa do processo de interação com o juiz. Em passagem brilhante, sintetiza Barbosa Moreira:

Até agora, sempre aludimos a “partes”, conformando-se a uma maneira generalizada de dizer. É hora de ressaltar que esse tipo de discurso muitas vezes beira ao irrealismo e pode ser resolvido em hipocrisia perversa. De fato, na maioria das ordens processuais contemporâneas, as partes são, portanto, representadas em julgamento por advogados. Quase todas as proposições em que a parte aparece como assunto se referem, em verdade, a ações ou omissões do advogado. Sem dúvida, sob o rigor da técnica, atua em nome da parte, e seu comportamento é considerado, na maioria dos casos, como comportamento atribuível a ela. Por trás desta técnica, entretanto, um abismo profundo se abre.

O advogado pratica (ou deixa de praticar) no processo um bom número de atos que a parte representada por ele nem sequer leva conhecimento pessoal; e, mesmo quando você tomá-lo, você nem sempre estará em posição de valorizá-los corretamente. Erros profissionais são capazes de ter um impacto com grande intensidade no destino da ação judicial; eles influenciarão a vida do litigante, apesar da falta de participação direta deste último no respectivo episódio. Mesmo as sanções impostas pela chamada Litigância de má-fé tributam a parte, não ao advogado, mesmo que seja este, na maioria das vezes, o único verdadeiro responsável, como acontece – para se ater a um exemplo – na oferta de embargos de declaração procrastinatório (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 213-214).

Esse ponto é fundamental. É ingênuo acreditar que a parte tem uma influência direta nas escolhas estratégicas do advogado na construção da petição inicial, da contestação ou da escolha de provas a serem produzidas. E mais, a argumentação de que o advogado é o mandatário do autor ou do réu não convence. Sem dúvida, quando o cliente chega no escritório de advocacia, as escolhas do advogado para promover a ação não necessariamente são aquelas aduzidas pela parte. O advogado, a partir das informações trazidas pela parte interessada, constrói a inicial de acordo com a estratégia que poderá lhe trazer mais êxito no processo.

O problema da ideia de participação em uma comunidade de investigadores, na qual a verdade é alcançada pela aceitabilidade racional das partes envolvidas, legitimando o processo de tomada de decisão, é que o processo já se inicia estrategicamente com a finalidade de êxito. O processo, ao contrário do que se afirma, não se inicia visando a uma ação dirigida ao entendimento. A ação estratégica é dirigida ao êxito profissional do advogado e pessoal da parte.

Isso enfraquece o princípio da ética do Discurso de Habermas no sentido de que são válidas apenas as normas da ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais. Ora, como a parte poderia concordar, se ela sequer sabe quais seriam as normas de ação e seus correspondentes enunciados normativos? Se concernido é aquele que pode ter seus interesses atingidos pelas consequências previsíveis de uma práxis geral regulada pela norma, como explicar a legitimidade do processo se temos a parte como concernido e o advogado como delimitador das estratégias de participação?

Será que aqueles que sustentam que o juiz não assume papel diferenciado quanto à dimensão de justiça no processo aceitam a mesma importância da parte no desenvolvimento da estratégia processual perante o advogado? A parte concernida, para aqueles que defendem o processo democrático a partir da filosofia de Habermas, só tem poder de influência perante o juiz, mas sequer toca no assunto quanto ao eventual poder de influência junto ao advogado. Em inúmeros processos, por exemplo, presenciamos em audiências de conciliação nítida divergência entre a pretensão da parte e aquela posta em juízo pelo advogado.

O erro, portanto, opera-se pela tentativa forjar uma concepção de processo que inexistente na prática, visando sustentar sua legitimidade no conceito de *democracia deliberativa procedimental* de Habermas.

A racionalidade dialógica-discursiva, como já dito anteriormente, é essencial para afastarmos a ideia de sujeito solipsista, para exigir que a racionalidade opere a partir da intersubjetividade, que o sujeito reflita sobre suas crenças, pois a percepção é extremamente falível levando em conta as razões oferecidas pelos interessados. Mas não levar a sério a realidade do processo, acreditar que o procedimento, por si só, leva ao caminho da legitimidade democrática é ignorar a necessidade de uma reflexão crítica pelo juiz sobre a atuação estratégica das partes.

As partes, os verdadeiros destinatários da decisão, não participam diretamente do debate, que em regra se opera em um contexto factual, porém permeado de questões técnicas. Se os processos de aprendizagem só podem ocorrer à luz da denominada transcendência intramundana, como sustenta Habermas, é importante que fique claro que no processo a parte não sustenta diretamente sua pretensão, e como dito por Barbosa Moreira (2006), muitas vezes sequer sabe o que está ocorrendo no processo. Se aquele que age comunicativamente deve admitir pressupostos pragmáticos do tipo contrafactual, é preciso rever a posição da parte no processo e o papel do advogado, e não simplesmente impor ao juiz toda a responsabilidade por eventual déficit de legitimidade democrática.

Quando se aduz que a decisão se legitima pelo diálogo, muitas vezes ignorando ou mesmo rebaixando outros princípios, e busca-se construir a ideia de que não há assimetria no processo de tomada de decisão, a questão que se coloca é: qual o papel do advogado na legitimação democrática? Ele tem direito de agir da forma como bem pretender? Se o juiz busca dar vazão aos processos e o controle se legitima pelo procedimento, como devemos controlar o agir do advogado que muitas vezes se excede na pretensão da parte?

Quando se fala em ausência de protagonismo ou ainda que o instrumentalismo serve apenas para que o juiz consagrasse seus próprios valores, parece-nos que o processo cooperativo, construído nesses moldes, é uma espécie de revanchismo ao modelo instrumental, pois deixa de lado o protagonismo do juiz e coloca no vértice do processo um verdadeiro ser onisciente que tem conhecimento ilimitado sobre tudo e sobre todos, sendo o fator primordial para o equilíbrio democrático o advogado.

Para aqueles que assim defendem, numa espécie de revanchismo desnecessário, o juiz Hercules de Dworkin seria substituído por uma espécie de advogado Zeus. Esse poderia tudo, e não haveria qualquer controle de sobre sua atuação pelo procedimento comunicativo. Afinal, se não houver êxito na demanda, mesmo assim recebe seus honorários contratuais. Se houver êxito, além dos honorários contratuais recebe os sucumbenciais. Se houver litigância de má-fé quem paga é a parte. Os honorários da parte contrária quem paga é a parte derrotada. O advogado não expõe a conversa com seu cliente (o que dificulta conhecermos a verdadeira pretensão do autor), muito menos expõe as razões que levaram a uma determinada estratégia, e não outra. Ora, que processo democrático é esse (e em que momento se concretiza o tão aclamado princípio do discurso de Habermas) no qual um sujeito peticiona em conformidade com suas próprias estratégias e sem qualquer tipo de controle direto pelo interessado, participa do debate de acordo com seus interesses, não se responsabiliza e não sofre consequências por um comportamento contraditório, não tem ônus de sucumbência, mas tem bônus na vitória?⁶⁴

Se quisermos levar a sério um modelo democrático de processo em um constitucionalismo de efetividade, tudo isso tem que ser exposto. Não é justo impor ao instrumentalismo, ao judiciário ou ao juiz eventual fracasso no sistema processual brasileiro.

⁶⁴ Os defensores do policentrismo se esqueceram desse detalhe ou talvez o policentrismo seja somente para o juiz e para as partes, não alcançando o advogado Zeus, detentor de prerrogativas e privilégios processuais indiscutíveis e inquestionáveis, não interferindo em nada no equilíbrio democrático.

Por isso, quando se fala em legitimidade do processo (democracia, responsabilidade e efetividade), é preciso questionar em nossa prática normativa e nosso contexto processual: quem decide? Decide o quê? Decide como? Decide quando? Decide por quê?⁶⁵.

Quem decide? No processo, a tomada decisão por um sujeito técnico, qualificado e imparcial é inerente ao modelo de jurisdição adotado em nosso sistema. Daí, ao lado da deliberação e do diálogo como poder de influência sedimentado e consolidado a partir do contraditório, o compromisso com a constituição, com as leis e com os precedentes compõe e densifica a responsabilidade do juiz como agente decisor. Há, portanto, um ator central no processo de tomada de decisão: o juiz.

E o juiz, sem qualquer dúvida, tem um papel central na administração da justiça e gestão do processo: ele se encontra no centro do debate processual, afinal é ele a quem os advogados das partes buscam convencer.

O advogado não busca convencer o advogado da parte contrária, salvo se ambos estiverem dispostos a resolver consensualmente o litígio, como incentiva o Código de Processo Civil. Fora dessa hipótese, a busca pelo convencimento do magistrado é o objetivo dos advogados das partes. E nesse processo decisório não há como renunciar (e não abrir mão) de certo grau de expertise no desempenho da função decisória. O juiz faz parte de uma instituição e seu conhecimento técnico faz parte de uma estrutura introjetada em sua mente, a partir de seus hábitos e rotinas. É o juiz que tem a função de efetivar o direito reconhecido na sentença, portanto dar efetividade à tutela, sempre em cumprimento das interpretações sedimentadas pelas Cortes Supremas.

É evidente que nesse processo de tomada de decisão, o juiz não pode fechar os olhos para os propósitos das partes e para os fins aclamados na Constituição. O fato de ter papel central na decisão, não significa que fará prevalecer suas ideologias, sob pena de deslegitimar o processo. Por isso, trabalhar o contexto de descoberta é tão fundamental, afinal permite ao advogado, no desempenho de sua função, constranger processualmente o magistrado, por meio de recursos ou outras técnicas que combatam essa postura solipsista.

⁶⁵ Essa ideia, de definir democracia a partir desses questionamentos, partiu de Jeremy Waldron, quando analisou a democracia a partir dessas perguntas feitas em *Law and Disagreement* (1999): que direitos temos e quem decide? Mas nossa inspiração em tal análise da democracia foi a partir da obra de Conrado Hubner Mendes (2011, p. 54), *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, que faz exatamente essas perguntas para analisar uma estrutura de uma análise mais “abrangente de como uma democracia organizada sob o princípio dos freios e contrapesos precisa lidar com cada um desses elementos para regular seu modelo de produzir escolhas vinculantes sobre toda a comunidade” Evidente que tais perguntas, no nosso contexto, serão utilizadas para modelar um processo judicial democraticamente legitimado.

Decide como? A resposta a tal pergunta designa os passos exigidos para a tomada de uma decisão válida e legítima (MENDES, 2011, p. 56). Sem dúvida, o percurso é feito dialogicamente, por meio do contraditório substancial na forma anteriormente sustentada.

Nesse contexto, novamente é preciso que exista um sujeito que, acima de tudo, zele pela perfeita observância de tais normas ou, ainda, as adéque da melhor forma para se garantir a efetividade (como veremos quando analisarmos a ação). Como visto, o legislador passa a dispor de enunciados a partir de cláusulas gerais, sendo fundamentais para a concretização de técnicas processuais que sejam adequadas à tutela de direito. O juiz⁶⁶ exerce papel central nessa delimitação, adequação e controle do procedimento, devendo ter compromisso com as garantias ou direitos processuais constitucionais derivados do devido processo legal. A boa-fé processual, que veda o comportamento contraditório, é um exemplo de norma cogente que deve ser observada.

Além disso, no processo de decisão temos a exigência de constante reflexão sobre os juízos de percepção que são dotados de falibilidade. A utilização dos meios de raciocínio ou das inferências na produção e seleção de hipóteses explicativas revelam-se a partir dos propósitos que devem ser perseguidos, o que exige compromisso de deliberação dos fins pelo juiz. Tudo isso, num permanente processo de investigação (que não se limita a um processo) em que a busca crescente pela razoabilidade de nossas ações nos processos de decisão é aperfeiçoada pela continuidade. Essa busca contínua pela razoabilidade concreta incorpora-se no sistema de precedentes, que prestigia a permanente evolução de significados até a obtenção de um consenso (mesmo que provisório).

E antes que se faça uma leitura solipsista sobre deliberar sobre fins, o próprio legislador democrático dispôs no Código de Processo Civil, ao disciplinar a cooperação, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A cooperação tem sim finalidades: obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável. É por isso que a cooperação abarca todas as garantias que já citamos anteriormente, mas não ignora a justiça da decisão.

É exatamente por isso, o compromisso de legitimidade pela participação deve se somar com a legitimidade pela justiça da decisão. Dessa forma, o compromisso do juiz com as garantias processuais que devem ser observadas no processo não exclui seu compromisso com o conteúdo material da constituição. Novamente, o modelo de proceder de forma cooperativa

⁶⁶ É certo que o novo CPC incentiva as partes a deliberarem sobre a adequação das técnicas, principalmente ao prever a cláusula geral do acordo processual no artigo 190 do CPC. Porém, na prática, ainda são raros os acordos apresentados em juízo.

se substancializa na intersubjetividade em atividades de dar e receber razões, refletindo necessariamente sobre elas em um contexto de descoberta que é publicizado quando da justificação.

A verdade e a correção de uma decisão, nesse cenário, são produzidas pelo consenso da comunidade de trabalho. Mas não o consenso fajuto e imediato, e sim o consenso que opera ao longo de uma caminhada na experiência real; um consenso que se realiza a partir de uma série de decisões que permitam a consolidação de razões idôneas e adequadas que possam ser generalizadas para outros casos similares. Em outras palavras, os precedentes em seu contínuo de aplicação sedimentarão o consenso (mesmo que provisório) sobre a interpretação de um dado enunciado em um contexto de decisão, prestigiando a ideia de razoabilidade concreta operada permanentemente ao longo do tempo.

Com isso, a legitimidade democrática pela participação é substancializada pela responsabilidade (compromisso), prestigiando efeitos práticos de conceitos jurídicos abstratos, como isonomia, segurança jurídica e confiança legítima.,

Mas a legitimidade do processo não se encerra com a participação democrática e a responsabilidade. Diálogo e responsabilidade ainda se correlacionam à efetividade e à previsibilidade.

Essas, por sua vez, relacionam-se, preponderantemente, às perguntas: Decide o quê, quando e por quê?

O juiz decide o conflito que lhe foi posto; portanto, tal resposta deve ser dada em um tempo razoável.

Nesse contexto é preciso compreender o paradoxo da questão do tempo razoável com a legitimação pelo consenso em uma comunidade de trabalho, que citamos anteriormente em um contexto da razoabilidade concreta (dimensão estética do pragmatismo aqui sustentado).

O amadurecimento da questão pelo debate contínuo e inesgotável é essencial em um contexto amplo de experiência jurídica. Mas esse amadurecimento não se opera em um único processo. Aqui é fundamental compreender que a maturidade em um sistema jurídico em que se prestigia o processo de construção da norma a partir dos problemas reais é adquirida a partir do desenvolvimento de um sistema coerente de precedentes. O desenvolvimento do precedente, entendido como razões idôneas e adequadas que fundamentam uma decisão e generalizam para casos similares, está fadado à promoção do consenso (ao menos temporário, pois tudo evolui, sob pena de fossilização) da grande maioria dos partícipes da prática jurídica, promovendo uma compreensão segura sobre os sentidos dos enunciados em casos específicos.

Esse contínuo faz com que a segurança do modelo Liberal, em um sentido de ser garantida a partir de uma resposta prévia a todos os casos por meio da técnica legislativa, seja substituída pela ideia de previsibilidade. Essa, por sua vez, correlaciona-se, por um lado, com a ideia de confiança legítima que o jurisdicionado tem no sentido de que casos similares que ostentem as mesmas razões serão decididos de forma similar. Mas, por outro lado, não se consubstancia em uma ideia de fossilização e imutabilidade do sistema, cultivando o sistema de precedente como um sistema de plena evolução no contexto de significação e unidade da interpretação.

Por outro lado, quando pensamos a prática em um único evento, o debate não pode ser interminável, sob pena de violarmos a efetividade. Aliás é a partir desse efeito prático que devemos entender a coisa julgada, como uma técnica de pôr fim ao debate e prestigiar a efetivação da tutela jurisdicional. Coisa julgada não é certeza, muito menos correção da decisão; é sim estabilidade para efetivação, prestigiando-se a previsibilidade.

Nesse cenário, não há decisão legítima se não for prolatada em prazo razoável. Se o juiz decide o conflito de interesses visando efetivar tutelas, tal decisão deve ser prolatada em tempo oportuno que permita que a tutela pretendida seja concretizada. O processo de satisfação e a utilização de técnicas adequadas a partir de propósitos deliberados é essencial para alcançarmos a efetividade.

Mas quando? Não há tal prazo na lei. É claro que o comportamento das partes, a postura do juiz, o objeto posto em juízo, o bem jurídico disputado, tudo isso deve ser levado em conta. Mas o importante é ter em mente que não só a declaração do direito deve ser obtida em tempo razoável, mas também a satisfação do direito

E por quê? Exatamente porque em um constitucionalismo de efetividade somente os efeitos práticos que decorrem da certificação do direito e, portanto, da efetivação promovem os ideais de força normativa e supremacia da constituição.

Esse é outro ponto a respeito do qual os modelos cooperativos que prezam por um policentrismo radical novamente pecam. O processo não pode ter como protagonista (para usar uma expressão em voga) simplesmente sua etapa de conhecimento; a etapa de cumprimento de sentença e o processo de execução são imprescindíveis.

Não há processo efetivo sem que o direito seja satisfeito; em tal etapa processual, a própria lei processual, editada democraticamente, dispõe que, “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados” (BRASIL, 2015, art. 797).

Em um caso concreto, o devedor já foi condenado e, mesmo intimado, não efetua o pagamento. O diálogo, nesse caso, deve ser o mesmo? O protagonismo do executado transforma-se em antagonismo? Como se desenvolve o policentrismo nesse momento?

Essas questões são relevantes, pois ou se sustenta verdadeiramente um modelo cooperativo de processo em que a tutela efetiva de direitos se coloca como ponto central, devendo ser legitimada pela participação, responsabilidade e efetividade, ou se limita à cooperação como parte de uma dinâmica processual para se obter uma simples certificação.

Por tudo isso, a legitimação da tutela certificada no processo demanda, sem qualquer dúvida, uma racionalidade discursiva e dialógica que promova a intersubjetividade, operacionalizada por meio do diálogo e igual consideração e respeito por todos os argumentos, mas também deve ser dimensionada pela responsabilidade e compromisso do juiz no ato de decidir, bem como na efetivação da decisão prolatada. Não pode haver decisão substancialmente efetiva sem que seja democrática, mas também não há democracia sem efetividade substancial.

Em conclusão, o modelo cooperativo (para aqueles que assim denominam o processo judicial democrático) amplia o fórum de debate sobre a legitimidade da decisão do instituto da jurisdição para o instituto do processo.⁶⁷ Isso porque não basta que a decisão seja proferida por uma autoridade para ser legítima. Pode até ser que tal legitimidade seja suficiente em um puro estado legalista. Porém, em um Estado Constitucional e democrático, tal legitimidade demanda participação, diálogo, responsabilidade e efetividade. Tais características, que devem ser avaliadas concretamente, são prestigiadas e averiguadas dentro do contexto do processo.

3.2 Os institutos fundamentais do processo a partir de uma visão pragmática no contexto do modelo cooperativo de processo e constitucionalismo da efetividade

Compreender o processo a partir de seus institutos fundamentais – jurisdição, ação e processo – é fundamental para compreender as vicissitudes desses institutos. Porém, no presente contexto, mais importante que definir cada um deles e analisar toda a evolução histórica é demonstrar os efeitos reais de tais institutos em um processo cooperativo em que se efetivam direitos.

⁶⁷ Em sentido próximo, Daniel Mitidiero, que afirma que a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria processual civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional (MITIDIERO, 2015, p. 45).

Isso é essencial, pois, no capítulo seguinte, trabalhamos a dinâmica de tomada de decisão, seja na certificação do direito, seja na satisfação, o que demanda a compreensão de tais institutos a partir de seus efeitos na experiência prática, pois a decisão é tomada no contexto de um processo, em que a jurisdição é exercida a partir da promoção da parte.

3.2.1 Jurisdição

É perceptível que o conceito de *jurisdição* varia ao longo da história, principalmente levando em conta os paradigmas que regem determinado sistema jurídico.⁶⁸

Nesse cenário, quando levamos a sério os efeitos práticos de um constitucionalismo de efetividade, o conceito de *jurisdição* deve, necessariamente, considerar toda essa mudança de paradigma, principalmente a ideia de construção normativa a partir de um caso concreto, bem como a necessária concretização de tal norma.

Assim, é um tanto quanto contraditório falar em jurisdição como simples atuação da vontade concreta da lei, ignorando toda a força normativa da constituição seus princípios e regras. Do mesmo modo, é complicado afirmar que o exercício de jurisdição opera-se a partir de um simples raciocínio dedutivo, no qual a lei aplicável é simplesmente deduzida dos fatos postos em juízo.

O ponto de partida é a consciência de que a jurisdição é criativa (ou reconstrutiva, como prefere Marinoni (2021, p. 136 *et seq.*) no sentido de que é pela jurisdição que a norma-fundamento e a norma-decisão são produzidas.

A ideia de declaração de uma vontade do legislador ou simplesmente a subsunção dos fatos ao enunciado dizendo o direito no caso concreto é abandonada.

Esse aspecto traz efeitos práticos relevantes.

Inicialmente, reforça o sentimento e a crença de que a função jurisdicional é correlata e se desenvolve de forma cooperativa com a função legislativa. É perceptível que o legislador, ao determinar razões abstratas na lei, dimensiona a diretriz a ser perseguida pelo juiz. Porém, o judiciário tem a função de interpretar tal diretriz a partir da constituição e do caso problemático que se apresenta.

Além disso, afasta-se daquela concepção de que o juiz realiza a justa composição da lide, criando a norma individual do caso concreto, no sentido de norma-decisão. Para

⁶⁸ Chiovenda (2002, p. 8), por exemplo, define *jurisdição* como a atuação da vontade concreta da lei. Carnelutti correlaciona jurisdição com a justa composição da lide. Tais doutrinadores, fundamentais para o processo civil em sua fase científica, estavam enraizados em um paradigma positivista (mecanicista ou normativista) que enxergava a norma como sinônimo de lei e o raciocínio do juiz era meramente subsuntivo.

Carnelutti, enraizado em um paradigma positivista, a norma geral não é suficiente para compor a lei, exigindo decisão judicial de concretização da norma (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 74).

Porém, a jurisdição, na contemporaneidade, na produção da norma individual, não se contenta somente com a referência ao dispositivo da sentença, mas também com os motivos determinantes, nos quais os fundamentos representam a correção dos fatos com os enunciados, precedentes e doutrinas relevantes.

Assim, fica claro que a norma se completa e torna-se operacional a partir de um caso concreto, sendo produto da interpretação sem ignorar os fatos, não derivando hierarquicamente do enunciado legislativo.⁶⁹

Note-se a importância da funcionalidade do conceito se observarmos seus efeitos concretos, pois a partir de tais efeitos é que nos afastamos da ideia clássica da *civil law*, pautada em um Estado legislativo, e levamos a sério o constitucionalismo de efetividade.

O segundo ponto fundamental que deve ser necessariamente inserido no conceito de Jurisdição é a exigência de efetividade. Nesse sentido, efetivação deve ser lida como concretização e satisfação da tutela dos direitos. É muito importante que o constitucionalismo da efetividade exija que a discussão de ter direitos seja ampliada para a forma adequada de ser tutelado o direito, tudo isso no contexto de direito material. Não basta conhecer o catálogo de direitos e ainda aqueles que derivam da interpretação construtiva. É preciso conhecer, a partir do próprio direito material, as formas de tutelar tais direitos.

Nesse contexto, quando nos referimos ao direito à honra, não basta conhecer o conteúdo do direito, mas é preciso reconhecer as formas adequadas de se tutelar tal direito a partir da pretensão da parte. Desejaria a parte inibir um comportamento ameaçador (tutela inibitória), ou ainda fazer cessar os efeitos nocivos da conduta (tutela da cessação do ilícito), ou mesmo a reparação específica do dano (tutela específica ou pelo resultado prático equivalente). Essas são as denominadas tutelas específicas de direito material, que têm por finalidade proteger o direito em si. Por outro lado, a jurisdição deve se propor, por meio de técnicas processuais, a garantir a efetivação da forma adequada de tutela e, portanto, proteger o direito.

⁶⁹ Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020) explicam que, se a norma individual é tão somente a aplicação da norma geral ao caso concreto, não há na teoria de Carnelutti nada de especial em relação aos conceitos de Chiovenda e Calamandrei. Todas as elaborações teóricas estão vinculadas ao princípio da supremacia da lei, incorporando a ideologia do Estado Legislativo.

Note-se que o efeito prático de tal característica é relevante na construção da petição inicial, por exemplo, quanto ao estabelecimento da causa de pedir e conseqüente pedido. O advogado terá que saber conhecer as formas de tutela de direito material e operacionalizá-las por meio de técnicas adequadas, visando à efetiva satisfação do direito.

Portanto, a jurisdição é concretizada por meio das técnicas adequadas a partir da sua correlação com as formas de tutela do direito material. A declaração de certeza do direito e sua efetivação se entrelaçam no exercício da jurisdição.

Outro aspecto relevante que precisa ser revisitado no conceito de jurisdição é a ideia de pacificação social, como um de seus escopos. Não que a ideia de escopo de pacificar o litígio seja inadequada; o problema é o efeito que ela geralmente proporciona. Quando se fala em pacificar o litígio, é bem provável que se correlacione tal pacificação à ideia de irrecorribilidade da decisão e certificação definitiva do direito. Porém, desprestigia-se a ideia de decisão justa e, principalmente, a própria efetivação do direito, o que implica experiências improdutivas no feito executivo.

Ora, o litígio muitas vezes não é pacificado pela sentença e coisa julgada. Muitas vezes, é na efetivação que se iniciam os principais desentendimentos entre as partes. A atuação diária nas práticas evidencia que o processo de execução, em regra, é muito mais intrincado do que o de conhecimento. O devedor não é localizado, bens suscetíveis de constrição não são encontrados, terceiros que se dizem melhor proprietário ou possuidor do bem surgem constantemente; enfim, a execução se arrasta de forma indevida, o que não retira a falsa ideia de pacificação social.

Não é esse, portanto, o escopo principal da Jurisdição.

O escopo central da jurisdição é certificar um direito a partir, em regra, de um caso concreto e efetivá-lo, além de se promover a unidade da interpretação do direito e a consolidação de um sistema de precedentes com eficácia vinculante. Vejamos.

Quando se fala em resolução de caso concreto, a magistratura de piso e os Tribunais de Apelação (ou Cortes de Justiça) destacam-se. A função preponderante é interpretar o problema e o sistema para decidir os fatos de forma justa, tempestiva e efetiva. Compreender adequadamente essa função preponderante é essencial para o contexto de efetivação, pois, em regra, é a magistratura de piso que efetiva direitos, o que implica concluir que sua atividade não se encerra na certificação do direito da parte.⁷⁰

⁷⁰ Uma questão importante que necessitava ser repensada em nosso sistema, quando analisamos essa importante e essencial função dos juizes de primeiro grau, é o denominado princípio do duplo grau de Jurisdição.

Quando se fala em unidade do direito, revela-se fundamental o papel das Cortes Supremas, STF e STJ, na interpretação visando à unidade do direito, de forma vinculativa. Ora, como visto, a norma produz a partir de um caso concreto. Sabe-se ainda que, para evitar o engessamento e a fossilização do direito, os enunciados legislativos com frequência são vagos e imprecisos. A delimitação do sentido de tais normas, a partir de um determinado caso decidido em primeiro e segundo graus, é fundamental para que os motivos determinantes da decisão, idôneos e adequados, se generalizem para outros feitos, firmando mais segurança jurídica e mesmo igualdade entre as decisões; afinal, onde há as mesmas razões, a decisão deve ser similar. A importância prática de tal ideia é evitar que o direito torne-se uma questão de sorte, gerando unidade, coerência e igualdade.

Quando se fala em jurisdição de precedentes vinculantes, em íntima correlação com a ideia anterior, passa-se a reforçar que a função de dar unidade, como dito anteriormente, tem eficácia vinculante; precedente, como já dito, entendido não só como uma decisão, mas sim como razões generalizáveis que fundamentam a compreensão de uma questão. No precedente com eficácia vinculante, a *ratio decidendi*, adequada, idônea e deliberada pelo voto majoritário dos desembargadores, se expande e passa a vincular os demais magistrados em casos similares.⁷¹

Correlacionar essas funções preponderantes (e não excludentes) é fundamental para gerar a intuição da crença de que um juiz não é um sujeito isolado, mas sim uma parte de

Independentemente da celeuma sobre sua previsão ou não na constituição, isso não impede que haja uma restrição à amplitude recursal do sistema. É preciso levar a sério a necessidade de que determinadas demandas que envolvam questões rotineiras e mais simples do cotidiano social se sustentem sem necessidade de recursos ordinários. Isso é relevante porque a amplitude exagerada de recursos vem causando um efeito prático e real devastador em face daqueles que representam a porta de entrada do judiciário. Como disse Cappelletti, no “Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano” (1977, p. 116), “à primeira vista, esta reforma parece encontrar alguns fundamentos nas reflexões da ciência italiana do direito processual comparado: «uma reforma séria do processo civil não é possível se o sistema de recursos não for profundamente revisto e redimensionado. Um segundo julgamento de fato, como deve ser o atual recurso, não se justifica [...]. Não justifica a si mesmo, porque o verdadeiro juízo de fato é aquele que surge em relação ao imediatismo com a obtenção de provas e decorre de uma participação direta do juiz nas atividades preliminares”. O primeiro grau seria, infelizmente, uma sala de espera, longa e demorada, do segundo grau, aquele que verdadeiramente decidiria ou, ainda, como alguns preferem, a sentença de primeiro grau, nada mais é do que um simples requisito para a apelação.

⁷¹ É importante consignar que preferimos correlacionar os precedentes com a *ratio decidendi*, e não propriamente com uma decisão, embora seja evidente que uma decisão pode ser um precedente a partir de sua *ratio*. Isso porque concordamos quando Marinoni observa em seus precedentes obrigatórios que, no sistema brasileiro, em que a força dos precedentes nada deve à resolução dos casos, torna-se natural conferir autoridade de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução de questões que não se ligam necessariamente à solução que é dada ao caso. Assim, por exemplo, em uma ação rescisória julgada procedente, nada impede que as razões que serviram para rejeitar uma das causas de pedir assumam a qualidade de *ratio decidendi*. Ora, o mesmo motivo que estimula a obrigatoriedade das decisões que resolvam os casos está presente quando se está diante de decisões que, embora sem solucionar os casos, emprestam significado a questões discutidas no Judiciário (MARINONI, 2016, p. 178).

uma instituição que precisa ser coerente no processo de decisão, prestigiando a igualdade e a segurança jurídica.

Além disso, é muito importante para sedimentar a ideia de que o direito deve ser estável, mas não pode ser estático, nos dizeres de Roscoe Pound (1941), ou seja, precedente vinculante reforça a segurança, coerência e a unidade, porém não impede novos debates, distinções e superações do que fora decidido.

Por fim, afastamos as ideias errôneas de que o efeito vinculante decorre de necessária previsão legal ou constitucional, como muitos obsessivamente postulam, ignorando que a vinculação decorre da própria estrutura e função das Cortes Supremas no desenho institucional. O *stare decisis* surge de uma concepção de direito como experiência, testada e desenvolvida na experiência, visando encontrar fundamentos da decisão em uma experiência judicial anterior (FUGA, 2021, p. 36), permitindo a aplicação dos fundamentos em casos similares.

Todo esse conjunto de funções, que vão se aperfeiçoando a cada novo processo em busca de sedimentação de integridade e coerência, se correlaciona diretamente com a dimensão estética do pragmatismo. Isso porque, nesse cenário, a ideia de razoabilidade concreta se perfaz e é prestigiada exatamente no desenvolvimento dos efeitos práticos gerados pela constante evolução do sistema, aperfeiçoando a resolução do caso concreto, com a contínua uniformização do direito e a garantia de vinculação das razões para os casos futuros.

A jurisdição, em sua constante evolução na criação e redimensionamento da norma, prestigia, portanto, a estética pragmática no sentido de que a razoabilidade concreta, como fim último da construção de sentido de uma norma, se consolida em um longo percurso, a cada novo evento, sempre passível de novas experiências. Isso mantém vivo e dinâmico o sistema, permitindo uma evolução do sistema jurídico.

Pragmaticamente falando, o ideal estético de alcançar um consenso que possa indicar a verdade é prestigiado pela persistente e reiterada interpretação e reinterpretação dos precedentes, respeitando o que já foi decidido (estabilidade) sem fossilizar o direito.

Por fim, encerrando o presente tópico, mas não menos importante, é a consciência de que tal modelo de jurisdição é compatível com a teoria da separação de poderes, que ganha um colorido diferenciado e as consequências positivas de tal reformulação.

Quanto à ideia de separação de poderes, aquele sistema estanque de divisão de tarefas, tão sedimentado na *civil law*, passa para um sistema cooperativo de concretização constitucional, e isso é perceptível na postura dos agentes políticos envolvidos. Embora haja, e sempre existirá, uma grande acusação de ativismo judicial incontável na consecução dos

fins constitucionais, o que se percebe é que a cada dia a sociedade começa a compreender que o judiciário é o último trunfo dos cidadãos, seja o de piso, sejam as Cortes Supremas. Isso traz consequências importantíssimas no crescimento da maturidade dos membros da sociedade, seja em aspectos relacionados à vida pública ou mesmo privada. Questões políticas, de Administração Pública, relacionadas ao meio ambiente, ao sistema financeiro, moradia, prestação de assistência social, relação de consumidor, trabalhistas, entre outras, com cuja postura da parte adversa, muitas vezes, o cidadão vulnerável se conformava, considerando quase um favor o cumprimento de seus direitos, passam a ser judicializadas e debatidas no fórum do Judiciário, que, encarnado nesse novo modelo, a partir de posturas pragmáticas, passa a fazer da tutela jurisdicional efetiva por meio de técnicas adequadas uma missão institucional, e não pessoal.

3.2.2 Ação

É comum, na doutrina, uma apresentação histórica do desenvolvimento do conceito de *ação*. Embora relevante, seguindo o método pragmático, é preferível a análise da ação a partir dos efeitos concretos que tal instituto pode contribuir para a efetivação de direitos.

Nesse contexto, durante a evolução histórica do conceito, uma questão gerou efeitos práticos importantes, qual seja, a polêmica entre a existência de uma ação material e uma ação processual, que culmina na implicação entre os planos material e processual.

Se, de um lado, tínhamos aqueles que pensavam a ação como uma reação prevista em lei, decorrente da violação do direito material e, portanto, com tal direito intimamente ligada, outros entendiam a ação em sentido abstrato, isolando-a do direito material. A primeira corrente marca essencialmente a fase do praxismo processual, enquanto a segunda a do cientificismo.

Entendemos que, embora distintas, ambas tinham o mesmo problema central: não pensaram a ação a partir da ideia de efetividade dos direitos, pensamento excessivamente abstrato que deixava de lado a realização do direito; aliás, algo comum no Estado legalista.

Como forma de minorar esse problema, a escola instrumentalista, que no Brasil tem como figuras de destaque Candido Rangel Dinamarco⁷² e José Roberto dos Santos Bedaque⁷³, passa a pensar o processo como instrumento de realização do direito material. Trata-se de

⁷² Conferir a instrumentalidade do processo, em que o autor debate a questão de o processo servir como instrumento para alcançar os objetivos do direito material.

⁷³ Em *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo* (2009), o autor debate essa nova perspectiva denominada instrumentalismo

conscientização de que a importância do processo está em seus resultados (BEDAQUE, 2009, p. 17).

Nesse cenário, na visão instrumentalista, a ação é autônoma ao direito material, conquista importante de destaque ao instituto em questão, porém se correlaciona a todo tempo com o referido direito; o ponto de contato seria exatamente as condições da ação.

A visão instrumentalista do processo e de seus institutos permite concluir que as condições necessárias ao poder de exigir a prestação jurisdicional estabelecem intenso vínculo entre direito e processo (BEDAQUE, 2009, p. 94)⁷⁴. Dinamarco denomina as condições da ação de pontos de estrangulamento entre o direito material e o processual, ou seja, há uma aparência de se tratar de elemento de direito material, mas é essencialmente processual, o que demonstra a grande correção dos planos (DINAMARCO, 2009, p. 375). Haveria uma verdadeira circularidade dos planos em que há verdadeiros momentos de atuação, ora atuando o direito por meio da norma material, ora atuando o direito pelo debate judicial (ZANETTI JUNIOR, 2006, p. 190).

O instrumentalismo reforçou efeitos práticos fundamentais correlacionados com a reinvidicação de que o processo se efetiva em seus resultados. O próprio Dinamarco propõe o instrumentalismo não como uma mera teoria, mas um verdadeiro método de pensamento na efetivação dos escopos do processo (DINAMARCO, 2009, p. 365), afastando-se das crenças do exagerado processualismo (que tem como ponto de apoio o cientificismo positivista).

Porém, por mais consequências positivas que houvesse no sentido de perseguir a efetividade, essa visão da ação a partir de um instrumentalismo ainda estava arraigada nas premissas básicas da *civil law*, embora o próprio Dinamarco negue isso, como citado anteriormente.

Nesse sentido, destaca-se trecho da conclusão de sua obra *A instrumentalidade do processo*:

Reafirma-se que o sistema processual não é teleologicamente predisposto à criação de situações jurídicas novas (teoria dualista do ordenamento jurídico), muito embora seja inegável o elevado grau de participação do juiz na determinação da vontade do direito em cada caso concreto; ao juiz não é lícito trazer para as decisões as suas preferências pessoais, senão canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas; os desvios das decisões que se afastam da real vontade do

⁷⁴ O referido doutrinador sustenta que, depois de examinar os requisitos formais da inicial, após concluir pela presença dos pressupostos processuais, quer o legislador que o juiz faça uma análise preliminar da relação jurídica substancial. Isso porque é possível que essa cognição sumária ou superficial da causa de pedir e do pedido já possibilite concluir que o autor – isto é, aquele que exerce seu direito constitucional de demandar – jamais poderá obter um provimento favorável.

direito podem ser devidos a erros ou arbitrariedades do juiz ou à conduta das próprias partes, mas a sua ocorrência situa-se no campo dos fenômenos e não infirma a assertiva, aqui reiterada, de que ao juiz não compete a criação do direito do caso concreto (DINAMARCO, 2009. p. 317).

E sobre o juiz, embora reconheça sua importância, reforce a ausência de neutralidade, destaque os seus poderes e atuação, afirma expressamente que a sujeição do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às palavras desta, é impeditiva da “livre invenção jurídica”, tendo-se o governo das leis como inerência dos sistemas jurídicos em que vivemos e como imperativo axiológico da segurança jurídica” (DINAMARCO, 2009, p. 234).⁷⁵

Note-se que essa passagem denota exatamente o que afirmamos no primeiro capítulo. As crenças introjetadas pela *civil law*, sejam em sua feição positivista formalista ou mesmo positivista normativista, impedem que concretizemos, mesmo que inconscientemente, o novo paradigma de direito.

No contexto do constitucionalismo da efetividade, a partir da ideia de jurisdição que se correlaciona necessariamente com a ação, a norma não é um produto abstrato de um único poder. A norma se produz interpretativamente, a partir de um caso concreto correlacionando com os enunciados da Constituição, da lei e dos próprios precedentes. A lei não consegue antecipar de forma exclusiva a resposta ao problema, e o juiz não atua visando à realização de sua vontade concreta. A função jurisdicional tem como escopo principal, como visto, a efetivação da tutela dos direitos.⁷⁶

Exatamente por isso, o efeito concreto de efetivação dos direitos é restrito no instrumentalismo. O apego, ainda que negado por muitos à segurança jurídica, impede que o processo de tomada de decisão de certificação seja pautado no modelo cooperativo de processo, que, como vimos, se legitima pela participação na produção da norma (que não é sinônimo de enunciado), pela responsabilidade e pela efetividade. Assim, se, por um lado, o processo deve ser um instrumento de resultados, esse resultado, para ser efetivo, deve ser razoável, e não simplesmente a concretização da vontade da lei.

A falta de razoabilidade, aqui, liga-se à própria produção do resultado de certificação, que é o produto de uma subsunção dos fatos à vontade concreta da lei, elucidada por um juiz

⁷⁵ Em casos de formar-se um valor entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei, e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar. Fora disso, carece de suporte a sentença violadora da lei, ante o sistema jurídico como ele é; e sucederá também de carecer de legitimidade, como no caso de exagerada liberalidade no trato da lei penal em tempos de clamor público contra a violência urbana e clima de insegurança (DINAMARCO, 2009, p. 234).

⁷⁶ Que se consubstancia em três planos: a resolução do caso concreto a partir da interpretação adequada; a promoção da unidade da interpretação do direito; e a consolidação de um sistema de precedentes vinculantes.

dotado de intuição e de um protagonismo exacerbado. Tal resultado, que tem como característica a indiscutibilidade decorrente da coisa julgada, assenta em um imaginário de pacificação social.

Mas não é isso que acontece. A parte derrotada, além de não se satisfazer com o resultado (e isso quase sempre acontece, qualquer que seja o modelo de processo), não crê na legitimidade da tomada de decisão (e aqui o modelo cooperativo minimiza esse efeito), o que implica uma verdadeira nova rodada deliberativa de certificação, porém em arena inadequada, qual seja, a fase de satisfação.⁷⁷

Para que os efeitos práticos do constitucionalismo da efetividade sejam percebidos na experiência jurídica, é preciso compreender o direito de ação a partir das finalidades da jurisdição. A ação seria, nesse contexto, o direito constitucional às técnicas processuais adequadas para efetivar as várias formas de tutela do direito, atentando-se à efetividade e à tempestividade.

A funcionalidade desse conceito é patente e, bem compreendido, pode ser fundamental para a efetivação dos direitos.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que o sistema jurídico proclama uma série de direitos, como exemplo, os direitos da personalidade, os direitos reais, os direitos obrigacionais dentre muitos outros. O pensamento positivista e liberal enxergava esses direitos como um catálogo à disposição do cidadão, e, caso houvesse violação, seria possível exigir do Estado uma reparação. Aquele que violou seria obrigado por lei a reparar o direito violado, em regra patrimonialmente. Isso acontecia essencialmente porque em uma sociedade liberal seria muito complexa a hierarquização de valores, sendo que todos, mesmo axiologicamente, estariam no mesmo patamar. Assim, a resposta do estado por meio de uma tutela de reparação pelo ressarcimento em dinheiro prestigiaria a igualdade em sentido formal.

O constitucionalismo, como devemos insistir, não se preocupou em somente aclamar direitos, mas sim em efetivá-los. Daí o pensamento muda de foco. Não basta pensar no direito em si; é preciso compreender a forma de tutela desse direito, e tal fórmula, diga-se, está construída pelo direito material. Em palavras simples, mas que, introjetadas na mente dos participantes da experiência jurídica, assumem inúmeras consequências positivas: o que adianta eu ter um direito, se não compreendo como posso tutelá-lo.

⁷⁷ Essa nova rodada de deliberação é muito comum na prática forense. A defesa na fase de cumprimento de sentença, embora tenha as matérias restritas ao disposto no art. 525 do CPC, muitas vezes busca rediscutir fatos já decididos. Isso prejudica a efetividade do direito.

E essa ainda não é uma questão processual. A tutela do direito em si é uma questão material, e o sistema vem prestigiando uma verdadeira cláusula aberta de tutela, que deve ser construída a partir de cada caso concreto. Tal abertura deriva exatamente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante o acesso à ordem jurídica justa, seja no caso de ameaça ou verdadeira lesão ao direito.

Uma questão importante nesse ponto é como construir a tutela adequada, diante da multiplicidade de direitos e conflitos sociais que presenciamos. O método pragmático conecta-se novamente com a questão. Somente conjecturando sobre efeitos práticos da ameaça e da violação com as consequências possíveis da tutela é que podemos concluir sobre a tutela adequada. Portanto, há um patente entrelaçamento entre o ato violador do direito (ameaça ou lesão) e seus efeitos com as consequências que a tutela pode proporcionar.

A partir desse momento é possível compreender o direito de ação em um contexto real, no qual há nítida interferência entre os planos de direito material e o processo.

A ação correlaciona-se ao direito constitucional às técnicas processuais adequadas. Quando se fala em técnica processuais adequadas devemos correlacioná-las com a efetivação da forma de tutela do direito delimitada pelo autor ou réu e, conseqüentemente, com a efetivação do próprio direito em si.

É por isso que, em um caso de ameaça de violação da honra (direito), é preciso conjecturar a forma de tutela que se pretende. Uma tutela inibitória (tutela jurisdicional específica que inibe a prática do ato), uma tutela de cessação do ilícito (tutela específica que se opera quando a violação se consumou), uma tutela de reparação específica (no caso, uma tutela em que se almeja, por exemplo, um direito de resposta) ou ainda uma tutela ressarcitória (reparação do dano moral). Todas essas tutelas podem ser cumuladas em um caso concreto, sempre pensando na efetiva proteção do direito.

Porém, a partir do momento em que se define o direito e se estabelece a forma de tutela, a Constituição, ao garantir o acesso à justiça, agora em um enfoque processual, impõe ao legislador (previsão abstrata) e ao juiz (concretamente) o dever de garantir a técnica processual adequada para a proteção da tutela. Exemplificando a partir do caso acima, a tutela inibitória pode exigir a técnica antecipatória; a tutela da cessão do ilícito, a técnica coercitiva de imposição de multa; a tutela ressarcitória, a técnica de sentença condenatória.

Esse conceito de *ação* desenvolvido especialmente por Luiz Guilherme Marinoni⁷⁸, compreendido adequadamente, proporciona a visão conjunta do sistema de direitos, tutelas e técnicas que se correlacionam constantemente em um verdadeiro processo de adequação entre efeitos do ato praticado perante o direito e consequências de tutela e a escolha da técnica adequada.

Porém, há ainda um fator relevante na compreensão do conceito: a ideia de que a ação é dinâmica, no sentido de que as técnicas processuais não podem se limitar à tipicidade do legislador, devendo ser construída em cada caso, observando-se a efetividade da tutela pretendida.

Como vimos anteriormente e agora podemos entender a relevância prática, o sistema legislativo atual pauta-se na técnica de cláusulas abertas, na qual a elasticidade da densificação do enunciado é fator de destaque. Essas cláusulas não podem ser apenas uma retórica de um novo paradigma, devendo produzir efeitos reais na concretização de direitos.

Por isso, considerando que não há um catálogo fechado de direitos que vão se densificando e evoluindo ao longo do tempo, sempre de acordo com a perspectiva histórica, do mesmo modo, as formas de tutela evoluem. E se há evolução das formas de tutela, é preciso conferir poder criativo de técnicas processuais atípicas ao magistrado, sempre respeitando, evidentemente, as normas fundamentais e, principalmente, os fatores de legitimação do processo cooperativo.

O legislador, no cumprimento de garantir uma cláusula geral de efetividade, impondo ao juiz um verdadeiro poder geral de efetivação, aclama, no artigo 139, IV, do Código de Processo civil, que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

O efeito prático é muito importante, pois municia o juiz de técnicas abertas para a assegurar a efetivação do direito, em qualquer forma de tutela ou direito.

O juiz, portanto, pode desenvolver medidas atípicas de efetivação do direito, desde que observe, evidentemente, os fatos de legitimação decorrentes da democracia pela participação, responsabilidade e efetividade). O próprio STJ, na sua função de dar unidade à interpretação do direito no REsp nº 1.788.950/MT, assentou-se pelo cabimento de medidas executivas atípicas

⁷⁸ Ver especialmente o artigo “Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à tutela dos Direitos” (2006).

[...] desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade” (Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/4/2019, DJe 26/4/2019).

Finalizamos a análise da ação com uma consequência que não poderia passar despercebida, pois seus efeitos na prática, uma vez observados, evitam uma visão míope do processo. A ação como o direito constitucional às técnicas processuais adequadas para obtenção do direito envolve tanto a fase de conhecimento (ou de certificação do direito) como a fase de cumprimento de sentença ou o processo de execução (ou de satisfação do direito).

O processualismo exacerbado que insiste em focar no momento processual de certificação do direito é produtivo no sentido de diferenciar ação de conhecimento e ação executiva.⁷⁹ Na intenção de cientificar o processo, acaba por ignorar as consequências práticas.

Ora, se pensarmos a ação como o direito constitucional a técnicas processuais adequadas para efetivação do direito, a funcionalidade desse conceito alcança tanto a certificação quanto a satisfação do direito. As técnicas processuais devem ser adequadas tanto para a certificação quanto para a satisfação, que necessariamente precisam ser observadas em um contexto amplo de efetivação de direitos. Em simples palavras, não há efetivação de direitos sem certificação e satisfação.

Dessa forma, o processo de execução ou a fase de satisfação serão conjuntamente valorizados com o processo de conhecimento, uma vez que não há efetividade sem certificação e satisfação.

Sem contar que, entrelaçando satisfação com certificação, opera-se a uma atenção qualificada a exigência de duração razoável do processo, que incide não só na certificação, mas também na satisfação. Isso porque tutela efetiva é a efetivada em tempo hábil, ou seja, a certificação e a satisfação devem ser tempestivas, sob pena de violação da constituição.

⁷⁹ Pensamos que o principal motivo que faz operar essa divisão é a confusão que se faz em correlacionar a ação com o direito de se obter uma resposta de mérito, seja ela favorável ou desfavorável. Quando se fala em obter uma resposta de mérito, automaticamente o processo de conhecimento se destaca, até porque, muitas vezes na execução, a questão do mérito relaciona-se ao pedido de satisfação, que implica em um verdadeiro princípio do desfecho único. Enquanto no processo de conhecimento temos uma série de atos cognitivos a partir do qual haverá discussão sobre o mérito, ou seja, sobre o pedido e sobre a causa de pedir, no processo de execução o pedido é satisfação, e temos uma série de atos verdadeiramente materiais, sejam coercitivos ou sub-rogatórios. Assim, para evitar essas confusões a doutrina costuma definir ao lado da ação de conhecimento a ação executiva, que é aquela que visa obter a satisfação do direito.

3.2.3 Processo

Assim como o instituto da Jurisdição e da ação, o processo passou por uma grande evolução teórica, cabendo a Oskar Bülow uma das obras pioneiras quanto à sistematização da relação jurídica processual. É nesse momento que o processo civil ganha autonomia do direito material, prestigiando-se a fase científicista.

Não ignoramos a importância de tal desenvolvimento, até porque, como dissemos anteriormente, a conceituação não é irrelevante, desde que o conhecimento acumulado surta efeitos práticos na experiência. Sem dúvida, tal densificação científica fez com que os operadores passassem a refletir sobre institutos do processo que antes eram vistos como simples procedimento, no sentido do encadeamento de atos para um resultado final.

A substanciação do processo inicia-se a partir do momento em que, no Estado constitucional, ele passa a ser compreendido como um método de limitação de poder. É preciso compreender essa afirmação.

Nesse cenário, um dos elementos de legitimação do modelo democrático (cooperativo) de processo é a efetividade. A partir disso, vimos que a jurisdição tem por finalidade efetivar a tutela de direitos, produzindo (ou reconstruindo) a norma-fundamento que contém os motivos determinantes que levaram à produção de uma norma-decisão. Para tanto, ao lado da resolução e satisfação da tutela pretendida, a Jurisdição visa dar unidade ao direito e constituir precedentes vinculantes visando à previsibilidade, coerência e igualdade. Por outro lado, a ação é o direito constitucional às técnicas processuais adequadas para a efetivação de forma tempestiva da tutela pleiteada. Vimos ainda que o juiz tem um amplo espaço de atuação, mesmo na construção da técnica de acordo com a tutela pretendida, não sendo possível aceitar a ideia de tipicidade fechada das técnicas processuais.

Porém, como deixamos assentado, a efetividade compõe um dos fatores de legitimação do modelo cooperativo, mas não o único. Temos ainda a necessidade de garantir o diálogo substancial (intersubjetividade) na produção da norma, a responsabilidade do magistrado na condução de todo esse percurso e a previsibilidade das decisões.

É, preponderantemente, no contexto desses fatores de legitimação – responsabilidade e democracia – que o processo assume a feição de um método de se limitar poder.

O processo passa a ser compreendido como o fórum concretizador do diálogo que garante reflexão do juízo na construção da decisão, exigindo-se, ao mesmo tempo, a reponsabilidade do sujeito decisor no sentido de controverter suas próprias crenças e assumir

que seu compromisso é com a Constituição e com as leis, não adotando comportamentos que violem a legítima expectativa das partes e expondo de forma fundamentada as razões que levaram ao seu convencimento.

É no processo que as normas fundamentais – contraditório, boa-fé objetiva, cooperação, imparcialidade, eficiência na gestão processual, entre outras – ganham significância real, a partir das posturas e comportamentos. Essas normas, muito mais que conceitos abstratos, são densificadas por nossas ações e posições no contexto processual.

Assim, se compreendermos que o processo não se legitima só pela efetividade, mas também, do mesmo modo, pela participação substancial e pela responsabilidade dos sujeitos que dele participam, compreenderemos que não há mais instituto protagonista na teoria geral do processo. Jurisdição, ação e processo devem ser vistos como institutos fundamentais na legitimação do modelo democrático de processo.

Daniel Mitidiero tem visão similar ao destacar que,

Finalmente, a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar no direito constitucional hodierno [...] a propósito, a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário (MITIDIERO, 2015, p. 45).

É importante ressaltar que o deslocamento da jurisdição como centro do processo civil para a relevância equânime dos demais institutos, em si, não é algo forjado pela doutrina, mas uma exigência da própria prática normativa, que não se contenta com a efetivação de direitos, sem observância de uma legitimidade democrática e responsável. A tutela não se realiza nem se efetiva por simples questão da vontade de uma autoridade constitucionalmente reconhecida. É imprescindível que a tutela jurisdicional pretendida a partir da técnica processual adequada passe por um processo de deliberação que se realiza a partir de um diálogo em que as partes ofertam e recebem razões, de forma responsável, visando à efetividade da decisão de forma dinâmica e legitimada no e pelo processo.

Essa conclusão gera um efeito prático importante. A tutela jurisdicional adequada demanda uma técnica processual compatível com sua efetividade. E, como vimos, o juiz deve, de forma dinâmica, adequar as referidas técnicas à pretensa tutela que se almeja; isso interfere no modo de proceder no contexto processual.

Em outras palavras, o procedimento construído abstratamente pelo legislador, que não tem como prever todas as circunstâncias fenomênicas que envolvem o litígio, muito menos

estabelecer para cada direito um tipo de procedimento, nem sempre é o mais adequado para a tutela do direito.

Nesse cenário, incumbe ao juiz, sempre observando as normas fundamentais que garantam o amplo contraditório, o dever de fundamentação e a razoabilidade, concretizar e adaptar o procedimento mais adequado para o caso concreto.

Tal poder de concretização decorre necessariamente da ideia de que é por meio do processo que a jurisdição se concretiza e é nele que as técnicas processuais se realizam. Trata-se de um efeito necessário de tal concepção, não havendo, como muitos insistem, necessidade de previsão legal autorizativa para tanto. Na verdade, a questão não é se o juiz pode – na verdade, ele deve – adequar o procedimento à forma de tutela pretendida, mas sim como isso deve ser feito. É evidente que uma imposição judicial que tome as partes de surpresa não seja fundamentada de forma estrutural e não avalie a correlação dos efeitos da adaptação do procedimento com a tutela que se pretende; é uma decisão ilegítima.

O sistema processual traz, de forma legislada, uma série de enunciados que permitem tal atuação. Vejamos na prática essa afirmação apenas para concretizá-la.

Em primeiro lugar, a doutrina é unânime em afirmar que o artigo 190 do Código de Processo Civil⁸⁰ aclama uma cláusula geral do negócio processual, no qual as partes, independentemente de homologação judicial, podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. A doutrina preocupa-se em analisar os conteúdos dos referidos negócios que seriam legítimos e não poderiam ser declarados nulos pelo judiciário, além de hipóteses de nulidade.⁸¹ Mas pensamos que o efeito prático do artigo 190 do CPC mais relevante é permitir que o juiz e as partes discutam sobre o procedimento adequado. Ora, se as partes podem convencionar sobre o procedimento, sem dúvida o juiz pode participar dessa convenção, o que lhe dá ainda mais legitimidade. A

⁸⁰ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

⁸¹ Sem dúvida, se analisarmos os Enunciados aprovados no Fórum de Processualistas Processuais Cíveis, importante arena de debate e discussões doutrinárias e prática, certamente os enunciados sobre acordo processual são os mais numerosos.

desnecessária homologação judicial não impede que o juiz participe da construção do procedimento.⁸²

Outro dispositivo relevante, principalmente a obsessiva procura de um fundamento legal (muitas vezes, o fundamento constitucional não basta, muito menos a própria decorrência lógica dos institutos que regem a matéria), é o disposto no art. 327, § 2º, do CPC⁸³, que estabelece expressamente a possibilidade de cumulação de pedidos, empregando o procedimento comum, mas com possibilidade de emprego das técnicas processuais diferenciadas, eventualmente previstas no procedimento especial, a que um ou mais pedidos se sujeitam. Para aqueles que precisam de uma previsão legal, pois certamente ainda permanecem com as crenças da *civil law* essencialmente positivista, esse enunciado traz em seu bojo o propósito de não só permitir, mas determinar, ao juiz uma incessante busca pela adequação procedimental em conformidade com a forma de tutela jurisdicional pleiteada.

Portanto, o processo deixa de ser um simples procedimento no qual se reserva um papel lógico-formal, como se fosse uma ponte de aplicação do direito abstrato ao caso litigioso concreto (ZANETI JUNIOR, 2006, p. 188). O processo passa a ser o palco de concretização e efetivação das tutelas, a arena em que se exercita a jurisdição a partir das técnicas processuais adequadas, em busca de uma tutela adequada efetiva e tempestiva, observando-se as normas fundamentais que legitimam o conteúdo e o percurso de tomada de decisão.

⁸² Cito um exemplo real vivenciado antes mesmo da vigência do novo CPC. Em uma demanda de resolução de contrato por falha na prestação de serviço envolvendo duas sociedades de grande porte, uma empresária e outra de tecnologia, ao receber a inicial e diante da complexidade do feito, designou-se audiência prévia de compreensão. Não havia pedido de tutela antecipada, por isso não se tratava de audiência de justificação, nem mesmo uma audiência de conciliação, pois a questão não fora enviada ao conciliador. O fundamento era a necessidade de melhor compreensão dos fatos pelo magistrado, diante da complexidade da questão, que envolvia contratos de transferência de tecnologia, com execução e prestação de serviços. Em tal audiência, após ampla deliberação de todos, constatou-se que a audiência de conciliação para o feito era impertinente, até mesmo porque ambas as partes tinham expectativas diametralmente opostas. Porém, havia um consenso de que a questão demandava a produção de prova técnica especializada; inclusive, desde já seria relevante mais de uma perícia para ouvir mais de um técnico, tamanha a complexidade. Nesse sentido, convencionou-se que, antes de apresentar a contestação, permitindo-se inclusive eventual aditamento da inicial, seriam produzidas as provas técnicas, garantindo-se o contraditório sobre elas, mas sem abrir o prazo para a contestação propriamente. Após a análise da prova, fixou-se prazo para manifestação do autor e, somente em seguida, a apresentação de contestação.

⁸³ Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

3.3 Normas Fundamentais

Para os fins propostos no presente trabalho, compreender as normas fundamentais do processo a partir do método pragmático é relevante para refletir sobre intercorrências no processo de tomada de decisão que está analisado no próximo capítulo.

Dessa forma, muito mais que nos preocuparmos, no presente momento, com o conteúdo e a densificação de cada norma fundamental, interessa-nos analisá-las a partir das dimensões do pragmatismo, quais sejam, lógica, ética e estética, demonstrando os efeitos práticos de tais normas para a tomada de decisão em um constitucionalismo de efetividade, que opera-se no modelo cooperativo de processo.

3.3.1 Introdução conceitual

Para sedimentar o que entendemos por normas fundamentais⁸⁴, é preciso ficar claro que tais normas são aquelas que estruturam, justificam e legitimam o modelo cooperativo de processo.

Como salientado por Bastos Pereira, pouca atenção tem sido dispensada a uma teoria da norma fundamental propriamente dita (BASTOS PEREIRA, 2018, p. 103). Por outro lado, são inúmeras e densas as obras que têm por finalidade analisar as normas fundamentais em si.

Nesse contexto, para a correlação das normas com as aqui denominadas dimensões do pragmatismo, precisamos compreender aspectos centrais das normas fundamentais.

Quando falamos que as normas fundamentais são aquelas que estruturam, justificam e legitimam o processo cooperativo, o efeito principal que decorre desse conceito é o de que as normas fundamentais não estão taxativamente dispostas no capítulo 1 do livro I da Parte geral do Código de Processo Civil.

As normas fundamentais do processo derivam especialmente do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal. É na Constituição que temos a previsão do devido processo legal, mais bem denominado *devido processo justo* em um constitucionalismo da efetividade. Essa “norma fundamental” correlaciona-se com o modelo de processo, seus

⁸⁴ A expressão *normas fundamentais* gera uma série de questionamentos. O primeiro deles, mais relevante, é que tal expressão não condiz com o conceito de *norma* de um constitucionalismo de efetividade, pois essa só é produzida a partir de um caso concreto, não existindo abstratamente. Seriam, portanto, diretrizes ou enunciados fundamentais do processo. Um segundo ponto é se tais normas poderiam ser regras ou princípios, como veremos, não há funcionalidade nessa distinção. No presente trabalho, adotamos a expressão *normas fundamentais*, pois está expressa no código e por ser adotada na rotina prática dos Tribunais, ficando a ressalva, contudo, que não se trata do conceito de *norma* que aqui defendemos.

institutos fundamentais e suas técnicas funcionais, para legitimar, justificar e estruturar a realização concreta do direito.

Por tudo isso, é comum afirmar que as normas fundamentais do processo derivam, essencialmente, do devido processo justo (legal), que seria a face (rótulo) da dignidade humana no processo (DIDIER, 2022, p. 106).⁸⁵

Assim, em tese, não haveria sequer interesse em tipificação das normas fundamentais na legislação, pois ou elas estão inseridas na constituição (constitucionalismo inserção), ou os institutos são relidos a partir da interpretação constitucional (constitucionalismo releitura). Porém, principalmente pelas crenças introjetadas pela origem do sistema jurídico nacional, muitas vezes, na prática a previsão legal traz mais efetividade do que uma “simples” previsão constitucional.⁸⁶

Em sequência, partindo agora para o plano infraconstitucional, temos normas materialmente fundamentais, normas formalmente fundamentais e normas material e formalmente fundamentais.

Seguindo a sugestão de Bastos Pereira, as normas material e formalmente constitucionais seriam as que, além de constar no catálogo do artigo 1º ao 12 do CPC, são aquelas que se relacionam à estrutura de justificação e fundamentação do processo. O Contraditório é um exemplo. Por outro lado, as normas formalmente fundamentais são aquelas que, embora estejam no referido catálogo, não se relacionam à essência do processo. É o caso do respeito preferencial à ordem cronológica, previsto no artigo 12. Por fim, há normas materialmente fundamentais fora do catálogo, que representam a estrutura do processo, porém encontram-se fora do referido rol. Como exemplo, citamos o prestígio a um sistema de padrões decisórios vinculantes previstos nos artigos 926 e 927 do CPC (BASTOS PEREIRA, 2018, p. 105-111).

Em continuidade, muito se discute a respeito da natureza jurídica dessas “normas fundamentais”, se princípios ou regras.

⁸⁵ Exatamente por isso, sendo a pessoa o centro do sistema, o processo se desenvolveria como instrumento para realização das pretensões humanas reconhecidas.

⁸⁶ Nesse momento, o Código chega ao ponto de, com todo respeito a quem pensa diferente, disciplinar uma verdadeira tautologia no artigo 1º, que dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. É o cúmulo a lei ter que afirmar expressamente a eficácia da norma da Constituição. Veja-se o raciocínio: pelo sistema Constitucional todos os fundamentos de validade derivam da Constituição, por isso a lei deve ser interpretada a partir da Constituição. Porém, o Código precisa dizer que as normas constitucionais devem ser observadas e o processo ser interpretado pela Constituição.

Tal discussão é muito ampla e densa ao mesmo tempo⁸⁷, porém, para os propósitos do presente trabalho, no qual procedemos de forma pragmática e a partir da funcionalidade da construção teórica e sua efetividade, é muito mais importante saber a relevância das normas em sua realização prática, ou seja, na construção do processo significativo, do que se elas têm propriamente natureza de princípios ou regras.

Afinal, para o pragmatismo normativo, é tudo aquilo que direciona uma decisão. Dessa forma, afirmar que os princípios e regras interessam muito mais na construção do processo significativo, gerador da norma, reforça a normatividade, e não a enfraquece, como ocorre na construção prévia da ideia de princípios e regras⁸⁸.

⁸⁷ Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg, em *Princípios Constitucionais* (2003). Nesse contexto, é comum na doutrina a adoção de inúmeros critérios de distinção de princípios. Assim como Rothenburg, Giorgio Pino (2013) e David Martinez Zorrilla (2007) apresentam critérios de distinção entre regras e princípios. Nesse sentido, podemos citar as seguintes distinções apresentadas: a) Enquanto os princípios são verdadeiros *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito, as regras podem ser vinculativas com conteúdo meramente funcional. Enquanto os princípios proclamam valores, as regras seriam avalorativas. Embora as regras funcionem para a realização de algum valor consagrado em um princípio anterior, não fazem explícita referência a um dito valor, indicando uma conduta funcional; b) Como resultado de seu alcance axiológico, aos princípios aderimos enquanto as regras são obedecidas; c) Os princípios são as normas fundamentais, particularmente importantes, representando os valores fundantes e constituintes. Por isso, os princípios não necessitam de uma justificação adicional. Além disso, têm função normogênica, ou seja, fundamentam outras normas. As regras seriam as concretizações dos princípios, não servindo para justificar outras normas; d) Os princípios têm um alto nível de generalização, vagueza, indeterminação. São normas abertas. As regras são normas que estabelecem condições específicas de aplicação com consequências jurídicas estabelecidas; e) A aplicação dos princípios é distinta da aplicação de regras. Enquanto as regras são normas que se aplicam no modelo tudo-ou-nada, no sentido de que se aplicam ou não se aplicam, os princípios possuem uma dimensão de peso, o que implica em que os princípios contam como razões que devem ser consideradas e ponderadas entre si a fim de determinar como se resolve o caso; f) Os princípios são normas suscetíveis de uma aplicação gradual ou flexível, por isso são normas derrotáveis. A regra é aplicável de forma total a partir do momento em que se verificam as condições fáticas previstas no seu âmbito normativo; g) Os princípios se aplicam por ponderação, enquanto as regras se aplicam mediante mera subsunção; h) Os princípios são mandamentos de otimização, que ordenam se realizar algo na maior medida do possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas concretas. As normas são tipos definidos, que exigem ou não o seu cumprimento pleno; i) Em caso de conflito, considerando que os princípios apresentam uma dimensão de peso, quando entram em conflito, ambos seguem sendo válidos, por mais que em um caso concreto se conceda maior relevância a um deles. Isso não ocorre com as regras. No conflito entre regras, uma delas não pode ser válida (ZORRILLA, 2007, p. 73 e PINO, 2013, p. 68-72).

⁸⁸ Na nossa compreensão, a distinção acaba por falhar na própria operacionalidade das regras e princípios, como também representa muito mais um reforço ao positivismo do que sua superação. Em primeiro lugar, a preocupação exaustiva e excessiva em distinguir princípios e regras implica em uma dificuldade prática relevante: os princípios operariam independentemente das regras ou ainda as regras se aplicariam independentemente dos princípios. Além disso, querer deduzir a ideia de princípio e de regras a partir de um conceito semântico da *norma* é simplesmente ignorar e contrariar toda a ideia de que a norma se produz na interpretação, ou seja, no uso da linguagem em sua dimensão pragmática. No mais, a postura teórica, além de não ser funcional, implica em contradições notórias. Isso porque, avançando na ideia de que a norma só se produz em um caso concreto e, por isso, depende da incidência dos fatos na composição do âmbito normativo (MÜLLER, 2013), seria inviável a classificação de normas em regra e princípios, levando em conta a sua dimensão estrutural. Trata-se de uma falsa ou contraditória distinção, que não leva em conta, portanto, a norma em si, mas sim o enunciado legislativo: teríamos enunciados regras e enunciados princípios, o que implicaria em grande celeuma. Se sustentamos, como visto anteriormente, um conceito de norma que se produz em um processo dinâmico, inviável aceitarmos a ideia de que os princípios e regras se diferenciam

Assim, se pensarmos que as normas fundamentais estruturam, justificam e legitimam o processo cooperativo no qual o direito se realiza, temos que levar a sério a noção de que o enunciado contém a ideia potencial, mas que seu processo de significância só se consolida a partir de um caso concreto. Por isso, a normatividade real das normas fundamentais só ocorre a partir de um evento fático, sendo, como o nome já diz, fundamentais para a adequação justificada das técnicas processuais com as formas de tutelas pretendidas, permitindo a realização da efetividade com legitimidade em um processo cooperativo, prestigiando-se o Constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, ainda quanto à natureza das normas fundamentais, uma observação final impõe-se. A questão que se coloca é se as normas fundamentais do processo são de natureza meramente adjetiva, ou seja, exclusivas do processo; e esse detalhe não pode passar despercebido. Já vimos que o processo é um instrumento de tutela jurisdicional no qual a jurisdição se concretiza a partir de técnicas processuais efetivas e tempestivas, visando a um resultado adequado. Há uma correlação necessária entre processo e direito material

Por isso, há uma correlação necessária entre as normas fundamentais e o direito material em si. Assim, o contraditório não é uma norma apenas garantidora da dialeticidade do processo; ela vai além. O contraditório traz reflexão, debate, intersubjetividade,

pelos enunciados; muito menos viável aceitar a ideia de que um princípio é um mandamento de otimização e uma regra um mandamento definitivo. Não é possível tal afirmação antes de conhecermos os fatos que, de forma conjunta com os enunciados, atuarão no processo dinâmico de produção da norma. Esse ponto nos leva a uma segunda questão: atualmente, o sistema está repleto de cláusulas gerais que necessitam de uma densificação pelo magistrado no caso concreto, inclusive no caso de regras, que torna insustentável afirmar que uma regra se aplica por meio da subsunção e um princípio por meio de ponderação. Para agravar ainda mais a questão, levando em conta a distinção estrutural, muitas regras (ou enunciados normativos descritos na forma de regra) assumem relevo incomensurável no sistema. Por exemplo, quando a Constituição diz expressamente que uma emenda constitucional depende da aprovação em dois turnos por 3/5 de parlamentares em cada casa, isso tende a ser uma regra, porém uma regra que teria tanta ou maior relevância que muitos princípios, se adotarmos a distinção sustentada por muitos. Acrescente-se que, além de não ser possível pensar em aplicação no sistema do tudo ou nada no caso das denominadas “normas-regras”, nem sempre, no caso de conflito, estaríamos diante da invalidação de uma delas. Primeiro, porque a porosidade pode ser a essência da regra, como a que deixa em aberto um necessário campo de densificação. Segundo, pelo fato de ser possível e, muitas vezes recomendável, buscar o diálogo sistemático entre elas, sempre levando em conta os fatos e o contexto de construção normativa. Enfim, o tudo-ou-nada não leva a nada e falha em tudo. Por fim, há um forte efeito reverso em tal distinção, ou seja, ao distinguir regras e princípios há, na verdade, um reforço ao positivismo, inclusive de matriz formalista, do que propriamente o seu abandono. Nesse cenário, é importante notar que a grande preocupação é desenvolver uma teoria dos princípios. Porém, ao postular tal teoria, deixa de lado uma espécie de norma que é tradicional no direito e representa grande parte do sistema jurídico: as regras. Quando se sustenta, de forma extremamente rasa, que as regras se aplicam no modelo tudo-ou-nada, simplesmente se reforça a ideia do formalismo jurídico. A grande preocupação com as normas-princípios fez com que a doutrina simplesmente ignorasse que, mesmo em nossa Constituição, as regras representam grande parte do sistema jurídico. Trata-se do que Alfonso Garcia Figueroa (2009, p. 143) denominou de *paradoxo do principialismo formalista*.

legitimando o diálogo sincero entre a comunidade de trabalho, o que gera efeito na produção de normas fundamento e de decisão, mais legítimas e efetivas.

As normas fundamentais, portanto, se correlacionam com a própria produção da norma, uma vez que estruturam o processo que é instrumento de realização das formas de tutelas.

Estabelecidas essas premissas, podemos compreender as normas fundamentais a partir do método pragmático.

3.3.2 As normas fundamentais na dimensão lógica, ética e estética e seus propósitos

Conforme visto anteriormente, o método pragmático conecta (em termos peircianos) a lógica, a ética e a estética. A relevância em compreender as normas fundamentais a partir dessas dimensões é que nos permite cultivar os efeitos práticos que tais normas produzem em um ambiente real, em que a experiência jurídica vai se consolidando.

Nesse contexto, as normas fundamentais apresentam relevância lógica no contexto de que auxiliam na produção do raciocínio correto, bem como na reflexão dos meios para se agir razoavelmente. A consciência de tal afirmação implica efeitos práticos relevantes. O contraditório, por exemplo, passa a ser cultivado, não só teorizado, afinal, na produção do raciocínio correto, a reflexão sobre os pontos controvertidos narrados pelas partes exige consideração sincera sobre os argumentos apresentados, questionando-se as crenças e o pré-juízos já concebidos. A imparcialidade, outro exemplo, realiza-se de forma plena, inclusive em amparar uma preocupação do agente decisor não só em ser equidistante das partes, mas de ter cautela com decisões de inopino.

Em um contexto jurídico, poderíamos dizer que as normas fundamentais assumem uma importância na interpretação dos demais institutos, na construção de novos procedimentos adequados à tutela específica e na densificação de significados vagos.

Já na dimensão ética, as normas fundamentais guiam o raciocínio adequado por meio da análise dos fins aos quais esses meios devem ser dirigidos. Durante todo o percurso dinâmico no processo de tomada de decisão, os sujeitos são movidos por propósitos. A legitimidade desses propósitos deve ser analisada em um contexto ético.

O efeito prático fundamental nessa dimensão não é produzir um sistema de escolhas sobre o que é certo ou errado, mas deliberar sobre o que se quer fazer, o que se tem em mira, o que se almeja. A figura do sujeito, na deliberação da construção normativa, ganha relevo nessa dimensão. Muitas teorias dogmáticas sobre o conteúdo das normas fundamentais deixam o sujeito de lado, como se a aplicação de uma norma fosse um simples exercício da

razão teórica, esquecendo que, ao lado de todo o raciocínio, esse opera-se a partir de propósitos, que, no caso, devem ser refletidos e deliberados.

Pensemos novamente no princípio do contraditório e da vedação de surpresa. O juiz, em um caso concreto, verifica que um determinado fundamento não foi debatido pelas partes, porém compreende que se trata de desdobramento natural da causa de pedir e da previsão objetiva em abstrato. Nesse caso, excepciona a norma prevista no artigo 10 e sentencia. Por mais que nossa Corte Suprema responsável pela unidade da interpretação da legislação infraconstitucional venha confirmando decisões desse tipo, se o juiz deliberasse sobre os propósitos no contexto da produção de um raciocínio correto possivelmente prestigiaria a norma fundamental. O que se questiona é: conhecendo a estrutura do modelo cooperativo e suas dimensões de legitimação, qual prejuízo haveria em um prazo de cinco dias (simultâneo por se tratar de processo eletrônico) ouvir as partes a respeito da questão, mesmo sendo decorrência lógica do fundamento mencionado na inicial? Se, por um lado, o STJ vem aceitando tal decisão (muito mais por um malabarismo hermenêutico, confessemos), com certeza a decisão em sentido oposto não geraria qualquer nulidade e, melhor, prestigiaria o sistema. Aliás, a deliberação sobre propósitos, em um contexto de normas fundamentais, é essencial para o desenvolvimento de um processo justo.

Ressalte-se, utilizando-se desse mesmo exemplo, que é possível surgir uma colisão de propósitos. Isso porque, embora o propósito, em tese, represente o que o agente almeja, em um processo democrático, o propósito do agente deve ser refletido a partir de sua adequação aos fins constitucionais e legais⁸⁹, que, inclusive, são debatidos em uma comunidade de trabalho. Assim, no caso em questão, se, por um lado, sustentamos uma decisão mais consentânea com o contraditório substancial (dimensão ética), que poderá refletir no processo de raciocínio adequado (dimensão lógica), por outro, poderíamos dizer que não seguir a decisão da Corte de Vértice violaria a previsibilidade, o que não deixa de ser uma norma fundamental.

⁸⁹ Nesse sentido, a própria constituição estabelece objetivos e finalidades, dentre as quais se destacam a dignidade humana e cidadania. O Código, por seu turno, em seu art. 8º, diz que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência; a LINDB, por sua vez, dispõe expressamente que: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Para o método pragmático, essa colisão não é um propriamente um problema.⁹⁰ Nada mais é que uma dúvida real, que precisa de significação para formar uma crença. Essa significação passará por todo um proceder não solipsista, no qual a exigência de um raciocínio deliberado, autocontrolado, realizado em uma comunidade de trabalho (intersubjetivamente), permitirá a produção de uma decisão racional.

Essa racionalidade dialógica garante a razoabilidade possível, e a colisão, em si, nada mais é que uma etapa normal de qualquer processo de tomada de decisão, na qual deveremos estar dispostos a produzir uma crença a partir da reflexão em uma comunidade de trabalho, levando em conta a falibilidade do conhecimento em um contexto real de significação.

Nesse contexto, a dimensão ética das normas fundamentais reforça sua função bloqueadora ou impeditiva de comportamentos desleais⁹¹, densifica substancialmente o processo de raciocínio adequado e destaca a necessidade de que as normas fundamentais representam não só um conteúdo dogmático, mas sim pautas de comportamento dos sujeitos no processo, não relegando este às margens do modelo cooperativo de processo.

Por fim, a dimensão estética reforça o sentimento de que as normas fundamentais devem perseguir um fim último, ideal, que se potencializa a cada novo evento dentro de um contexto real. Em termos jurídicos, as normas fundamentais se desenvolvem em um contínuo, aperfeiçoando-se ao longo do tempo. Razões necessárias e suficientes para uma determinada decisão expandem-se, mas não se tornam imutáveis, pois a essência do direito está na sua não fossilização, ou seja, no contínuo aperfeiçoamento, buscando a razoabilidade concreta de nossas ações.

A estética guiará a ética no sentido de que os propósitos devem cultivar essa evolução sempre em busca de um aperfeiçoamento do modelo cooperativo e do constitucionalismo da efetividade.

Em outra incursão, mas correlacionada com a presente, as normas fundamentais ligam-se precipuamente aos propósitos do método pragmático, visando produzir uma crença a

⁹⁰ Quando se pensa a colisão como um problema do sistema, em nosso ver, novamente há um retorno ao modelo positivista. Ora, não era o positivismo que falava em ausência de contradição em um sistema coerente? Essa preocupação extrema em criar fórmulas que correlacionam escala de valores com o processo de decisão não seria uma forma indireta de se tentar coisificar a colisão, resolvendo-a por um modelo verificacionista, visando à sensação falsa de uma coerência. A colisão é realidade que opera-se em todos os níveis do processo de tomada de decisão, sincero, reflexivo e autocontrolado.

⁹¹ Nesse ponto, apenas para reforçar, essa função de evitar comportamento desleal, embora na dogmática seja da essência da boa-fé, na verdade, se correlaciona com todas as demais normas. Por exemplo, o juiz que forja um contraditório fajuto se comporta deslealmente e viola o contraditório. O juiz que motiva indevidamente sua sentença, visando justificar uma decisão antecipada, também comporta-se deslealmente, violando a norma fundamental da fundamentação. A parte que cria dilações indevidas ou atua de forma procrastinatória se comporta deslealmente, violando, no caso, a duração razoável do processo.

partir de uma comunidade de trabalho que adote o valor *verdade* como compromisso de um processo honesto e sincero na consecução das tutelas jurisdicionais. Tudo isso, visando a um contínuo aperfeiçoamento das decisões, o que implica a certeza da funcionalidade concreta das normas que estruturam o processo.

Encerrando, não podemos deixar de registrar que, com base na análise multifuncional das normas fundamentais a partir das dimensões do método pragmático, trabalhamos a importância da incidência efetiva das normas em si, nas intercorrências que constantemente afetam o processo de tomada de decisão.

4 O PROCESSO RACIONAL DE TOMADA DE DECISÃO

Inseridos em um paradigma de efetividade, característica central do constitucionalismo contemporâneo, compreendemos que uma das maiores dificuldades é, não só conhecer as teorias, mas também cultivar os efeitos desse paradigma. O sistema originário da *civil law* introjetou em nossos juristas crenças que enraizaram ao longo da história não só do direito substancial, mas também do processo.

O processo cooperativo e democrático que opera na experiência foi estruturado para fazer valer a efetividade da tutela dos direitos. Tal estrutura, essencialmente aberta, se entrelaça com o método pragmático aqui defendido, essencialmente antifundacionalista, contextualista, consequencialista e cooperativo, que tem em suas dimensões lógica, ética e estética o desenvolvimento do raciocínio correto a partir de fins deliberados em busca de um contínuo crescimento da correção dos processos de decisão.

A partir da compreensão de que a efetividade da norma e sua legitimidade se concretizam na experiência e que o processo de tomada de decisão de certificação do direito e sua satisfação são essenciais para a concretização de tais valores, é imprescindível analisar, a partir do método pragmático inserido no modelo cooperativo, a dinâmica de tal processo de produção da norma-fundamento e norma-decisão e sua consequente satisfação.

Para tanto, o ponto de partida é refletir sobre a racionalidade prática que se espera desse processo decisório entrelaçado ao método pragmático em um contexto cooperativo de processo em que se busca legitimidade e efetividade da decisão, para, em seguida, entender o contexto e analisar propriamente a dinâmica, seus efeitos e suas intercorrências.

4.1 Racionalidade(s) jurídica(s)

O tema *racionalidade* é, e ninguém ignora, um dos temas mais complexos e controvertidos de nossa atualidade cultural (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 34), principalmente quando o relacionamos com o processo de tomada de decisão.

Ao longo da história do direito, a busca pela formação de uma ciência jurídica racional sempre foi um dos principais objetivos de nossos cientistas. Nesse sentido, predicar racionalidade do direito significa, em sentido amplo, conceber o sistema jurídico fundamentalmente como uma expressão da razão, uma razão em sentido forte que se contrapõe à vontade (GARCIA FIGUEROA, 2009, p. 30).

Nesse contexto, a busca pela construção de um método que permitisse a produção de uma decisão judicial correta e adequada sempre foi objeto de discussão⁹². O método seria um instrumento de garantia de correção e racionalidade da decisão.

⁹² Em outro momento, tivemos a oportunidade de analisar o atual estado da arte na interpretação do direito e sua insuficiência no contexto de decisão judicial. Nesse sentido, conforme afirmamos, não é nossa intenção, sob pena de perder o foco no presente trabalho, analisar de forma pormenorizada as escolas de interpretação jurídica que influenciam em outros métodos de tomada de decisão. Porém, desde já, é importante reforçar que, por mais atual que seja a escola da interpretação, nenhuma delas percebeu que o processo interpretativo se efetiva em um determinado contexto processual. Não estamos aqui afirmando que as escolas interpretativas se afastam completamente do caso concreto, mas apenas que elas não são suficientes para compreender a verdadeira atividade de criação do direito em seu momento concretizador. Na verdade, a tópica de Viehweg, a hermenêutica filosófica de Gadamer, a teoria da argumentação de Alexy, a metódica estruturante de Müller ou ainda a retórica de Perelman, todas elas se preocuparam com o fato de que a compreensão e a interpretação surgem em um determinado caso concreto. Como bem sintetiza Manuel Atienza em seu *El Derecho como Argumentación*, muitos têm defendido teses que no fundo não se diferenciam da de Dworkin. Entre eles, autores como MacCormick, Alexy, Raz, Nino, Ferrajoli. Todos eles, embora possuam distinções em determinadas ocasiões, é certo que possuem as seguintes semelhanças: 1) a importância outorgada aos princípios como ingrediente necessário, além das regras, para compreender a estrutura e funcionamento de um sistema jurídico; 2) a tendência de considerar as normas, regras e princípios, não tanto de uma perspectiva de sua estrutura lógica, mas sim a partir do papel que realizam no raciocínio prático; 3) a ideia de que o direito é uma realidade dinâmica e que consiste nem tanto ou não tão somente em uma série de normas ou enunciados de tipos diversos, mas também em uma prática social complexa, incluindo normas, procedimentos, valores, ações, agentes, entre outros; 4) relacionando-se à característica anterior, a importância que se atribui à interpretação, vista não como resultado, mas sim como processo racional e conformador do direito; 5) o enfraquecimento da distinção entre linguagem descritiva e prescritiva e, associada a isso, a reivindicação do caráter prático da teoria e da ciência do direito, as quais não podem ser reduzidas a discursos meramente descritivos; 6) no estabelecimento da validade em termos substantivos, e não meramente formais; ou seja, para ser válida, uma norma deve respeitar os princípios e os direitos estabelecidos na Constituição; 7) a ideia de que a jurisdição não pode versar em termos simplesmente legalistas de sujeição do juiz, pois a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais; 8) a tese segundo a qual entre direito e moral existe uma conexão não somente quanto ao conteúdo, mas sim de tipo conceitual ou intrínseco; embora se pense que a identificação do direito se faça mediante algum critério como o da regra de reconhecimento, essa regra na verdade incorporaria critérios substantivos de caráter moral e a aceitação dela tenderia necessariamente a um caráter moral do direito; 9) a tendência a uma integração entre as diversas esferas da Razão prática, o direito, a moral e a política; 10) como consequência da questão anterior: a ideia de que a razão jurídica não é somente razão instrumental, mas uma razão prática não somente sobre meios, mas também sobre fins; a atividade do jurista não está guiada ou não está exclusivamente guiada pelo êxito, mas pela ideia de correção, pela pretensão de Justiça; 11) a diluição das fronteiras entre o que é direito e o que não é direito e, com isso, a defesa de algum tipo de pluralismo jurídico; 12) a importância colocada na necessidade de justificar racionalmente as decisões e, portanto, conceber o raciocínio jurídico como característica essencial de uma sociedade democrática; 13) ligado a essa questão anterior, a convicção de que existem critérios objetivos como princípio da universalidade ou da coerência ou da integridade que outorgam caráter racional à prática de justificação das decisões, embora não se aceite a tese de que existe uma resposta correta para cada caso; 14) a consideração de que o direito não é somente um instrumento para lograr objetivos sociais, mas que incorpora valores morais e que esses valores não pertencem simplesmente a uma determinada moral social, mas sim é uma moral racionalmente fundamentada, o que leva, em certo modo, a relativizar a distinção entre moral positiva e moral crítica (ATIENZA, 2012, p. 55-56). Pois bem, note-se que todas essas escolas, embora atentem para o caso concreto, deixam de lado um elemento essencial no estudo da compreensão, interpretação e aplicação do direito. Tal fenômeno se concretiza dentro do processo, com princípios e regras que devem ser respeitados. E é no processo que se operacionaliza a racionalidade e se garante a construção democrática da resposta mais razoável. Por isso, a interpretação é produzida a partir das rotinas processuais, aquelas que o juiz coloca em ação na conformidade com sua experiência. Quando se fala em resposta correta, o que dizer das hipóteses nas quais o juiz tem que decidir com base no ônus da prova? Na linha do filósofo Marcelo Dascal, todos esses modelos de interpretação não são suficientes no confronto com um modelo constitucional referido a uma sociedade pós-moderna, multicultural e complexa (DASCAL, 2006, p. 216 *et seq.*). Os métodos não passam

A ideia básica era a de que, se o direito tinha por função solucionar conflitos jurídicos, era preciso que tal solução não surgisse, exclusivamente, da subjetividade dos aplicadores do direito, devendo haver um método que garantisse uma suposta objetividade na decisão, afixando o direito como uma ciência.

Essa objetividade, inicialmente traduzida como verificacionismo, surge correlacionada, essencialmente com o positivismo⁹³, base filosófica que impregnou o surgimento do sistema da *civil law*.

Assim, o postulado seria:

[...] o princípio da verificação constitui o critério de distinção entre proposições sensatas e proposições insensatas, de modo que tal princípio se configura como critério de significância que delimita a esfera da linguagem sensata da linguagem sem sentido que leva à expressão o mundo das nossas emoções e dos nossos medos (REALE, 1990, p. 994).

Nesse ponto, imaginou-se possível que todas as respostas a problemas reais fossem previamente estabelecidas abstratamente pelo legislador. A função do juiz seria a de

de possibilidades oferecidas ao intérprete de legitimar os resultados desejados e considerados mais apropriados. Entretanto, eles não se relacionam com o momento da descoberta da decisão, momento este intrinsecamente ligado com a prática processual. Além disso, a ontologia substancialista deve ser superada por aquilo que A. Kaufmann (2007, p. 50), referindo-se a Peirce, denominou de ontologia das relações. Uma entidade (o direito) é constituída a partir da relação com outras entidades (economia, sociedade, cultura). Um fato julgado é analisado a partir de outros fatos semelhantes. A construção do conhecimento se dá dentro de uma comunidade de intérpretes, que, no caso do direito, é caracterizado pelo processo.

Por fim, mas não menos importante, a tradição por muito vem sendo superada naquilo que se denomina de sociedade de risco (Ulrich Beck). Segundo Anthony Giddens, existem processos de abandono, desincorporação e problematização da tradição. Isso porque, por um lado, há a difusão extensiva das instituições modernas, universalizadas por meio de processos de globalização. Por outro, mas imediatamente relacionados com a primeira, estão os processos de mudança intencional, que podem ser conectados à radicalização da modernidade (GIDDENS, 1995, p. 91). Em cada nova demanda, as demandas pretéritas servem de experiência para casos futuros, com respostas e decisões que vão se aprimorando ao longo do tempo. Diante disso, o agente decisor se coloca a cada momento em situações de decidir como ser e como agir. Tudo isso se dá dentro de um processo permeado de regras que devem ser observadas. A multiplicidade de possibilidades nos impõe um agir concreto pautado em reflexão, deliberação, decisão e ação. Tudo isso a partir de situações novas. As consequências de nossas decisões assumem relevo imprescindível. Por isso, pensamos que o método pragmático envolve todo um percurso decisório, prestigiando os contextos de descoberta, perceptivo e deliberativo e o contexto de justificação. Buscamos aqui o desenvolvimento de um modelo que estructure a decisão como um todo e não só o momento de justificação do discurso. Justificar um discurso é a última etapa de um percurso complexo que, para se legitimar, deve ser analisado como um todo. As teorias das decisões, com respeito a esse percurso, são insuficientes.

⁹³ Segundo George Browne Rego (2009, p. 29), “os princípios que inspiraram o positivismo lógico pressupunham a construção de uma ciência unificada (Einheitwissenschaft). Essa estrutura global do conhecimento científico pretendia incorporar, dentro de um mesmo conjunto, os achados científicos das ciências físicas e naturais, da psicologia, das matemáticas, etc. Seria, entretanto, necessário que se concebesse um modelo metodológico que pudesse abrigar e dar unidade e coerência aos conteúdos dessas distintas dimensões do saber científico. Para tanto, propunham que o método lógico, concebido por Peano, Frege, Whitehead e Bertrand Russell, fosse introduzido nas suas investigações. Com isso, pretendia-se eliminar as interveniências metafísicas que bloqueavam o progresso da ciência, cujos resíduos, inclusive, ainda poderiam ser detectados como uma herança de Kant – apesar do avanço que sua teoria crítica tinha patrocinado nesse particular –, tornando assim mais claros os conceitos e teorias das ciências empíricas, bem como os fundamentos matemáticos que lhes dão sustentação”.

meramente aplicar o direito legislado aos fatos. Para o positivismo legalista, tal atividade garantiria a neutralidade do sujeito que decide, implicando uma resposta certa e adequada para todos os casos.

Visando garantir o que se entendia por segurança jurídica, o juiz, a partir de um raciocínio silogístico, subsumiria os fatos à lei sem qualquer tipo de valoração, garantindo, assim, uma racionalidade.

Por muito tempo a ideia de racionalidade se vinculou necessariamente à demonstrabilidade objetiva de uma determinada conclusão. A racionalidade demonstrativa, se assim podemos chamá-la, parte da ideia de que racional é o que é demonstrável. Juízos objetivos seriam o pilar de tal racionalidade. O que é avaliativo ou valorativo demanda um juízo subjetivo; portanto, não haveria que se falar propriamente em racionalidade.

Para esses, se o direito levasse em conta questões morais, sua aplicação representaria muito mais uma questão de vontade, uma experiência ideológica ou uma aplicação sentimental ou emotiva.

Por isso, aqueles que assim pensavam buscavam densificar a lei como uma entidade com significado pronto e acabado, para ser aplicada mecanicamente por um sujeito que a conhece. A relação entre um sujeito neutro e um objeto completo e suficiente trariam a racionalidade para o mundo jurídico, quase que de forma matemática.

Essa concepção de racionalidade não é suficiente para o modelo aqui defendido. O direito só se realiza como experiência social. Aliás ele existe para isso, para ser uma prática social, composta de regras que se densificam em determinados contextos, operadas e manejadas por sujeitos engajados em um verdadeiro controle intersubjetivo. O direito não é mera repetição ou reprodução dos enunciados legislativos. O direito, como dito, é discurso que articula e enuncia razões que motivam decisões, essas, por sua vez, raciocinadas e refletidas a partir de relações entre enunciados até uma conclusão final.

Mesmo a racionalidade prática desenvolvida pelo positivismo contemporâneo⁹⁴ resta limitada à correlação das regras como razões preponderantes. Parece-nos apenas que

⁹⁴ Representante do positivismo contemporâneo, Joseph Raz (2010), em sua famosa obra *Razão Prática e norma*, trabalha a racionalidade presente nos raciocínios práticos dos órgãos judiciais a partir da ideia central de normas como razões para a ação. Segundo o próprio autor positivista excludente, a tese central de seu livro é a de que alguns tipos de regras (regras categóricas e permissivas) são razões para ações de um tipo especial e que outras regras (regras autorizantes) estão logicamente ligadas a tais razões práticas e normas. Raz parte do pressuposto de que o direito é apresentado como um conjunto de padrões oficiais e exige que todos aqueles a quem se aplique reconheçam sua validade (RAZ, 1985, p. 51). Autoridade, para ele, é um conceito prático. Isso significa que as questões de quem tem autoridade sobre quem são questões práticas; elas são sobre o que se deve fazer. Em outras palavras, declarações de que algumas pessoas têm autoridade

reformulam performaticamente a ideia amplamente sugerida por positivistas clássicos de segurança por dedução. Trata-se de uma tentativa de compatibilizar o paradigma teórico do positivismo, principalmente quanto à tese do fato social e da não conexão necessária com a moral, com a ideia de direito como prática normativa (ou ainda como preferem os positivistas em seu momento de aplicação).

Em reação a tal racionalidade verificacionista ou de subsunção, surge outro modelo de racionalidade que poderíamos denominar racionalidade técnica (CASTANHEIRA NEVES, 2013 p. 54). Se a função essencial da racionalidade positivista era garantir segurança acima de tudo, na presente a ideia é que a razão do direito se resume à efetividade. Busca-se uma concepção de que o direito seria concebido como um instrumento para alcançar determinadas finalidades. Assim, poderia ser submetido e manipulado por uma racionalidade finalística, funcional e tecnológica. O direito, nesse ponto, seria essencial para a satisfação de

podem servir como premissas em inferências práticas. Uma explicação da autoridade tem que explicar, precisamente, a relevância prática do conceito. Ele tem que explicar, precisamente, como é provável que apareça em inferências práticas (p. 24). Nesse contexto, Raz distingue dois níveis da deliberação prática: no primeiro nível atuam as denominadas razões de primeira ordem, conhecidas como operativas e auxiliares. Razões operativas são aquelas em que a crença em sua existência acarreta uma atitude crítica prática (RAZ, 2010, p. 25). Razões auxiliares são aquelas que desempenham vários papéis dentro do raciocínio prático; no segundo nível, surgem as denominadas razões excludentes. Raz aponta duas delas, sendo a primeira de identificar o ato para o qual há uma razão para a realização e a segunda a de razões que afetam a força, relevantes no caso de conflito, auxiliando na determinação da razão que tem mais força (p. 26). Uma razão de segunda ordem é qualquer razão para agir ou abster-se de agir com base em uma razão (p. 31). Para Raz, caso de conflito de razões de primeira ordem com razões de segunda ordem não se resolve com base na força das razões, mas sim em favor das razões de segunda ordem. Verifica-se que Raz reconhece que o direito se concretiza por meio de um raciocínio prático. Porém, ao que parece, busca compatibilizar um raciocínio prático centrado em regras, nominadas de razões, visando manter a sua concepção, segundo a qual o conteúdo da lei pode ser identificado sem recorrer a considerações morais baseadas na deseabilidade ou outro componente que exija ir além daquelas que decorrem da ação humana ou de normas jurídicas particulares. A ideia de um raciocínio prático limitado a regras de primeira e segunda ordem mantém-se vinculado à necessária de busca de segurança pautada na construção de um método que garanta uma pseudocerteza na produção da resolução do caso concreto. Também positivista contemporâneo, Frederick Schauer (2004), em seu livro *Playing by the rules (Las reglas en juego)*, preocupa-se com a justificação racional sobre o seguimento de regras. Para ele é importante relacionar as regras com a análise de sua linguagem, o que demonstra a existência de situações ou experiências recalcitrantes, que constituem aquelas situações de generalizações inadequadas prejudicando a sua justificação, ou, ainda, por possuírem textura aberta (inclusão de um termo vago frente a um caso concreto), ou, por fim, nas hipóteses em que a divergência entre a regra e a justificação ocorre diante de uma lacuna axiológica. Schauer trabalha a reação às experiências recalcitrantes a partir de dois modelos: o conversacional e o atrincheirado. Para ele o modelo conversacional ofereceria uma grande tolerância às experiências recalcitrantes, sejam elas provocadas por fenômenos de sub ou sobreinclusão, textura aberta ou por suposições equivocada no momento da generalização. Nesse caso, o modelo conversacional admite que subministremos precisões ou refinamentos de conceitos, toda vez que for necessário. As experiências recalcitrantes funcionariam como necessários gatilhos de adaptação. Por outro lado, o modelo do entrincheiramento frente a uma experiência recalcitrante não produziria qualquer modificação ou reformulação da generalização como no modelo anterior. Assim, eventual conflito resolve-se em favor da regra, sendo que o agente decisor tem de considerar o fato de sua existência como constitutivo de uma razão para ação, mesmo quando presentes tais experiências. (Embora não seja nossa intenção, Schauer (2004) sustenta uma autonomia semântica da linguagem, uma vez que os símbolos que lhe conformam são capazes de possuir significados sem depender para tanto dos propósitos que perseguem os falantes em ocasiões específicas).

necessidades humanas, buscando-se soluções sociais mais convenientes, oportunas, uteis e eficazes, no contexto de maximização dos efeitos sociais positivos.

Essa racionalidade, da mesma forma, não condiz com a essência do que até aqui apresentamos. A preocupação de um diálogo democrático e o discurso de compromisso e responsabilidade com os valores constitucionais impede a aceitação de uma racionalidade que substitui a substância e o fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, pela simples busca de efeitos sociais desejáveis.

Fazendo um contraponto com esses dois modelos, buscando um equilíbrio, as teorias da argumentação jurídica renovam a ideia de racionalidade prática. Partem do conceito do *direito* como uma atividade prática desenvolvida por sujeitos sociais, que deliberam em processos decisórios. Seu papel central é analisar o contexto de justificação das decisões e estabelecer parâmetros que conduzam à racionalidade de uma determinada fundamentação (justificação).

Nesse ponto, tal racionalidade também é insuficiente para a dinâmica de decisão que aqui sustentamos: o contexto de descoberta é tão fundamental quanto o contexto de justificação em um modelo de construção normativa, democrática, efetiva e tempestiva a partir de um processo.

Nesse contexto, como muito bem observado por Claudia Roesler no texto já citado, a teoria da argumentação, seja em que vertente for, não é uma teoria da decisão judicial, mas da justificação ou dos discursos judiciais, uma vez que tais teorias não buscam descrever ou prescrever como um julgador opera seus processos cognitivos e práticos destinados a decidir por uma das possibilidades diante de um caso que esteja sob sua alçada (ROESLER, 2018, p. 37).

Assim, a racionalidade prática estaria limitada ao contexto da justificação, sob o argumento de que o de descoberta envolve elementos socializantes ou psicológicos que não interessam ao direito.

Mas, então, qual a racionalidade que o método pragmático intrincado ao modelo cooperativo na busca de se cultivar um constitucionalismo de efetividade teria a oferecer?

4.2 Racionalidade a partir do método pragmático e efeitos práticos

Como já afirmamos, quando refletimos sobre aportes teóricos, o método pragmático não se perfaz em um método pré-concebido, dogmatizado, totalizante de vinculação e coisificação do agente decisor. O pragmatismo se liga ao modelo cooperativo de processo, em uma troca recíproca de influências na busca de uma finalidade: a efetivação de direitos.

Assim, os fatores de legitimação do modelo cooperativo configuram-se em elementos centrais na construção da racionalidade na dinâmica de tomada de decisão, o que implica a afirmação geral de que decisão legítima é decisão racional.

Nesse contexto, a racionalidade que aqui se defende não se define por critérios. Critérios não produzem efeitos reais positivos, pois podem ser manipulados, forjados e construídos a partir de interesses obscuros. A racionalidade que aqui se pretende não se faz por requisitos, mas se efetiva por posturas; isso porque a racionalidade não está objetivamente no método, ela se interliga ao sujeito, ao problema e ao sistema em um sentido de convergir para a produção de uma decisão adequada.

O método pragmático, que tem dentre seus propósitos já trabalhados, a funcionalidade, que garante legitimidade na formação da crença, se preocupa com efeitos práticos produzidos por ações racionais, afinal não são os dogmas que nos definem, mas sim nossas posturas.

Traduzindo para o processo, não é a teoria sofisticada que define a racionalidade a partir de um objeto, mas a capacidade real de efetivar as tutelas pretendidas, por meio de técnicas adequadas, de forma justa tempestiva e adequada.⁹⁵

Por isso, a partir da ideia de promover funcionalidade à racionalidade, trazendo-a para a experiência, a intersubjetividade torna-se elemento de controle do raciocínio em substituição à dedução, a efetividade passa a ser o elemento finalístico em substituição à simples declaração de direito, a previsibilidade figura como elemento de estabilidade em substituição à segurança abstrata e a responsabilidade emerge como elemento de compromisso na produção de decisão adequada.

Esses elementos operam a partir das características, dimensões e propósitos do método pragmático em uma relação de entrelaçamento, a partir dos efeitos práticos produzidos. Vejamos.

É preciso cultivar o hábito de que o processo de tomada de decisão, para ser racional, envolve não só o contexto de justificação, mas também o contexto de descoberta. Embora seja lugar comum na teoria da argumentação jurídica sustentar que o contexto de descoberta é importante, muitos afirmam que tal dimensão precisa ser estudado por outros ramos da

⁹⁵ É interessante como a dogmática jurídica é propensa à utilização da prosopopeia no direito. Trata-se de uma figura de linguagem a partir da qual empresta-se sentimentos humanos a coisas ou instituição inanimadas. Sem dúvida, trata-se de figura de linguagem importante para destacar que o direito não é uma ciência estática, por exemplo quando falamos que o direito é uma ciência viva. Porém, talvez em virtude de uma utilização tão ampla, os juristas acabam se esquecendo de que quem verdadeiramente faz o direito são os homens por meio de suas ações. Falar em direito racional sem correlacionar com ações racionais, posturas racionais, fins e propósitos racionais é continuar analisando uma prática real a partir de um reino abstrato.

ciência.⁹⁶ Pensamos, todavia, que essa não é uma afirmativa adequada, gerando certo déficit racional no processo decisório.

Por mais que seja adequado falar que no contexto de descoberta fatores psicológicos, ideológicos e políticos ingressam na formação da crença, isso não implica a ausência de elementos jurídicos fundamentais. Essa afirmação ganha relevo ainda mais quando o direito passa a se reaproximar da ética, incrementando seus enunciados constitucionais e legais a partir de preceitos que envolvem questões morais relevantes.

Assim, quando pensamos, por exemplo, nas normas fundamentais estruturantes do processo a partir de seus efeitos reais, e não só em teorias abstratas sofisticadas, percebemos que, se a imparcialidade ao lado da responsabilidade não se fizer presente no momento de descoberta, o juiz poderá promover um verdadeiro raciocínio fajuto ou forjado, utilizando-se de um instrumento para impor seus valores pessoais. O contraditório tem que se fazer presente na reflexão durante a produção da crença, como verdadeiro poder de influência, e não só como uma ferramenta de oitiva da parte sobre determinado fundamento relevante não ventilado.

Ao cultivar o hábito do contexto de descoberta e aceitar sua importância, a dedução⁹⁷ deixa de ser elemento de significativa importância no processo racional de tomada de decisão. Isso porque a racionalidade está não só na justificação, mas também na produção da crença.

⁹⁶ Manuel Atienza (2017, p. 44) explica que a teoria *standard* da argumentação jurídica parte da distinção entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação das decisões judiciais, circunscrevendo o estudo da argumentação jurídica a este último âmbito. Uma coisa são as razões que explicam uma decisão; outras as que justificam. Segundo ele, cada um desses dois aspectos das decisões seria o objeto de estudo de disciplinas distintas: do contexto da descoberta teriam que se ocupar diversas ciências sociais, enquanto a teoria do direito se situaria exclusivamente no contexto de justificação.

⁹⁷ Nesse ponto, quando falamos em dedução, referimo-nos a todos os processos de justificação que evidentemente culminam na etapa dedutiva. O problema da subsunção, por exemplo, não está na etapa justificativa da sentença. O problema está no contexto de descoberta. A subsunção parte da ideia de que é há premissas gerais (que, em regra, não se questionam) e nelas encaixam fatos selecionados. Assim, ou não se discute a legitimidade e densificação das premissas, ou preocupa-se exclusivamente com a justificação, não se buscando compreender como a crença se formou. A questão se agrava ainda mais em um sistema repleto de cláusulas gerais. Por outro lado, a ponderação padece dos mesmos vícios, sendo insuficiente pelos mesmos problemas. Segundo a lei da ponderação alexyana, “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Segundo Alexy, tal fórmula expressa a essência da ponderação e possui grande importância prática. Assim, no primeiro passo é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância de satisfação de princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio (ALEXY, 2013, p. 594). Quando analisamos a teoria de Alexy, o problema não está na forma como se utiliza o argumento estruturado na lei de colisão ou de ponderação, o problema é como chegamos à decisão e densificamos nossas escolhas a partir de fins deliberados em conformidade com a Constituição, leis e precedentes. E mais, na ponderação o ponto de chegada de aplicação de um princípio constitucional é sempre a formação de uma regra, a partir da qual o caso concreto será subsumido à mesma. Trata-se da denominada *Norma de Direito Fundamental Associada*, assim definida por Roberto Jose Ludwig: “norma de direito fundamental associada pode ser definida provisoriamente como a norma de direito fundamental não

A produção da crença opera-se em um contexto de comunidade de trabalho, na qual a relação sincera e comprometida, mesmo considerando os pontos de interesses inafastáveis, desenvolve-se intersubjetivamente, em um caminhar de oferecer e refutar razões, de forma crítica e reflexiva, sobre os propósitos introjetados, culminando com a decisão que se concretiza de forma expressa e estruturalmente fundamentada.

O contexto de descoberta passa a ser inseparável do contexto de justificação, assumindo o magistrado o compromisso de reflexão não só ao justificar a sentença, mas sim ao formar a convicção a partir dos diálogos processuais. O controle da decisão deixa de ser feito a partir de um modelo verificacionista objetivado e passa a ser concretizado a partir do diálogo responsável e comprometido com uma resposta justa, tempestiva e efetiva.

Aliás, nesse cenário, a partir do paradigma do constitucionalismo contemporâneo que se realiza no modelo cooperativo de processo, nenhuma racionalidade se sustentaria na experiência se ignorasse o propósito da efetividade. Se a racionalidade confere legitimidade a uma decisão e se a decisão, para ser adequada, precisa ser racional, em um constitucionalismo efetivo, a decisão que não se efetiva não é racional. É preciso funcionalizar a própria racionalidade, que deixa de ser um conceito meramente abstrato e passa a ser operativo. Decisão racional engloba todo o processo de tomada de decisão, seja de certificação de um direito, seja de satisfação do direito.

Por isso, é insuficiente considerarmos somente o processo de tomada de decisão na certificação do direito, ignorando a satisfação, como em regra acontece. Note-se que esse ponto é central, mesmo quando se estuda o processo de tomada de decisão no âmbito da Corte Constitucional; preocupa-se muito mais a respeito da construção da norma e suas técnicas do que propriamente com sua efetivação.⁹⁸

Porém, a decisão jurídica (e não qualquer decisão) só é racional na experiência real, quando, além de construir a norma do caso concreto, efetivar a tutela do direito.

imediatamente estatuída no texto constitucional, mas que é associada, por meio de uma relação de precisão e fundamentação, a uma ou mais determinações de direito fundamental, em procedimento de ponderação de princípios colidentes, e que, expressando a relação de procedência condicionada estabelecida nas condições do caso, apresenta-se como a regra sob a qual pode ser subsumido o mesmo caso e também outros do mesmo tipo” (LUDWIG, 2015, p. 56). Portanto, a ponderação também culmina na subsunção.

⁹⁸ Nos Estados Unidos, o fenômeno foi percebido de forma emblemática no famoso e histórico julgamento *Brown v Board of Education*, que tinha como pano de fundo a teoria dos separados mas iguais (*separate but equal*) no âmbito educacional. Nesse cenário, a decisão da Corte Americana no sentido de afastar o segregacionismo, embora construísse a norma prestigiando a igualdade substancial, não logrou êxito, de imediato, em promover, por si só, o bloqueio da cultura de segregação. Exatamente por isso, no caso que ficou conhecido como *Brown II*, o tribunal manteve seu entendimento, mas criou um caminho mais dúctil para a sua concretização (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 20-29). O que vem sendo denominado no Brasil de *processos estruturais* passa a refletir, principalmente no contexto de políticas públicas e direitos fundamentais difusos, formas de estruturação e efetivação da decisão.

Por fim, não há decisão racional que caminhe separadamente da previsibilidade. Mas previsibilidade, no contexto atual, não é sinônimo de segurança no sentido do Estado Liberal. A segurança, parafraseando Habermas, é um projeto inacabado da modernidade. No direito, principalmente do sistema da *civil law*, representou uma tentativa de redução do raciocínio judicial ao modelo subsuntivo, uma compreensão de efetividade e estabilidade como se fossem dois conceitos que se opõem, uma compreensão pronta e acabada sobre institutos técnicos como “coisa julgada” e preclusão, correlacionando-os a uma verdadeira imutabilidade e indiscutibilidade da decisão.

A previsibilidade é um conceito que transita muito melhor entre as ideias de estabilidade e flexibilidade. O direito não pode ser imutável ao ponto de implicar uma verdadeira fossilização. A previsibilidade correlaciona-se à constância no proceder decisório que prestigia a confiança legítima do jurisdicionado no sentido de que casos similares serão decididos similarmente, e não em uma calculabilidade exata.

A previsibilidade, do mesmo modo, além de se conectar à constância, o que não implica imutabilidade, e à confiança legítima, o que reforça a legítima expectativa, também se correlaciona à coerência, no sentido de que as decisões que compõem a experiência real devem buscar a construção de um sistema harmônico.

Ora, pela simples afirmação anterior, percebe-se que a previsibilidade, compreendida em um contínuo, entrelaça-se com a dimensão estética, no sentido de que as decisões evoluem até a produção de uma crença, que tende ser a palavra final, porém não imutável, mas daquele momento de rodada deliberativa. Havendo novos casos, com novas perspectivas, a interpretação pode se alterar em respeito à própria efetividade dos direitos.⁹⁹

O próprio processo passa a prever situações de mutabilidade interpretativas de precedentes ou do entendimento firmado. Como exemplo, dois artigos são fundamentais. Primeiro, os parágrafos do artigo 927 do Código de Processo Civil garantem efetiva e plural participação da sociedade na rediscussão da tese, além de exigir um dever de fundamentação adequada e específica, permitindo, caso for, a modulação temporal dos efeitos da decisão.¹⁰⁰

⁹⁹ Há inúmeros exemplos de decisões que inicialmente adotavam uma determinada significação, mas que com o tempo evoluíram em outro sentido, sem ferir a ideia de previsibilidade. É o caso da união estável homoafetiva, compreensão que foi sendo construída ao longo do tempo, levando em conta a dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁰ “§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

O outro artigo imprescindível nesse contexto de previsibilidade como segurança, é o artigo 23 da LINDB, que estabelece que a nova interpretação sobre norma com conteúdo indeterminado deverá prever regime de transição, quando indispensável para se garantir a confiança legítima do jurisdicionado diante da nova orientação.¹⁰¹

Por tudo isso, podemos concluir que a racionalidade no processo de tomada de decisão a seguir analisado opera-se no mundo fenomênico, correlacionando características que produzem efeitos reais e fundamentais na produção de uma decisão justa, efetiva e adequada.

4.3 O contexto de descoberta

Como visto, o contexto de descoberta é essencial em um processo de tomada de decisão, porém pouco dele se investiga. Antes de ingressar propriamente nas etapas de decisão, é preciso refletir sobre a dinâmica do contexto de descoberta e seu aperfeiçoamento.

Para tanto, utilizamo-nos dos aportes teóricos do método pragmático, que tem entre seus propósitos a funcionalidade, demonstrando que a descoberta percorre um caminho que tem como porta de entrada a percepção e de saída o raciocínio deliberado e controlado.

Por isso, considerando que a percepção é a porta de entrada do conhecimento que influi na decisão, é imprescindível atentar para esse momento fundamental, que já foi objeto de teorização anteriormente. Por outro lado, como sustentado, o processo cognitivo de tomada de decisão encerra-se com uma crença produto, em tese, de um raciocínio deliberado e controlado que não se opera de forma estática, em um único momento, ocorrendo ao longo de todo o percurso processual, envolvendo uma série de reflexões que culminam na decisão.

Assim, a partir dos aportes teóricos sedimentados em capítulos anteriores, podemos afirmar que o contexto de descoberta se opera em vários níveis: perceptivo, interpretativo, deliberativo e científico (crença). Em todos esses níveis de pensamento ocorrem processo

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

¹⁰¹ “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (Regulamento).”

inferenciais, embora com gradações distintas. Para facilitar a compreensão, vamos dividir o contexto de descoberta em dois momentos: o perceptivo e o controlado (reflexivo).¹⁰²

4.3.1 Momento perceptivo

A descoberta de uma decisão inicia-se pelo perceber. Perceber é dar conta de algo externo a nós. Não temos nem controle, nem consciência e nem meios de fazer com que a forma como conhecemos o objeto percebido seja neutra, pois ele já é a tradução daquilo que podemos chamar de padrões de similaridade. Em simples palavras, percebemos o que nos é apresentado a partir de padrões que compõem nossa experiência em contextos similares anteriores.¹⁰³

A partir dos aportes teóricos do pragmatismo, podemos afirmar que o momento perceptivo no contexto de descoberta da decisão se estrutura a partir dos seguintes pontos.

Primeiro, o momento perceptível é inevitável. Ele sempre ocorrerá, afinal o conhecimento ingressa a partir da percepção. Ao contrário do momento de deliberação e reflexão, que, em determinadas hipóteses, pode ser deixado de lado, não conseguimos excluir o processo de percepção. Esse ponto é fundamental para compreender o motivo pelo qual a limitação do contexto de justificação é insuficiente. O magistrado pode muito bem, a partir de seu poder retórico ou mesmo diante do seu descompromisso com a produção de uma decisão

¹⁰² Novamente repetimos que funcionalmente esses momentos se realizam conjuntamente de forma dinâmica. A separação aqui é apenas para fins estruturais e didáticos.

¹⁰³ Nesse cenário, essa primeira percepção é um julgamento um tanto quanto instintivo. Não se trata de um raciocínio controlado e reflexivo. É uma resposta quase que automática. A partir de nossos hábitos e crenças, que já estão introjetados, surge uma resposta imediata ao objeto que nos força uma determinada explicação. Peirce é contundente ao afirmar que “Se o homem adquiriu a faculdade de adivinhar os desígnios da Natureza, não foi certamente através de uma lógica crítica e autocontrolada. Mesmo agora não é capaz de fornecer uma razão exata para as melhores conjecturas. Parece-me que a afirmação mais clara acerca da situação lógica [do problema] [...] é que o homem possui uma Compreensão (Insight) da Terceiridade, dos elementos gerais, da Natureza, cujos acertos, se não ganham a priori do erro, também não se pode dizer que sejam esmagados por ele. Chamei-lhe Insight pois pertence à mesma classe de operações na qual estão incluídos os Juízos Perceptivos. Tem a natureza do Instinto, sendo semelhante aos instintos dos animais no ultrapassar o poder da razão e no sentido de guiar-nos como se estivéssemos de posse de fatos inteiramente fora do alcance dos sentidos. Assemelha-se ao instinto também pela reduzida tendência ao erro; embora erremos freqüentemente, a freqüência relativa com que acertamos é a coisa mais maravilhosa de nossa constituição animal” (PEIRCE, 2015, p. 221). Estudos contemporâneos retomam a questão em diversas áreas do saber. Nesse sentido, o momento perceptivo ou conhecimento não deliberado muito se assemelha ao denominado Sistema 1, do aclamado escritor americano Daniel Kahneman, que, em seu *Rápido e Devagar: duas formas de pensar* (2012), o descreveu da seguinte forma:

O sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O sistema 1 origina sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberadas do sistema 2 (que aqui denominamos de reflexivo) (KAHNEMAN, 2012, p. 29).

No mesmo sentido, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein (2018) sustentam que o sistema automático é rápido e é ou dá a sensação de ser instintivo. Não envolve o que costumamos associar à palavra *pensamento*.

justa, limitar-se a justificar de forma razoável sua própria concepção, que se operou pautada exclusivamente no momento de percepção, sem passar pelo processo deliberativo. É o que ocorre, muitas vezes, com o juiz solipsista, caracterizado essencialmente por aquele que faz de sua percepção o momento único e exclusivo do contexto de descoberta judicial.

Segundo, dificilmente teremos uma resposta sobre por que percebemos algo da forma como percebemos. O motivo pelo qual pessoas percebem e reagem de forma distinta a determinados eventos pode ser estabelecido em termos gerais: por suas crenças, cultura, pano de fundo, habilidades. Mas, concretamente, é muito difícil estabelecer em um determinado caso o motivo pelo qual a minha primeira percepção foi esta ou aquela, uma vez que não temos controle sobre ela.

Esse ponto, do mesmo modo, é imprescindível. É aqui que discordamos das teorias da argumentação que afirmam que o contexto de descoberta deve ser estudado por outros ramos da ciência. Sem dúvida, o direito não conseguirá explicar o motivo pelo qual percebemos algo de uma determinada forma, mas, por outro lado, temos condições de impor o compromisso com a deliberação sobre o que percebemos. Quando se afirma que um juiz decide melhor causas feministas porque possui filhas ou está propenso a conceder liberdade quando tomou um bom café da manhã¹⁰⁴, parte-se do princípio de que o contexto de descoberta limita-se ao momento perceptivo. Dificilmente, se prestigiarmos o contexto de descoberta da mesma forma que se prestigia o contexto de justificação, compreendendo o momento perceptivo eivado de vieses, o juiz, comprometido com a Constituição, deixaria de deliberar sobre sua percepção, o que enfraquece e muito as conclusões das referidas pesquisas. O problema não está no café da manhã ou na paternidade feminina ou masculina, mas sim na exigência de deliberação razoável.

Terceiro, o conhecimento nesse momento perceptivo é rápido e não exige esforço de deliberação, o que implica, muitas vezes, exclusão da segunda dimensão, reflexiva e deliberada, que é frequentemente longa e demorada. Tal exclusão implicará certamente um proceder limitado, que não opera com a racionalidade dialógica, que ignora o

¹⁰⁴ Podemos citar como exemplo a pesquisa liderada pela cientista política Maya Sen (University of Rochester) e por Adam Clynn (Harvard), que estudaram a influência das experiências pessoais nas decisões tomadas pelos juízes. Uma das pesquisas foi relatada em matéria do *New York Times* com o título “Another factor said to sway judges to rule for women’s rights: a daughter”. O jornal mostra que o debate acadêmico sobre como os juízes decidem, como regra, girava em torno de dois fatores: Direito e ideologia. A pesquisa apresentada pela professora Sen, sob o acompanhamento do professor Clynn, passa a trazer um novo elemento: as experiências pessoais. Em entrevista ao jornal, a cientista política afirma que “coisas do tipo ter filhas pode fundamentalmente mudar o modo como as pessoas enxergam o mundo e, isso, por sua vez, afeta como eles decidem os casos” (STRECK, 2017, p. 1).

comprometimento com o contraditório e acaba por gerar decisões discrepantes no contexto do sistema, afetando a previsibilidade.

Quarto, é a partir do conhecimento perceptivo que deliberaremos e refletiremos. Não há um grau zero na nossa deliberação. Ela já inicia a partir de nossas percepções, que dependem de nossas crenças e hábitos.

Quinto, no conhecimento perceptivo, o momento de *insight* e a adoção de uma hipótese inicial são instantâneos e, na maioria das vezes, guiados pelo princípio de que a hipótese gerada é a mais simples para a mente humana, em termos de facilidade de compreensão pela mente, de aptidão, de razoabilidade e bom senso (PEIRCE *et al.*, 1958, CP 7.220).

Por isso, decorrente do quinto ponto, temos que é fundamental compreender que nosso sistema de conhecimento, mesmo que de forma inconsciente, estabelece estratégias de simplificação do processo de compreensão e decisão (heurísticas¹⁰⁵) muitas vezes afetados por vieses que enfraquecem a segurança de nossas conclusões, exigindo, por isso mesmo, maior reflexão.

Sexto, o momento perceptivo no contexto de descoberta é delineado a partir de raciocínios e reflexões anteriores que, em casos semelhantes, demandaram um longo processo de reflexão. A partir disso, forma-se uma crença que, em um segundo momento, permite uma imediatidade na resposta.

Por fim, é preciso deixar claro que o momento perceptivo não se confunde, de forma alguma, com a intuição, entendida essa como percepção extrassensorial. O *insight* não se

¹⁰⁵ A compreensão moderna de Heurística pode ser encontrada inicialmente a partir dos estudos de George Polya (1945), compreendendo a heurística como um método de estudo das operações mentais utilizadas para a solução dos problemas. Aprofundando o assunto em um viés do processo cognitivo, Amos Tversky e Daniel Kahneman, no artigo “Julgamento sob incerteza: Heurísticas e vieses”, definem heurística como um conjunto de estratégias que tem por finalidade simplificar o processo de tomada de decisões. As heurísticas não são necessariamente negativas. Pelo contrário, elas fazem parte do processo cognitivo primário, que denominamos de perceptivo ou automático. Elas fazem parte do nosso cotidiano e são importantes para auxílio em um processo decisório eficaz. Peirce já tinha observado esse ponto e compreendeu que nossa percepção se formava a partir das crenças que iam se produzindo continuamente em um processo de conhecimento autocontrolado. Nos momentos em que o problema apresentado gerava uma dúvida, que nos afastava de um estado de crença, a deliberação refletida consolidava a compreensão e estabelecia um significado ao objeto por nós percebido. A partir disso, em situações similares, o lógico já tinha em sua mente uma resposta quase automática ao problema apresentado. Assim, a experiência adquirida, em regra, a partir do processo reflexivo consolida um determinado hábito em cada um de nós, permitindo que o objeto ou problema a ser percebido se acomode em esquemas mentais e interpretativos que já conhecemos ou ao menos imaginamos. Porém, esses elementos simplificadores, embora facilitem o processo cognitivo que leva a uma decisão, se forem tidos como elementos dotados de infalibilidade, podem levar a erros sistemáticos, em virtude dos denominados vieses cognitivos que são inerentes às heurísticas. Podemos definir vieses como uma visão parcial ou seletiva de um problema, em virtude de um desvio mental, gerado por inúmeros motivos, levando a discrepâncias e erros na tomada de decisão e, portanto, no julgamento.

confunde com a intuição, sendo entendido como uma forma de transformar toda experiência adquirida e crenças firmadas em padrões de compreensão de problemas que são apresentados.

Correlacionando esses elementos ao processo, o contexto de descoberta inicia-se concomitantemente com a primeira da leitura da inicial. A primeira compreensão se aproxima de padrões de conhecimento formados por processos anteriores. É possível que o processo gere uma dúvida real, caso se trate de uma nova experiência. Há uma tendência, todavia, de produção de uma solução imediata a partir de padrões anteriores, quando não estiver presente uma situação de dúvida, o que reduz a necessidade de esforço. Essa solução, porém, se refletirmos com responsabilidade, é precária e pode estar sendo determinada por vieses que vinculam nossa percepção.

Esse primeiro momento não legitima por si só o contexto de descoberta, pois é necessário o seu aperfeiçoamento no momento de deliberação.

4.3.2 Momento deliberativo

O contexto de descoberta só se legitima se prestigiarmos o momento deliberativo. O problema é que, se, por um lado, o momento perceptivo é inevitável, o momento reflexivo é, muitas vezes, ignorado.

Existem vários motivos para isso. Destaca-se um funcional e outro teórico. O funcional é que o momento deliberativo é muito mais complexo e demanda muito mais esforço. O teórico se conecta ao fato de grandes escolas de pensamento sustentarem que o contexto de descoberta deve ser estudado por outras ciências, equiparando-o a um único momento, qual seja, o de percepção, o que é, no mínimo, inadequado.

Porém, refletir sobre premissas, percepções, limitações, escolhas, enquadramento do problema, possíveis alternativas para solução, testar hipóteses, tudo isso deve ser parte de um raciocínio controlado no momento deliberativo, inexistente no momento perceptivo. Isso é fundamental para reduzir (não conseguimos eliminar) os problemas das heurísticas e dos vieses decisórios, tão presentes no conhecimento perceptivo.¹⁰⁶

O momento de deliberação reflexiva só ocorre após a percepção. O processo deliberado de autocontrole inicia-se a partir do momento em que já temos uma prévia daquilo que compreendemos do problema, as alternativas de solução geradas e uma possível escolha.

¹⁰⁶ Além disso, quando se fala em justificação externa, no contexto de densificação e correção do conteúdo das premissas eleitas para compor a fundamentação, tal processo só é legítimo se aprofundarmos como operou-se a descoberta de tais premissas, e não só a partir da exposição sistemática delas em uma decisão fundamentada.

O momento reflexivo é premeditado e autoconsciente (THALER; SUNSTEIN, 2018, p. 30), ao contrário do momento perceptivo, que é automático e quase inconsciente, impregnado de vieses e muito limitado por erros de percepção. Evidente que o sistema reflexivo também é permeado por vieses e limitado, porém em um grau muito menor que o sistema automático.

É na deliberação do contexto de descoberta que a responsabilidade do julgador se operacionaliza, como fator de legitimação da decisão racional. Isso porque deverá desenvolver um controle racional da deliberação que, embora limitado, reduz os erros proporcionados pelos vieses e seletividade da percepção. E o que alguns teóricos não percebem é que a deliberação no contexto de descoberta é distinta da justificação.

É comum pensar que a deliberação opera-se na fundamentação da sentença. Porém, é preciso compreender que a fundamentação é o momento de exteriorização do que foi deliberado internamente pelo sujeito. Acreditar que a deliberação só ocorre quando da justificação é aceitar que toda decisão se confunde com a percepção, e esse seria um problema grave. A deliberação deve iniciar-se a partir da percepção já no contexto de descoberta, permitindo um diálogo substancial, e não forjado ou fajuto.

Assim, podemos sintetizar como pontos fundamentais da deliberação no contexto de descoberta os seguintes.

Primeiro, o momento deliberativo-reflexivo não se apresenta a partir de um grau zero de compreensão. Ele “recebe” o produto da compreensão operada pelo momento perceptivo. Muitas vezes, esse produto da percepção, pronto e acabado, é permeado de vieses e seletividade na seleção.

Segundo, o momento reflexivo demanda deliberação crítica, ampliação das possibilidades, testes das inferências, raciocínio sobre as consequências de cada deliberação, discussão sobre os objetivos e propósitos.

Terceiro, decorrente necessariamente do ponto anterior, o momento reflexivo é muito mais demorado, cansativo e penoso. Exige concentração, compreensão, abertura, testes e reflexão.

Quarto, o produto final do processo cognitivo de descoberta implica a formação de um conhecimento experiencial que pautará o momento perceptivo de novos problemas. Por isso, quanto mais desenvolvermos o momento reflexivo, certamente menos enviesado e seletivo será o momento perceptivo. Há uma correlação lógica entre ambos. Assim, o desenvolvimento da reflexão permite o aprimoramento da percepção com probabilidade de redução da seletividade e melhoria no enquadramento dos problemas e geração de hipóteses explicativas.

Portanto, em conclusão do presente tópico, o processo de tomada de decisão só adquire legitimidade democrática e racionalidade se levarmos a sério o contexto de descoberta que se estrutura e se desenvolve, necessariamente, a partir de dois momentos que operam constantemente com interferências recíprocas. O perceptivo como porta de entrada do conhecimento e o deliberado como sedimentação da crença. Ignorar o contexto de descoberta ou reduzi-lo ao momento perceptivo, sem dúvida, gera um déficit insuperável na racionalidade da decisão, levando a erros sistemáticos. A postura pragmática exige a compreensão do contexto de descoberta como elemento imprescindível de uma decisão racional. O falibilismo, que revela-se como característica essencial, impõe ao sujeito o respeito ao momento de reflexão, como forma de reduzir decisões precipitadas, o que, somando-se à exigência de deliberação sobre fins (dimensão estética), permite a produção de um raciocínio adequado (dimensão lógica) e uma decisão racional.

4.4 A tomada de decisão de certificação do direito

Por tudo o que foi desenvolvido até o presente momento, podemos afirmar, sem qualquer dúvida, que decidir é um ato reflexivo, dinâmico, inserido em um contexto e que representa um dos momentos mais complexos de qualquer empreendimento humano, uma vez que envolve todo o falibilismo cognitivo correlacionado a aspectos de interesses, relações, crenças e emoção. No âmbito real da justiça, a questão ainda ganha contornos mais importantes, uma vez que a decisão gerará efeitos em face de terceiros (não num sentido processual, mas como aqueles que sofrerão os efeitos).

A efetivação da tutela jurisdicional envolve dois momentos distintos: o primeiro, caracterizado pela criação (reconstrução) da norma jurídica que servirá de fundamento para a resolução de uma situação problemática, consolidando-se na norma-decisão; o segundo, que se consubstancia na efetivação da tutela que fora reconhecida. A primeira etapa denominamos de etapa de certificação, em um sentido de que é nela que se produz a certeza do direito, concluindo pela procedência ou improcedência do pedido de tutela e sua forma de proteção. Certifica-se a existência de uma tutela que merece proteção. A segunda etapa denominamos de etapa de satisfação, pois é nela que a tutela reconhecida a partir da criação da norma se efetivará.

Destacar esses momentos no contexto de um constitucionalismo que impõe a efetividade de seus direitos é importante para que fique claro que o processo não se resume à produção de uma sentença que fundamente a proteção da tutela. As sentenças devem ser

vistas como uma técnica processual com vistas a propiciar a tutela dos direitos, o que demanda sua necessária satisfação.

Na tomada de decisão de certificação preponderam atos processuais e técnicas que permitam amplo debate, dentro do contexto específico de cada tutela de direito, sobre os fatos entrelaçados com suas consequências jurídicas na construção da norma. Nesse momento a racionalidade é reforçada pelo diálogo entre os sujeitos do processo. Os mecanismos processuais devem garantir às partes a concretização da previsibilidade, com respeito às decisões anteriores, e não violação da legítima expectativa.

Aqui, a efetividade ainda é potencial, ou seja, é um fim último da tutela, porém, antes, é necessário construir a norma-fundamento da decisão. Sendo potencial, a duração razoável do processo e as técnicas preclusivas assumem relevo para que tal potencialidade não se concretize intempestivamente, evitando dilações e repetições indevidas.

Na etapa de certificação, o contexto de descoberta opera-se de forma dinâmica e com grande intensidade durante todo o percurso processo, culminando com sua justificação estruturada no momento decisivo de construção da norma.

Na tomada de decisão de satisfação preponderam atos essencialmente de satisfação ou de efetivação de direitos. Já há uma norma que estabelece os fundamentos de tutela de direito e seu reconhecimento; é preciso satisfazê-la por meio de técnicas que sejam aptas à sua realização. A coerção e a sub-rogação são medidas fundamentais para a efetivação. A racionalidade, nesse momento, concentra-se essencialmente em seu elemento finalístico, qual seja, a sua efetividade, que deixa de ser meramente potencial e passa a ser concreta. O diálogo permanece, mas restrito à razoabilidade das medidas executivas ao fim almejado.

Na etapa de satisfação, há menor intensidade do contexto de descoberta, uma vez que a tutela já fora reconhecida e delimitada, porém não desaparece por completo, passando a ser fundamental na criatividade do magistrado e das partes, no sentido de se buscar a satisfação do direito.

Diante disso, podemos dimensionar as seguintes etapas no processo de tomada de decisão racional.

Em primeiro lugar, na etapa de certificação:

1) A compreensão do problema – sua amplitude, seu contexto e sua definição –, que requer investigação para sua resolução. Essa etapa, no processo civil é preponderante na fase postulatória: leitura e compreensão da inicial, da contestação, da réplica. Mas é também verificada no saneamento, principalmente quando se delimita os pontos controvertidos.

2) Geração de alternativas de solução para o problema, ou seja, a delimitação de soluções possíveis e as direções em que isso pode ser feito. Essas alternativas são geradas a partir dos estímulos criados pelo reconhecimento do problema, que muitas vezes já foi solucionado em casos similares. Preponderantemente essa etapa engloba essencialmente as provas que acompanham a inicial e o saneamento. Além disso, experiências bem-sucedidas com fatos similares servem como gatilhos para o desenvolvimento de alternativas para solução do problema.

3) Tratamento das informações trazidas pelo discurso processual. O teste de verificação da hipótese gerada (levantada), por meio de experimentação e observação ulterior, é imprescindível se se exige reflexão no momento de descoberta. O julgamento, muitas vezes, inicia-se dominado por incertezas. Após gerar alternativas a partir das alegações das partes, é fundamental, como veremos, avaliar as provas produzidas para averiguar qual discurso é mais condizente com a produção da norma.

4) Avaliação das alternativas geradas a partir dos testes de experimentação realizados (produção probatória). Com as alternativas geradas e a partir das informações relativas a tais alternativas trazidas aos autos, é o momento de avaliá-las. Com as informações bem delimitadas, com as razões expostas pelas partes e, ainda, com certo grau de incerteza, é preciso refletir, desde a percepção do problema, passando pelos estímulos por tal percepção gerados, os padrões reconhecidos de situações similares caminhando para uma solução.

5) A produção da crença, a partir das hipóteses selecionadas e testadas como as mais adequadas para a solução do problema.

6) A estruturação e a implementação da decisão, com a respectiva exposição fundamentada do raciocínio, com a saturação completa dos argumentos e fundamentos apresentados pelas partes, legitimando justificadamente a decisão.

Em segundo lugar, a etapa de satisfação.

1) A efetivação e concretização do julgado a partir das técnicas processuais mais adequadas, levando em conta o objeto tutelado, o comportamento da parte executada e a ideia central de que a fase satisfativa almeja um resultado natural, qual seja, a satisfação do credor.

No percurso desse processo há sem dúvida inúmeras intercorrências e pontos de inflexão relacionados essencialmente com vieses, seletividade e dogmatismo. Após a análise de cada uma dessas etapas aprofundamos essas questões, sugerindo a partir do método pragmático, que opera entrelaçado com as normas que estruturam o processo, formas de ação para reduzir tais impactos no processo de construção da resposta judicial.

4.4.1 A delimitação do problema

4.4.1.1 A apresentação do problema

O contexto processual em que a dinâmica da construção da norma se concretiza, a partir de contextos de descoberta e justificação, não se desenvolve de forma aleatória. A lei processual, compreendida a partir da Constituição, estabelece uma série de regras procedimentais a partir da qual o litígio é definido.

Exatamente por isso, é preciso ter em mente que a petição inicial é uma espécie de instrumento de percepção da realidade. É ela que apresenta em forma de narrativa fundamentada a situação problemática posta para a decisão.

Por isso se fala, em teoria, que ela delimita subjetiva e objetivamente o problema que está sendo trazido a juízo. Assim, o autor define quem são as partes no processo e estabelece o pedido e a causa de pedir (razões que justificam o pedido). Note-se que o réu pode ampliar subjetivamente a lide seja por meio de intervenção de terceiros provocada, ou por meio de reconvenção, ou, ainda, pode ampliá-la objetivamente reconvindo em face do autor.

Em palavras práticas: o autor busca construir uma realidade na qual a tutela de direitos se mostre patente, enquanto o réu busca desvirtuar tal realidade ou mostrar que, mesmo sendo as narrativas do autor condizentes com o que ocorreu, há um erro na compreensão jurídica dos fatos.

Em virtude disso, por mais que exista o dever de lealdade e boa-fé estabelecido no Código, que culmina com a exigência de expor os fatos conforme a verdade, os advogados atuam, em regra, estrategicamente, tendo como prioridade a defesa dos interesses de seu cliente.

Portanto, é evidente que o problema não é apresentado em sua pureza (até porque é impossível), mas sempre com propósitos que visam ao êxito no processo. Em outras palavras, a narrativa processual nada mais é do que a construção interessada de um evento interpretativo.

4.4.1.2 A percepção do problema

A apresentação do problema não se confunde com sua percepção. Assim, antes propriamente de definirmos o problema em investigação, ele nos é apresentado por uma situação indeterminada. Ao nos deparar com uma situação indeterminada, percebemos algo insistente e impositivo que exige algo de nós, mais especificamente, compreensão. Trata-se do

percepto que são, nos dizeres de Santaella (2008, p. 59), iniciadores compulsivos do pensamento, insistentes e exigentes, incontrolláveis e pré-cognitivos.

Ao assumir tal postura diante da situação indeterminada, aceitamos a ideia de que o raciocínio no contexto de descoberta inicia-se pela percepção. Embora não seja possível estabelecer como tal percepção foi produzida, é possível compreender que ela não é definitiva e tem tendência a ser dotada de alto grau de falibilidade. Isso reforça a tese de que o contexto de descoberta não se limita a esse momento, pois, como visto, o raciocínio pode e deve ser reflexivo e deliberativo.

Assim, fica claro, para a comunidade de trabalho e, principalmente, para o agente decisor, que a nossa primeira percepção da situação não é pautada em uma racionalidade suprema ou em uma intuição virtuosa, totalmente confiável e sem qualquer tipo de vieses ilegítimos. Nossa primeira percepção é fruto de algo inconsciente, delimitado por nossa estrutura prévia, por preconceitos legítimos ou ilegítimos, motivo pelo qual devemos refletir sobre ela.

É por isso que, em regra, a identificação do problema tende a procurar semelhanças com outros eventos já conhecidos, enquadrando-o em uma experiência já vivenciada, permitindo a melhor compreensão do tema.

Mas se isso, por um lado, facilita a compreensão da situação, diminuindo inclusive sua complexidade, por outro, esse encurtamento do caminho pode gerar vieses decisórios que afetam a reflexão e implicam seletividade na percepção.

Nesse sentido, a cautela com o momento da percepção é no sentido de assumir uma postura de rejeição da tese intuicionista no sentido de que a premissa surge como “a luz da razão” e passa a operar de forma definitiva.

Firme nesse propósito de não aceitar a percepção como crença definitiva, podemos ter consciência da possível inconsistência da percepção, e esse ponto é essencial para iniciar um raciocínio controlado e refletido no processo de tomada de decisão.

A situação indeterminada, portanto, começa a ser compreendida.

Porém, que fique claro: desde o primeiro momento em que a situação indeterminada nos força, já estamos nela. Em outras palavras, a situação prévia chega junto com a cognição, pois, em nossa primeira percepção, a percebemos pelos nossos hábitos e crenças.

4.4.1.3 *A compreensão e instituição do problema*

A primeira acomodação da percepção é a mais rudimentar de todas, pois, em princípio, não podemos sobre ela exercer um autocontrole. É o momento primário de cognição. É aqui que nossas crenças ou hábitos assumem fundamental significância.

A partir da percepção, é preciso definir o problema que será posto em discussão, pois um problema bem colocado está parcialmente resolvido.

O problema representa a transformação parcial, pela investigação, de uma situação indeterminada em uma situação determinada. Ou seja, a partir da percepção, a situação indeterminada começa, gradativamente, a ser determinada. A partir dessa determinação, que não podemos nos esquecer que é altamente falível, começamos a refletir sobre a determinação do problema ou da situação problemática. Essa delimitação é fundamental, pois é a partir dela que nossa investigação caminhará.

Mas qual é a efetiva importância na delimitação correta do problema? Dewey esclarece que o modo como o problema é concebido decide quais as sugestões específicas que serão tomadas em consideração e quais que serão deixadas de lado; que dados serão selecionados e que dados serão rejeitados; ele é o critério de relevância e de irrelevância das hipóteses e das estruturas conceituais (DEWEY, 1985, p. 61).

Soma-se a tudo isso que, tratando-se da correlação evidente entre enunciados técnicos e enunciados com conteúdo valorativos, morais ou intelectuais, a definição do problema é ainda mais complexa.

Isso porque, para muitos filósofos do direito, os juízos éticos são imediatos e intuitivos. Assim, o juízo ético jamais seria propriamente uma conclusão, mas sim um *a priori*, decorrente de uma faculdade intelectual que nos permite intuir o conteúdo das proposições morais.

Porém, como vimos, desde o primeiro juízo de percepção, não há cognição sem crenças ou hábitos gerais que delimitam anteriormente nosso pensamento e que surgem das nossas práticas e experiência. A realidade não está nas coisas, mas sim naquilo que se apresenta para o conhecimento por meio da percepção; dessa forma, ela opera-se na dimensão lógica do método pragmático, seja um enunciado moral, intelectual, técnico ou demonstrativo. Independentemente da natureza do enunciado, a produção de uma crença como resolução de um problema concretiza-se por meio de uma atividade de dar e receber razões, na qual a percepção e a reflexão são constantes configuram o percurso seguro para o processo decisório.

Assim, inviável pensar em uma realidade dada que se contrapõe ao sujeito e que é verificada a partir de critérios de verdade por correspondência, seja o enunciado moral ou meramente físico.

Nesse cenário, afastamo-nos da ideia de intuição como uma cognição não determinada por uma cognição prévia do mesmo objeto e que, portanto, está determinada por algo exterior à consciência. Fundar o conhecimento na intuição é depositar na consciência individual a certeza do conhecimento e da investigação, o que não condiz com a ideia de um processo democrático na construção da norma.

Para o método pragmático não há como sustentar de forma segura a existência de uma virtude que permite conhecer e resolver o problema seja ele moral, intelectual ou meramente técnico, pois, quando trazemos o problema da significação dos enunciados para dentro do contexto do próprio raciocínio como um processo, qualquer tentativa de defender tal teoria é inócua.

O problema moral (assim como qualquer outro), portanto, não é intuído, mas é percebido, inicialmente, na forma do juízo de percepção, a partir de nossas estruturas prévias que delimitam a nossa própria compreensão.

Portanto, compreender o problema é equalizar o tema que está sendo posto em discussão, uma vez que em termos lógicos é a seleção e a referência de um determinado particular, no âmbito do sistema, que são relevantes para o caso específico (DEWEY, 2009 [1922], p. 22).

É evidente que nessa definição do particular há uma certa seleção preferencial, que é estabelecida pela própria experiência e hábitos do sujeito cognoscente. A questão, porém, que deve ficar clara é que tal seleção não pode se confundir com arbitrariedade e o que limita tal arbitrariedade é estar sempre atento às hipóteses de erro (falibilismo).

Quando a questão (jurídica) envolve problemas morais, a definição do problema se torna ainda mais complexa, pois há uma tendência natural do ser humano, ainda mais do juiz, de acreditar (erroneamente) que sabe o que é certo e o que é errado, o que é bom ou mau, enfim, o que é correto decidir. O maior problema é fazer do enunciado moral um mero espelho que reflete os próprios valores, sentimentos e ideologia do magistrado sem qualquer tipo de reflexão. Nesses casos, a solução é definida antes do problema; e quando isso acontece, define-se o problema para se encaixar na solução que já existe na mente do agente decisor.

Por isso, é importante ter ciência de que todo juízo (seja ele moral ou não) é, em sua realidade concreta, um ato de atenção, consciente de que qualquer ato de atenção envolve

interesses ou fins, bem como a disposição de hábitos e tendências impulsivas a serviço daqueles interesses (DEWEY, 2009 [1922], p. 26).

É preciso evitar que os nossos preconceitos ilegítimos ou nossos vieses cognitivos de enquadramento e confirmação nos deixe levar para a delimitação de um problema que não condiz com a realidade, mas que já tenha uma solução pré-definida. Para tanto, é necessário que se faça presente desde a definição do problema uma pretensão de correção (responsabilidade), ou seja, o sincero objetivo de julgar verdadeiramente passa pela construção crítica do problema central da situação percebida, como veremos no item em que averiguamos os pontos de inflexão.

4.4.2 Geração de alternativas de solução para o problema

A partir do momento em que o problema já está definido e devidamente situado, já é possível conjecturar sobre possíveis soluções. Assim, é possível antever as soluções para o problema delimitado, a partir de juízos de prognoses.

É importante ressaltar que não se trata de antecipar o resultado, mas sim de refletir sobre a probabilidade de que o problema se correlaciona com um determinado texto constitucional ou legislativo, ou mesmo um precedente que virtualmente (abstratamente) soluciona a questão. Dizemos *virtualmente*, pois, sem dúvida, compreendido o problema, é comum que o sujeito decisor procure respostas na constituição, leis e precedentes que, aparentemente, solucionam o problema.

E isso não é um erro. Erro é limitar-se a essa fase. Em outras palavras, o erro é acreditar que uma simples inferência mecânica entre o enunciado fático e o enunciado legislado abstrato, correlacionando-os por meio de um argumento pré-definido, seria suficiente para construção de uma norma justa. Se assim fosse, o raciocínio seria uma simples ponte que liga o plano real ao mundo abstrato.

Esses são os primeiros passos, que serão densificados, discutidos em um processo dialógico contínuo de dar e receber razões entre toda a comunidade de trabalho, ou seja, entre todos os sujeitos do processo. Os enunciados legislativos, nesse debate, podem apresentar outros significados até então não compreendidos em nosso processo de reflexão. Esses novos significados serão postos à prova, em novas rodadas de deliberação, sempre observando as regras procedimentais de percurso do processo.

Assim, o processo de compreensão e construção do problema envolve, de forma inseparável, a antevisão de soluções. Se estivermos conscientes sobre o problema posto em

juízo e as possíveis e razoáveis decisões que decorrem de tal problema, será possível ampliar o debate no processo, reduzindo o falibilismo na busca de uma decisão correta e adequada.

Registre-se que a delimitação de soluções possíveis é estabelecida a partir dos estímulos criados pelo reconhecimento do problema, que muitas vezes já foi solucionado em casos similares.

A antevisão de resultados, a geração e a seleção de hipóteses são aprofundadas no próximo tópico, a partir de uma análise dos efeitos práticos do raciocínio abduutivo.

4.4.3 Tratamento das informações e avaliação das alternativas geradas

O problema já está delineado, porém ainda não de forma definitiva. Embora a fase postulatória traga ao processo os elementos fundamentais para a delimitação do problema, é importante recordar que o conhecimento do litígio se insere no momento perceptivo com alto grau de falibilismo.

Nesse contexto, com a juntada de novos documentos, produção de novas provas, é possível que o problema seja redimensionado e novas alternativas geradas. Isso pode ocorrer até o momento em que a sentença for prolatada.

Tudo isso opera-se em deliberações refletidas e raciocinadas, conjugando as provas com as hipóteses geradas. A narrativa fática se correlaciona com a narrativa abstrata do direito. Os termos vagos começam a ser densificados ainda que mentalmente. A estrutura da norma começa a ganhar possibilidades com a conjugação das narrativas fáticas correlacionadas com os textos legislados e outras decisões de casos similares. As razões apresentadas no discurso processual ganham relevo na significação dos termos valorativos e o agente decisor passa a considerar seriamente os argumentos que ligam determinadas proposições densificadas.

Fazendo uma analogia, é como se pontes comesçassem a interligar extremidades dotando-as de um todo. Em outras palavras, os argumentos passam a conectar as proposições fáticas e jurídicas, que passam a formar um todo unitário, como motivo determinante na formação da norma.

Mas é fundamental entender como esse raciocínio se concretiza nesse contingente de razões apresentadas pelas partes, a partir das dimensões do método pragmático.

Porém, é preciso reforçar que transformações só se realizam a partir da experiência. Discursos sofisticados de formas de raciocínio que culminam, na prática, na pura subsunção não implicam qualquer novidade.

Na verdade, o problema inicia-se a partir do momento em que as teorias fazem questão de afastar o contexto de descoberta como *locus* do raciocínio deliberado. Afirmar que o raciocínio se encontra somente no contexto de justificação é confundir o processo de raciocínio com exposição de tal processo. São coisas distintas, e a exposição pode configurar-se em um simples forjar de uma ideia pré-fixada. Assim, é no contexto de descoberta que raciocínios distintos do meramente subsuntivo ganham destaque, num processo de reflexão e deliberação sobre o conteúdo e as consequências das premissas delimitadas.

Também é possível inferir que tal predomínio de raciocínio silogístico vem da (errônea) compreensão de que a interpretação se opera estaticamente em um momento, a partir de “cânones” que delimitam o percurso de produção de um significado. Assim, o jurista é moldado, desde a universidade, na ideia de que o significado é produzido pelo seu sentido gramatical, lógico, histórico, doutrinário, teleológico ou finalístico. Não que esses métodos sejam irrelevantes. Pelo contrário, são muito importantes, porém não da forma como são empregados, como verdades absolutas e sem funcionalidade, num processo interpretativo que se limita em um único momento no processo: a sentença. Nela, o juiz realiza a subsunção. A interceptação, assim, muitas vezes confunde-se com justificação e ignora que o processo de tomada racional de uma decisão opera-se gradativamente durante todo o percurso processual, principalmente no contexto de descoberta.

Mas o efeito prático mais negativo desse modelo de raciocínio, além de sua insuficiência, relaciona-se com um dos maiores desafios dos nossos dias atuais: a dificuldade em aceitar o erro; portanto, em um plano mais abstrato, a dificuldade de aceitar a conclusão alheia como a resposta correta para um problema.

O raciocínio silogístico (dedutivo) inebria o intérprete, que passa a crer ser o senhor das razões, como aquele que tem suas crenças pelo método da tenacidade, trabalhado anteriormente. A questão se agrava ainda mais quando esse mesmo intérprete acredita que é virtuoso o bastante para intuir sempre as melhores significâncias de juízos morais. O problema ainda é maior quando o intérprete é um juiz que acredita ser o senhor da razão, virtuoso na intuição e astuto na lógica, mas, na verdade, não passa de um ser prepotente, ancorado em crenças imutáveis que lhe impedem de perceber a dinâmica da vida em sociedade e incapaz de decidir com a responsabilidade que a consciência institucional lhe exige.

Portanto, o efeito prático do método pragmático, quando as reflexões são sobre o modelo dedutivo, é no sentido de que questionar tal método é o primeiro passo para a que o

sujeito compreenda e questione a sua própria reflexão, estando atento à insuficiência do modelo dedutivo, o que já é um grande avanço para raciocinarmos mais adequadamente.

Feitas essas observações críticas sobre o clássico modelo dedutivo, podemos afirmar que o raciocínio no método pragmático deve fazer parte de um pensamento controlado. Ingressa, portanto, no segundo momento do contexto de descoberta estudado: o momento reflexivo. Exatamente por isso, o propósito do pensamento é construir uma crença, um hábito de pensamento.

Dessa forma, podemos afirmar que, delimitado o problema, conjecturamos soluções possíveis, sendo que elas se apresentam como ideias (DEWEY, 1985, p. 62). As ideias são consequências antecipadas (prognósticos) do que ocorrerá quando determinados significados forem densificados ou operações forem executadas sob determinadas condições, daí falarmos em consequencialismo de significado, já tão trabalhado anteriormente.

A ideia é uma antecipação de algo que pode acontecer, caracterizando-se como uma possibilidade (DEWEY, 1985, p. 62).

Nesse momento, passamos a gerar e selecionar hipóteses explicativas para os problemas delimitados, em perfeita correlação com a inferência abdutiva do método pragmático, delimitada quando de seu aporte teórico.

Por meio da abdução forma-se uma hipótese explanatória para o problema. É a única operação lógica que apresenta uma ideia nova, pois a indução nada faz além de determinar um valor, e a dedução meramente desenvolve as consequências necessárias de uma hipótese pura (PEIRCE, 2015, p. 220).

Nesse sentido, a abdução é uma inferência na qual o sujeito, de forma racional e com base em sua experiência, sugere que alguma coisa pode ser. Nesse sentido, é na abdução que nos deparamos com a geração e seleção de uma hipótese explicativa.

No seu exercício prático, a abdução pode ser distinguida em duas etapas: a gerativa e a seletiva de soluções. Na primeira etapa originam-se conjecturas como possíveis explicações para um fenômeno surpreendente (o problema) para o qual ainda não existe uma explicação. Nesse momento, nossas crenças e estruturas prévias adquiridas são fundamentais para ampliar o horizonte de possibilidades. Trata-se de um momento criativo, mas pautado em nossas experiências anteriores, e não em uma virtude intuitiva. Na segunda etapa, a partir das hipóteses geradas, passa-se a deliberar sobre a adequação de cada uma delas, até o momento em que uma se apresenta como a mais consentânea na resolução do problema.

Dessa forma, no raciocínio abductivo (retrodutivo), parte-se dos efeitos gerados pelos enunciados em nossa percepção. Questionamos quais poderiam ser as hipóteses explicativas

para tais efeitos, que correspondem ao evento posto em juízo. Essa relação entre hipótese e efeito é correlacionada a partir de razões. Essas razões, que se expressam em verdadeiros argumentos, são comparadas com aquelas ofertadas pelas partes. Há um raciocínio de ir e vir, comparando e relacionando as hipóteses com os efeitos a partir de razões apresentadas em uma relação discursiva. Em outras palavras, o discurso introduz razões que correlacionam hipóteses e efeitos, e essas razões são levadas em conta no momento de teste de hipóteses (probatório).

No processo, a atividade instrutória permite concluir a respeito das hipóteses geradas para explicar o evento que deu ensejo ao litígio. A hipótese que, pelas provas produzidas no processo, melhor explica os fatos deve ser considerada como elemento integrante do motivo determinante que implicará a concretização normativa.

Porém, ela não é suficiente. É preciso agora, do mesmo modo, passar a avaliar e a deliberar sobre as razões que correlacionam tal hipótese a uma conclusão. Nesse cenário, se se assume um processo que se legitima pela participação, não basta levar em conta as hipóteses explicativas trazidas pelas partes, mas também as razões e argumentos que sustentam a conclusão por cada uma das partes obtida.

Os argumentos são as pontes que ligam e correlacionam de forma coerente os enunciados. Além disso, os enunciados devem ser justificados e densificados pelo discurso, o que implica a afirmação de que um enunciado geral que inaugura uma postulação é densificado por enunciados linguísticos mais concretos que se correlacionam no processo de densificação. Essa cadeia de enunciados que justificam uma determinada hipótese deve se correlacionar com outra cadeia de enunciados que vão de gerais até concretos.

Ainda no contexto de descoberta, a consolidação desses enunciados, desde a explanação do problema, seu enquadramento, sedimentação da hipótese explicativa e sua respectiva consequência, implicará a formação da convicção do agente decisor, que agora já começa a correlacionar os enunciados fáticos e jurídicos em uma verdadeira rede integrada de pensamento.

É nesse momento que a norma, no conceito que defendemos no presente trabalho, após todo o percurso processual, começa a, efetivamente, concretizar-se.

É muito importante notar que a concretização da norma se opera em um cenário pragmático no qual o uso de argumentos correlacionados a hipóteses explicativas opera-se em diálogos constantes e com propósitos de convencimento. Nesse contexto, como dissemos, o processo de investigação não permite julgamentos *a priori* em sua própria avaliação, sem

crítica ou credenciais. Verdades absolutas barram o portão da investigação (PEIRCE *et al.*, 1958, CP 1.144).

O que legitima toda essa concretização é que essa relação constante entre hipóteses, argumentos e conclusões na construção da norma opera-se coletivamente em um debate participativo e conclui-se com uma decisão crítico-reflexiva.

Assim, prestigiando o método pragmático, devemos ter a convicção de que jamais atingiremos, pelo raciocínio, certeza absoluta, exatidão absoluta, universalidade absoluta. Não podemos estar absolutamente certos de que nossas conclusões são as mais corretas, mas estamos absolutamente convictos que fizemos de tudo para alcançá-la, a partir da consideração dos argumentos dos demais sujeitos processuais.

Partir da ideia de uma verdade absoluta ou de uma razão *a priori* que satisfaça individualmente o ego do agente decisor pode transformar a deliberação racional participativa e reflexiva em um modelo decorativo visando sustentar grifes teóricas, independentemente de dar e receber razões e sobre elas deliberar.

4.4.3.1 A seleção de hipóteses: um solipsismo metódico?

A afirmação de que várias hipóteses podem ser geradas durante a realização prática da abdução implica a consequência de que o agente decisor terá que escolher ao menos uma delas para resolver o problema. Mas essa possibilidade de escolha não seria, de alguma forma, um momento solipsista ou guiado pelos nossos interesses pessoais?

Existem vários argumentos para afastar essa ideia de que a tomada de decisão a partir do método pragmático, nesse momento, se converteria em um método solipsista. O primeiro, embora simples, reflete em sua pureza a essência do método de investigação.

O homem correto é o homem que controla suas paixões, e as faz conformarem-se com os fins que ele está deliberadamente preparado para adotar como fins últimos. Se fosse da natureza do homem sentir-se totalmente satisfeito com fazer de seu conforto pessoal seu objetivo último, não se poderia culpá-lo mais por isto do que se culpa um porco por comportar-se de maneira que o faz. Um pensador lógico é um pensador que exerce um grande autocontrole sobre suas operações intelectuais; e, portanto, o bem lógico é simplesmente uma espécie particular de bem moral (PEIRCE, 2015, p. 220).

Assim, o ponto de partida peirciano é uma readaptação da clássica ideia imputada a Sócrates do famoso “conhece-te a ti mesmo”, como uma espécie de autoconhecimento que se interconecta com o próprio conhecimento do mundo. Afinal o lógico deve, antes de deliberar

sobre sua ação, conhecer seus fins, abdicando de satisfação egoística ou mesquinha, em prol de um ideal maior, que é o alcance do verdadeiro significado intelectual.

O segundo argumento importante é o de que o método pragmático tem por característica fundante o falibilismo, o que tem como efeito prático o compromisso com a reflexão deliberada e autocontrolada, estando o sujeito a abandonar no momento da escolha propósitos egoísticos e não institucionais.

O terceiro argumento correlaciona-se com a exigência de deliberação de propósitos, e não só de argumentos, o que implica a afirmação de que o método pragmático trabalha não só as condições e as possibilidades do conhecimento, em um contexto de descoberta, mas, também, a partir da percepção, desenvolve um contexto de verificação e justificação que busque a legitimidade das hipóteses escolhidas em um momento de deliberação.

Isso o afasta completamente do subjetivismo.

Como dito anteriormente, quando estudamos a dimensão lógica do método pragmático, a abdução não constrói o raciocínio isoladamente, mas sempre em conjunto com a indução e a dedução.

A esse conjunto de elementos de inferências, que vão se correlacionando após a percepção num processo de geração, seleção e verificação de hipóteses, podemos nominar de pensamento diagramático ou etapa diagramática.

Diagramas são formas de se concatenar o problema com as hipóteses geradas e selecionadas com as possíveis soluções.

Nesse sentido, Peirce esclarece:

Todo raciocínio necessário, sem exceção, é diagramático. Isto é, construímos um ícone de nosso estado de coisas hipotético e passamos a observá-lo. Essa observação leva-nos a suspeitar que algo é verdadeiro, algo que podemos ou não ser capazes de formular com precisão, e passamos a indagar se é ou não verdadeiro. Para realizar-se este objetivo é necessário formar um plano de investigação e esta é a parte mais difícil de toda a operação. Não apenas temos de selecionar os traços do diagrama ao qual será pertinente prestar atenção, como também e da maior importância voltar mais de uma vez a certos traços. Caso contrário, embora nossas conclusões possam estar corretas, não serão as conclusões particulares que estamos visando. A habilidade maior, porém, consiste na introdução de abstrações adequadas (PEIRCE, 2015, p. 216).

O pensamento diagramático inicia-se conectado com a abdução. A partir da inferência de explicação, vários diagramas vão surgindo no pensamento controlado. Todas essas possíveis correlações são desenvolvidas avaliando suas possíveis consequências. E o mais

importante, isso não é feito de forma intuitiva ou cegamente. Essa análise permite à percepção estruturada consequências possíveis diante da hipótese gerada e selecionada.

No pensamento diagramático há várias premissas explicativas que serão avaliadas a partir das possíveis consequências que elas podem gerar para o pensamento e ação (decisão).

Assim, a exigência de raciocínio é muito maior, mais complexa e demanda a apuração de razões que justifiquem uma determinada escolha. O processo de inferência é ampliado, e a busca pelo conhecimento não se limita às crenças pré-existentes ou à confiança em uma intuição que inexistente.

Correlacionando a abdução com a dedução, embora não tenha nominado de pensamento diagramático, esclarece Cassino Terra Rodrigues que,

Na pesquisa científica, a função da dedução é estabelecer a necessidade das conclusões previstas pela hipótese abdutiva (ou mostrar que não existe necessidade alguma). A dedução diz: de uma sugestão abdutiva, podemos tirar certas conclusões e não outras. Contudo, em aplicações sempre há margem para erros: se as conclusões que tiramos se assemelham ao que fora afirmado nas premissas, então a dedução é validade, mas nada impede raciocinarmos erroneamente. É sua aplicação à experiência, ou à experiência possível, que abre a porta à probabilidade, deixando para fora a certeza e a necessidade absolutas *in toto*. Portanto, quando raciocinamos dedutivamente, o erro é apenas teoricamente impossível (RODRIGUES, 2017, p. 13).

Se os enunciados se consolidaram na rede integrada de pensamento, agora os diagramas começam a correlacionar ainda mais as hipóteses explicativas concretas com os enunciados em abstratos. Esses passam a ganhar significância preenchidos os seus conteúdos pelos enunciados concretos já estabelecidos. Os diagramas fortalecem a rede de pensamento, pois a descoberta passa a ser justificada.

Mas ainda necessitamos de testes.

Empiricamente muitos já foram realizados nas fases instrutórias que auxiliaram na consolidação das hipóteses e permitiram a concretização diagramática, fortalecendo as conclusões que passam a ser justificadas. Porém, a norma concretizada também se perfaz em um enunciado, o qual, necessariamente, precisa ser testado em suas consequências, não no sentido de resultado, mas se os efeitos de tais enunciados são compatíveis com todo o processo diagramático gerado a partir do raciocínio abductivo.

É como se fosse gerado um raciocínio retrodutivo, não para gerar novas hipóteses, mas sim para testar conclusões. É a exigência de verificação do método pragmático que impõe o estágio indutivo como etapa final de concretização normativa. É nela que testamos e refletimos sobre todo o percurso do raciocínio adequado, dos fins deliberados e sua compatibilidade com a ideia de razoabilidade concreta.

Com o resultado praticamente articulado a partir da densificação dos enunciados fáticos que passam a preencher e produzir significância aos enunciados abstratos, o decisor reflete sobre os fins que moveram sua conduta em tal construção e se a densificação está num contexto de evolução contínua do significado, que preserve a legítima confiança do jurisdicionado de que a decisão é parte da história institucional do sistema.

Registre-se que esses fins, como estudados anteriormente, devem ser avaliados a partir de um compromisso com a Constituição. Nesse contexto de dimensionamento de fins, em uma dimensão ética, haverá outra dimensão de diagramas que sustentam a densificação das normas que vinculam os fins de nossas deliberações. É como se fossem metadiagramas que servirão de parâmetro, ao final, para averiguar a legitimidade do conteúdo das decisões, pois, como visto, o juiz tem compromisso com o debate, mas responsabilidade com o conteúdo.

Tudo isso atuará como se fosse um *checklist* às avessas, verificando se é logicamente adequada a norma concretizada, legitimada por uma participação dialógica entre as partes, na qual as razões apresentadas foram consideradas refletidamente para a tomada de decisão. Os diagramas são repensados e readequados se necessário. As relações entre problema, hipóteses, testes, crenças, avaliações, conclusões são figuradas em diagramas que se consolidam em uma figura final: a norma.

4.4.4 A produção da crença

Depois de todo esse processo deliberativo que se inicia com a percepção, o objetivo final é a formação da crença, livrando-se da dúvida que surge no contexto inicial, promovendo um raciocínio reflexivo que une abdução, dedução e indução, no que denominamos de pensamento diagramático.

No processo é importante anotar que a produção da crença tem um limite cronológico para o juiz de primeiro grau, qual seja, a sentença. As regras preclusivas evitam o vai e vem processual, que gera inúmeras dilações indevidas. O que se sustenta é que tal crença tem uma dupla finalidade: resolver o problema concreto e servir de hábito consolidado que interferirá em casos futuros, no momento da nova percepção. Assim, por exemplo, a analogia servirá como mola propulsora de raciocínios perceptivos e abduativos em futuros processos.

É importante destacar que, embora a crença do magistrado seja exteriorizada no momento de prolatar sentença, na verdade ela vai, dinamicamente, sendo formada ao longo do percurso processual, como demonstrado anteriormente. Porém, na sentença, o juiz deverá expor de forma fundamentada e estruturar as razões que levaram ao convencimento.

4.4.5 A exteriorização da decisão, o contexto de justificação

Primeiro decide e depois fundamenta. Tal expressão, quando afirmada pela doutrina, aparenta ser uma crítica a um possível solipsismo metodológico ou, ainda, a um decidir a partir de crenças indubitáveis ou não refletidas.

Porém, se reconhecermos que o processo de decisão é dinâmico e vai sendo produzido ao longo de todo o processo, no contexto de descoberta, o contexto de justificação, compreendido como a exposição da norma-fundamento, bem como das razões que levaram à sua criação, certamente é um momento posterior à própria descoberta, ao menos sistematicamente refletindo.

É preciso aprofundar a questão. Como visto até então no processo discursivo, crítico e reflexivo de construção da norma, há recepção de razões, análise e reflexão na adoção de uma delas. Há ainda toda uma construção justificada e refletida no processo de entrelaçamento entre o enunciado fático, que dá sentido e significado ao enunciado abstrato da lei e que passa a ser concretizado e consolidado em uma norma. Tal norma representa a conclusão de uma rede de diagramas que foram produzidos a partir de um raciocínio abduutivo e deverá passar por uma espécie de reflexão retrodutiva que verifica, a partir das consequências práticas por ela produzidas, se a decisão é justa e adequada. Ou seja, todo o processo construtivo no contexto de descoberta é deliberado, justificado e controlado.

Porém, há um momento em que todo esse processo deve ser consolidado de forma expressa e motivada em uma sentença. A fundamentação expressa e estruturada é um reforço para que as partes possam avaliar se a racionalidade praticada durante o percurso de descoberta se consolida expressamente na fundamentação. Além disso, a fundamentação tem forte importância para que se exerça um controle social das decisões do judiciário e, no caso, das Cortes Supremas, para que haja uma unidade na interpretação do direito, prestigiando a previsibilidade.

A decisão fundamentada a partir do método pragmático é uma decisão que expõe expressamente a compreensão e a delimitação do problema discutido em juízo, especifica os fatos provados que sustentam a conclusão sobre o problema, correlaciona as hipóteses explicativas geradas a partir das razões apresentadas pelas partes e, a partir da reflexão expressa sobre essas razões, conclui pela hipótese explicativa mais adequada. A partir disso, passa a correlacionar a narrativa fática com os enunciados abstratos e consequências jurídicas aduzidas pelas partes, afastando expressamente e de forma motivada aquelas razões que não condizem com normas constitucionais, legais e precedentes. É preciso, ainda, caso uma norma

constitucional vaga seja utilizada, apresentar razões que expressamente demonstrem como tal norma foi concretamente densificada e o motivo pelo qual eventuais razões em sentido contrário de uma das partes foram afastadas.

A correlação entre problema, sistema, narrativas, razões implica a motivação determinante da construção da norma-decisão que será materializada no dispositivo da sentença.

Essa correlação deverá ser estruturalmente pormenorizada, avaliada e testada, verificando-se ainda se os argumentos das partes foram considerados na construção normativa concreta, legitimando democraticamente o processo.

A fundamentação, portanto, opera-se pela exposição do problema discutido em juízo, seguida pela delimitação da controvérsia, apresentação específica do debate realizado pelas partes, com razões favoráveis e contras para, em sequência, iniciar-se o processo de materialização significativa dos enunciados abstratos que são integrados pela narrativa fática que o enquadramento do problema permitiu.

Opera-se a concretização da norma com a integração expressa de todos os elementos que contribuiriam para a formação da crença, implicando a conclusão da norma-decisão constante no dispositivo da sentença.

4.4.6 A importância das técnicas processuais no processo de certificação

Antes de adentrar a tomada de decisão de satisfação do direito, não poderíamos deixar de abordar um tema sensível ao pensamento na tomada de decisão de certificação do direito.

Correlacionando com o modelo cooperativo de processo, todas essas etapas no processo de tomada de decisão se concretizam no contexto de um processo que, em sua dimensão objetiva, como já visto, se efetiva por meio de um procedimento.

Esse procedimento deve ser construído pelo legislador visando à efetivação da tutela; além do que, o próprio legislador deixa margens para adequação por parte do magistrado, como visto anteriormente.

Todavia, independentemente dessa previsão abstrata do legislador e do poder de adequação do juiz, não há dúvida de que há uma certa restrição técnica na tomada de decisão em um processo, diferença na tomada de decisão, por exemplo, em uma organização empresarial.

Nesse cenário, a compreensão das técnicas processuais, que são técnicas para a prestação da tutela de direito, assume enorme relevância, e compreender esse cenário é

imprescindível não só para uma adequada compreensão do que foi dito até aqui, mas para que as etapas de tomada de decisão aqui defendidas operem efeitos reais no processo.

Inicialmente, como visto, o processo inicia-se com a petição inicial. Sem dúvida, a concretização de uma petição inicial é realizada estrategicamente, levando em conta todas as rotineiras etapas processuais previamente conhecidas pelo advogado. Porém, é a partir dessa narrativa sustentada por interesses do autor que o juiz deverá conhecer o problema, diante de sua percepção inicial.

O modelo pragmático que exige a reflexão da percepção tem nas regras do Código uma técnica importante, que, se bem utilizada, permite que o conhecimento efetivo e o delineamento adequado do processo, já no início, facilitem o percurso processual. Trata-se do disposto no artigo 321 do Código, que permite ao juiz a determinação da correção ou complementação da inicial em virtude de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito.¹⁰⁷ Evidente que se pode determinar correção ou complementação; da mesma forma, pode-se determinar o esclarecimento de pontos obscuros ou de difícil compreensão.

A compreensão do referido dispositivo não só como uma regra de correção, mas sim como uma técnica de efetivação do modelo cooperativo de processo, é essencial para a delimitação do problema trazido com a narrativa inicial.

Embora o conhecimento do problema já permita a promoção de conjecturas para a solução do litígio, a contestação assume relevância na complementação e configuração do problema. Nem sempre a contestação nega a descrição fática da inicial; é apenas argumentando que a norma-fundamento para a resolução do caso que o autor sustenta decorre de interpretação equivocada do sistema a partir do problema. Porém, independentemente disso, o problema ganha outros contornos com a contestação.

Nessa fase inicial de postulação, o juiz ainda pode se utilizar de inúmeras técnicas processuais visando à melhor compreensão dos fatos, como determinar a juntada de documentos, por exemplo, inclusive em poder de terceiros, utilizando de meios indutivos, coercitivos, mandamentais ou sub-rogatórios para cumprimento de sua ordem. Note-se que esses meios utilizados são verdadeiros meios executivos que fazem valer a decisão em busca da melhor definição do direito.

¹⁰⁷ “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.”

Não podemos deixar de destacar que, nessa fase inicial em que preponderam atos postulatórios, o juiz pode se valer, uma vez requerido pelas partes, de uma técnica que, atualmente, se mostra imprescindível para a tutela dos direitos. Trata-se da técnica antecipatória de tutela de direitos. O juiz pode conceder a partir de uma decisão pautada em probabilidade (técnica de antecipação de tutela pela evidência) ou pautada em probabilidade e urgência (técnica de antecipação de tutela pela urgência).

Note-se que, em caso de pedido de antecipação de tutela, o juiz terá que verificar se é caso de concessão da tutela mediante uma técnica de antecipação, pautada em requisitos específicos. Fica evidente a relação entre o direito material e o processual e a importância da postura pragmática. Além da compreensão da tutela de direito material requerida, o juiz deve correlacioná-la com os requisitos para que a técnica processual possa efetivar a tutela, em um primeiro momento certificando provisoriamente o direito e, em um segundo, satisfazendo sua proteção, mesmo que de forma provisória. Esse exercício de correlação, compreensão dos fatos, dos efeitos que podem ser gerados para tutelar direito, se há probabilidade do direito ou ainda probabilidade de ameaça ao direito, se há urgência ou se há evidência, enfim, tudo isso, demanda deliberação para densificação dos enunciados em abstratos em nítida postura antifundacionista, falibilista, contextualista, consequencialista e cooperativa, como já esclarecemos exaustivamente.

Avançando, afirmamos, ainda como etapa do processo decisório, que é preciso realizar reflexão sobre as hipóteses que foram sendo geradas ao longo desse primeiro percurso. Para essa reflexão, há várias técnicas que auxiliam a efetivação do que denominamos participação por meio de diálogos. Não só ação e reação perfazem essa participação; é preciso concretizá-la no processo, e o artigo 357, § 3º, do Código de Processo Civil¹⁰⁸ é uma técnica essencial para tanto, ao prever o que podemos denominar de saneamento em cooperação.

A compatibilidade do referido dispositivo que proclama a técnica de decisão em cooperação com o método pragmático é patente. Considerando o falibilismo do juiz, a atuação estratégica dos advogados, a lei permite que as partes exercitem o diálogo decorrente e necessário à cooperação processual. Cada sujeito processual, até o referido momento, realizou um juízo de geração e seleção de hipóteses: o autor, visando à vitória e manutenção de sua tese; o réu, visando à improcedência do pedido e prevalência da antítese; e o juiz, seguindo a

¹⁰⁸ Dispõe o artigo 357, § 3º, que, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

ideia da exposição de motivos do novo CPC, preconizando um processo mais célere, mais justo, porque mais próximo às necessidades sociais e muito menos complexo.

A técnica do saneamento é fundamental para clarificar todo o conteúdo do processo. A fixação do *thema probandum* e do *thema decidendum* na presença das partes em verdadeiro diálogo presencial, prestigiando inclusive a oralidade, é primordial para a busca de uma decisão razoável.

A técnica de sanear o processo também é essencial para aqueles feitos que demandam audiência de instrução, pois há necessidade de produção de prova em audiência, como prova testemunhal, por exemplo.

Nesse contexto, é certo que as hipóteses vão sendo geradas e testadas em todo o tempo processual, até porque, em regra, a inicial já vem acompanhada com elementos informativos e até mesmo prova documental ou pericial. Porém, a audiência de instrução não deixa de ser uma técnica na qual o Código permite ao juiz a reunião da produção probatória em um ato concentrado. A razão de ser dessa concentração, em um foco pragmático, é que se torna mais funcional e eficiente a formulação do raciocínio diagramático – abdução, dedução e indução – a partir daquilo que já se conjecturou ao longo do processo em comparação aos efeitos gerados pela prova produzida em uma única audiência.

A audiência de instrução, principalmente pensada a partir da oitiva de testemunha, não pode ser vista como uma conversa informal entre pessoas que se encontram aleatoriamente. A oitiva de testemunha possui regras e limitações importantes. Não são todas as perguntas que a testemunha está obrigada a responder; algumas perguntas devem ser indeferidas pelo juiz (como perguntas ofensivas à testemunhas ou impertinentes), outras podem ser indeferidas (como perguntas repetidas, que, embora seja caso de indeferimento, a resposta da testemunha não gera qualquer prejuízo); à testemunha não cabe emitir opiniões pessoais sobre as consequências jurídicas dos fatos. Enfim, há uma série de limitações consideráveis que se diferenciam, e muito, de uma conversa informal.

O método pragmático explica essa questão: permitir perguntas impertinentes, ofensivas, sobre opinião pessoal da testemunha, não trará qualquer efeito prático positivo ao processo; pelo contrário, incentivará a litigiosidade e prejudicará uma solução justa em tempo razoável.

Por falar em tempo, ele também interfere muito no processo de tomada de decisão. O procedimento representa um caminhar em busca de um resultado final para a efetivação do direito. Assim, a comunidade de trabalho no processo não tem, por exemplo, a mesma disposição do tempo que tem uma comunidade de cientistas. Por mais que possa se pensar em

renovação de rodadas deliberativas sobre questões de direito, a partir da ideia de precedente e sua evolução em um contexto amplo, em um processo específico, a tutela de direito postulada para ser protegida e efetivada terá que ser solucionada, seja por uma decisão de improcedência ou uma decisão de procedência que a garanta.

Exatamente por isso, o tempo está interligado à tutela efetiva, tanto que se configura um direito fundamental que se correlaciona à efetividade, à tempestividade. Em virtude da relevância do tempo, o juiz tem a sua disposição inúmeras técnicas para proteger, conservar, certificar e satisfazer direitos.

Para garantir uma tutela tempestiva que envolve certificação e satisfação, o juiz deve estar atento às técnicas antecipatórias de tutela, de julgamento antecipado, julgamento antecipado parcial que visa tutelar parte incontroversa da demanda, técnica de estabilização que visa tutelar efeitos práticos de direito evidente. Todas essas técnicas permitem a tutela de direitos a partir de formas específicas, seja inibindo comportamentos, seja antecipando julgamento em que não há necessidade de audiência, seja consolidando efeitos de uma decisão que já se consolidou na realidade.

Portanto, não podemos compreender as etapas do processo decisório de certificação ignorando as técnicas processuais, sob pena de equiparar a decisão judicial a qualquer modalidade de decisão.

4.5 A tomada de decisão de satisfação do direito

4.5.1 A efetivação e concretização do julgado

Compreender o processo de tomada de decisão inserido no paradigma do constitucionalismo de efetividade demanda a percepção de que nem todas as tutelas do direito são efetivadas a partir da certificação do direito na sentença.

Isso porque o juiz, ao resolver o litígio, nem sempre presta a tutela do direito material. O autor, mesmo no caso de uma sentença favorável, pode não obter a tutela do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 753). As sentenças condenatórias, por exemplo, não são autossuficientes, demandando uma fase que preponderam atos de satisfação.

É nesse contexto que é fundamental que o processo de tomada de decisão não se encerra, em regra, na certificação do direito, mas avança para sua satisfação. Reforça-se que a sentença não é uma técnica propriamente de efetivação, mas sim uma técnica de produção da norma-fundamento e da norma-decisão.

Como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero,

Quando o direito de ação é visto apenas como uma garantia à apreciação de afirmação de um direito, ou como o direito a julgamento de mérito, entendendo-se que a sentença é o bastante em sua resposta, é natural que não se dê atenção aos meios de execução, ou ainda, que não se visualize a idoneidade dos meios de execução para a tutela de direito material (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 787).

Assim, o direito de ação é o direito a técnicas adequadas para a efetivação das formas de tutela pretendidas, ou seja, para a efetivação dos direitos.

O processo racional de tomada de decisão, embora concretizado em sua certeza, não foi satisfeito em sua implementação efetiva. A parte tem a seu dispor um título que construiu a norma que rege o caso concreto, porém tal norma ainda não se legitima em um constitucionalismo de efetividade.

O devido processo justo e efetivo exige a satisfação integral daquele que teve uma situação jurídica violada. Tal efetividade, na presente etapa, é alcançada a partir dos meios executivos, que são técnicas de caráter material, que têm por finalidade satisfazer a obrigação estabelecida na sentença.

Dessa forma, no processo de tomada de decisão de satisfação, já há uma situação jurídica estabelecida. Tal satisfação tem um duplo propósito que sempre deverá ser considerado: garantir a imperatividade do sistema e da própria justiça e proporcionar ao credor a efetiva tutela de direitos.

Nesse contexto, a partir do pensamento diagramático, levando em conta os efeitos pretendidos pela técnica-processo que reconheceu a tutela de direitos, bem como a efetiva proteção desses direitos, o magistrado passa a conjecturar sobre os meios materiais que são aptos a efetivar o direito.

Aqui há uma importante observação a se fazer, que se correlaciona às técnicas processuais. O legislador nacional fez uma distinção importante entre a satisfação de obrigação de pagar quantia e a satisfação das obrigações de fazer, não fazer ou entregar. Como veremos em momento oportuno, o contexto de descoberta da melhor técnica processual para satisfazer uma obrigação de pagar quantia certa é, em certa medida, limitado por uma certa tipicidade dos meios executivos, diferente das demais hipóteses, nas quais, para satisfazer um fazer, não fazer ou entregar, há, em regra, um conjunto de possibilidades mais amplo, que acaba sendo definido sempre a partir de um caso concreto.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Nesse cenário, tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, o Juiz fica inicialmente vinculado à técnica de sub-rogação e expropriação do patrimônio do devedor. Aqui a liberdade de satisfação foi limitada, erroneamente, pelo Código de Processo Civil. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicam que, embora a lei atual preveja vários instrumentos indutivos e sub-rogatórios para a proteção das pretensões de

Ainda nessa etapa inicial, observa-se a importância de se avaliar os efeitos práticos diante de cada técnica escolhida para a satisfação do direito. O consequencialismo pragmático, nesse momento, ganha destaque de relevo, pois as técnicas se qualificarão pelos efeitos gerados na tutela do direito, e não por conceitos abstratos.

Nesse cenário do consequencialismo, um ponto é fundamental. Avaliar até que ponto o meio empregado é factível. Ou seja, é preciso avaliar se a medida é adequada e realizável, bem como sua correlação com a tutela, além de verificar se o destinatário da ordem possa realizar a conduta pretendida (MINAMI, 2020, p. 271-272), sob pena de total disfuncionalidade e excesso da medida.

Por isso, quando se fala em apreensão de passaporte para pagamento de um determinado valor em dinheiro, a questão que se coloca, independentemente de questões técnicas que veremos em seguida, é: qual a factibilidade de uma determinação desse tipo com a tutela que se pretende efetivar? Afinal, a satisfação não pode se equiparar à punição.

Ainda no contexto de descoberta e reflexão sobre a medida a ser adotada, o magistrado não pode se valer de meios ilícitos para a consecução dos fins almejados, por exemplo determinar o uso de técnicas de privação de sono, como instrumentos sonoros contínuos, visando obrigar estudantes desocupar uma escola.¹¹⁰

É perceptível, portanto, que, nesse contexto, o raciocínio esteja voltado para a satisfação e efetividade, reforçando a todo tempo os propósitos que devem ser percebidos – satisfação e imperatividade. Assim, racionalidade discursiva e crítica opera-se em um contexto de funcionalidade, no sentido de que o processo só ganha sentido se satisfizer a tutela reconhecida na sentença.

4.5.2 A importância das técnicas processuais no processo de satisfação

Compreender e dominar as técnicas processuais a partir de seus efeitos práticos é fundamental para efetivação e satisfação do direito.

fazer, não fazer e entregar coisas, gerando um sistema aberto de tutela desses interesses, para as prestações pecuniárias permanece, ao mesmo quando se examina apenas as regras específicas, arroladas entre os artigos 513 e seguintes do CPC/15, o esquema clássico de autorizar, quase que exclusivamente, a sub-rogação patrimonial da dívida, com a previsão de uma única modalidade executiva (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 790).

¹¹⁰ Disponível em G1-DF (2016), com crítica contundente de Lenio Streck (2016), em “Tortura em Brasília: Ao caçar coelhos, mataremos a borboleta azul!”.

Nesse ponto, um pouco distinto das técnicas processuais na tomada de decisão de certificação, estamos diante essencialmente de técnicas que visam à efetivação material das decisões visando tutelar satisfatoriamente o direito.

O método pragmático, como já esclarecido, não ignora a teoria, mas reflete sobre seus efeitos práticos. O propósito do método é ser funcional e promover efetividade. Nesse cenário, a postura pragmática impõe uma necessária correlação entre as técnicas de efetivação previstas em lei, com efeitos práticos de satisfação do direito tutelado.

Por isso, o ponto de partida é ter em mente que o modelo de satisfação não pressupõe uma liberdade absoluta. Embora a lei traga um poder geral de efetivação previsto pela compreensão do sistema a partir dos enunciados dos artigos 139, IV, e 536, § 1º, do Código de Processo Civil, sem dúvida há limites, sejam decorrentes dos direitos fundamentais de ambas as partes (exequente e executado), sejam decorrentes da própria adequação, necessidade da medida e sua legitimidade ao caso concreto.¹¹¹

Note-se, portanto, que podemos falar de medidas típicas executivas e medidas atípicas. As primeiras são aquelas definidas previamente em lei, enquanto as segundas são aquelas dispostas a partir de cláusulas gerais que garantem uma liberdade de adequação por parte do magistrado.

Como dissemos anteriormente, porém agora em sentido mais técnico, enquanto o Código estabeleceu como regra um sistema de técnicas típicas para a satisfação de sentença que reconheça a exigibilidade de pagar quantia certa, perfazendo essa essencialmente por medidas sub-rogatórias; por outro lado, reconheceu um sistema de medidas atípicas para as sentenças que reconheçam a exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa.¹¹²

Embora não seja propriamente o objeto do presente trabalho, uma vez que não pretendemos aprofundar a técnica em si, o que importa, no presente contexto, é demonstrar que o processo de satisfação do direito envolve um profundo conhecimento das técnicas

¹¹¹ Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha e Paula Sarno Braga elencam os seguintes *standards* como critérios de fixação de medidas executivas atípicas, que, no nosso entender, por serem amplos, repercutem também no caso de medidas típicas “a medida executiva escolhida pelo juiz deve ser adequada a que se atinja o resultado buscado (critério da adequação), ix) a medida executiva escolhida pelo juiz deve causar a menor restrição possível ao executado (critério da necessidade); x) a escolha da medida executiva deve buscar a solução que mais bem atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens que ela produz (critério da proporcionalidade), xi) a medida executiva atípica pode substituir uma medida típica que seja mais gravosa, desde que seja igualmente eficiente” (DIDIER JÚNIOR; CARNEIRO DA CUNHA; BRAGA, 2017, p. 116).

¹¹² Embora o artigo 139, VI, do CPC reconheça a possibilidade de medidas indutivas coercitivas e mandamentais, inclusive no caso de prestação pecuniária, concordamos com Didier, Carneiro da Cunha e Braga quando afirmam que a utilização de medidas atípicas na execução para pagamento de quantia certa é subsidiária e, mesmo sendo subsidiária, não há que se falar em aplicação de multa visando ao cumprimento de prestação pecuniária, podendo tal medida coercitiva ser fixada para cumprimento de deveres processuais.

processuais e, nesse ponto, reforça-se a ideia de correlação necessária entre a tutela de direito material e a técnica processual, e para produzir efetividade, a conexão entre o direito tutelado e os efeitos práticos das técnicas previstas abstratamente.

Isso porque a fixação de uma medida coercitiva como a multa ou, ainda, medidas subrogatórias como a penhora de dinheiro devem ser avaliadas a partir da necessidade do caso concreto, sempre levando em conta os propósitos e os limites de sua utilização.¹¹³

Portanto fica claro que as técnicas processuais devem sempre ser analisadas a partir de uma ideia de equilíbrio e eficiência, ou seja, proporcionar ao credor a satisfação de seu direito, mas garantindo os direitos fundamentais do devedor.¹¹⁴

Assim, não há satisfação sem compreensão e efetivação das técnicas coercitivas e subrogatórias, típicas e atípicas. O diálogo aqui liga-se principalmente à análise dos efeitos práticos na consecução dos propósitos da decisão tomada e as restrições impostas por tais medidas.¹¹⁵

¹¹³ Dispositivo relevante do CPC, nesse sentido, é o artigo 805, que estabelece que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

¹¹⁴ É dessa ideia que surgem limitações da própria lei com a impenhorabilidade, a exclusão da multa fixada em virtude do excesso, a necessidade de intimação de terceiros interessados quando da penhora, a possibilidade de anulação de atos de constrição, entre outras.

¹¹⁵ O STJ reconhece a utilização de medidas atípicas, desde que haja indícios de factibilidade delas caracterizados pela provável efetividade, que seja garantido o contraditório prévio, que a decisão seja plenamente fundamentada e que a proporcionalidade e razoabilidade sejam observadas. Diante disso, medidas como apreensão de passaporte e suspensão de CNH devem ser consideradas a partir desses critérios. Ressalte-se que o STJ não reconheceu a aplicação de atipicidade das medidas no contexto de Execução fiscal, diante dos inúmeras prerrogativas que já estão dispostas em favor da Fazenda Pública (HC 453.870-PR). Também não reconheceu como medida atípica legítima a possibilidade de determinar a quebra de sigilo bancário em processo civil por se mostrar desproporcional com os interesses em questão (RESP nº 1.951.176/SP).

5 INTERCORRÊNCIAS E PONTOS DE INFLEXÃO NA DINÂMICA DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

Delimitar as etapas do processo decisório não implica a conclusão de que elas se concretizam de forma infalível e perfeita. É evidente que podem ocorrer intercorrências que dificultam ou até mesmo deslegitimam a dinâmica de decidir. O método pragmático, aliás, não se contenta com absolutismo em processos de investigação, o que indica que é capaz de reconhecer o seu falibilismo.

O método pragmático no contexto de um modelo democrático de processo, com foco na dinâmica de tomada de decisão, busca parametrizar as principais etapas que constituem o contexto de descoberta e justificação, e não padronizá-las. Parametrização e padronização são conceitos distintos com fins diversos. Na parametrização estabelecemos parâmetros que permitirão uma dinâmica de construção racional da norma-fundamento da decisão, correlacionando problema, sistema, sujeitos e técnicas visando à efetividade. Na padronização, essa correlação já foi feita, e o espaço de concretização é mínimo.

Exatamente por isso, na parametrização, é possível falar em intercorrências e pontos de inflexão, havendo necessidade de enfrentamento concreto de cada um deles, a partir de um pensamento essencialmente diagramático. Já na padronização há uma espécie de acomodação das intercorrências ao padrão prévio estipulado, em prestígio a um raciocínio meramente dedutivo. Os parâmetros, no caso, indicam um caminho para a construção da solução levando-se em conta inúmeros percalços; os padrões impõem a solução independentemente dos percalços.

Feita essa observação, é importante ressaltar que a maioria das intercorrências de um processo de tomada de decisão liga-se ao que podemos denominar de heurísticas ou vieses cognitivos.

Heurísticas são atalhos para facilitar o processo de tomada de decisão. De plano, pelo que acabamos de afirmar, as heurísticas são muito mais visíveis em modelos padronizados, nos quais atalhos são operacionalizados automaticamente em nosso pensamento visando à manutenção de um padrão previamente sistematizado. Na parametrização, o problema é colocado em destaque, e as etapas são diretrizes que necessariamente deverão se correlacionar com a realidade, com o sujeito e com as técnicas.

Porém, as heurísticas que implicam vieses, como erros sistemáticos decorrentes de uma verdadeira busca seletiva operam-se como intercorrências relevantes no processo de tomada de decisão e podem levar à deslegitimação da solução.

Nesse cenário, utilizando-se dos aportes desenvolvidos, relembramos que o momento de percepção no contexto de descoberta é inevitável. Ele sempre ocorrerá, afinal o conhecimento ingressa a partir da percepção. Ao contrário do momento de deliberação e reflexão, que muitas vezes é deixado de lado, não conseguimos excluir o processo de percepção. Além disso, dificilmente teremos uma resposta sobre por que percebemos algo da forma como percebemos. No mais, o conhecimento nessa dimensão é rápido e não exige esforço de deliberação, o que implica, muitas vezes, exclusão da segunda dimensão, reflexiva e deliberada, que muitas vezes é longa e demorada.

Assim, sem dúvida, a definição do problema opera, muitas vezes, com a prevalência absoluta do juízo automático de percepção, o que implica decisões não refletivas. Nesse sentido, definimos o caso com a associação de estruturas mentais que vêm mais rápido à memória, de acordo com nossa experiência, e passamos a deliberar o percurso e refletir sobre as alternativas exclusivamente pelo enquadramento sedimentado em patente correlação com a seletividade da compreensão que tende a simplificar (indevidamente) a geração de uma conclusão explicativa.¹¹⁶

Tudo isso se agrava, uma vez que é a partir do conhecimento perceptivo que deliberaremos e refletiremos. Não há um grau zero na nossa deliberação. Ela já inicia a partir de nossas percepções, que dependem de nossas crenças e hábitos. Assim, uma percepção seletiva e enviesada pode gerar distorções maiores na reflexão.

Porém, podemos reduzir ou minorar tais efeitos a partir das características, dimensões e propósitos do pragmatismo funcionalizando as normas fundamentais do processo em um

¹¹⁶ Em complemento, entendemos que os vieses, até pelo seu contexto, definem-se muito mais pelos efeitos práticos na percepção do que por conceitos teóricos. Ademais, classificar de forma estanque vieses que geram efeitos múltiplos e correlacionados acaba não sendo tão útil. No caso, a classificação apresentada a partir da obra do eminente professor Juarez Freitas tem muito mais o intuito de indicar efeitos preponderantes no uso prático do que propriamente sedimentar um conceito fechado.

Nesse sentido, temos, dentre vários, (a) o viés da confirmação, que seria a predisposição de optar por dados e informações que tão somente confirmem as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo; (b) o viés da falsa coerência, que é a predisposição de negar a (incômoda) dúvida e de suprimir artificialmente a ambiguidade moral (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes; o (c) o viés de aversão à perda, que seria a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos. Pode ocorrer, por exemplo, quando o intérprete, com temor de perder discussão no colegiado, resolve aderir à maioria, sem resistência argumentativa, a despeito de convicções de princípio em contrário; o (d) o viés do “status quo”, que inclui os efeitos de predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas; (e) o viés do enquadramento relacionado à predisposição de interpretar à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada. Ocorre quando o intérprete, leigo ou exímio especialista no assunto em discussão, deixa de perquirir, por falta de tempo ou outro motivo, se o enquadramento diverso da questão conduziria à resposta mais plausível; (f) o viés do otimismo excessivo caracterizado pela confiança extremada guarda conexão com previsões exageradamente seguras (e negligentes), ligadas a erros nem sempre inocentes; (h) o viés do presente (*present-biased preferences*) no qual existe tendência de buscar recompensas imediatas, sem perguntar sobre os efeitos a longo prazo, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por falhas nas escolhas intertemporais (FREITAS, 2013, p. 233-236).

modelo cooperativo, com ênfase, no caso, na legitimidade da decisão. Nesse contexto, como estamos tratando dos vieses que atingem o agente decisor, densificaremos principalmente as normas fundamentais, cujos efeitos práticos devidamente observados reduziram a interferência da heurística no processo cooperativo.

5.1 O antifundacionalismo, a imparcialidade e o viés de confirmação

Como dito, muito mais com o intuito de indicar efeitos preponderantes no uso prático do que propriamente sedimentar um conceito fechado, identificamos o viés de confirmação como aquele que produz um efeito de predisposição de optar por dados e informações que tão somente confirmem as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo (TAVARES, 2013, p. 233).

Como antídoto a esse problema, a postura antifundacionalista pragmática impõe que o agente decisor esteja disposto a reconsiderar e refletir sobre suas crenças, pois não as aceita de forma absoluta, como verdades inatas que devem ser perseguidas.

O ponto de partida é reconhecer nossas limitações e que somos inclinados a interpretar a partir de nossos pontos de vista. Podemos ir além, no sentido de que somos inclinados não só a compreender a partir de nossos pontos de vista, mas a concluir visando justificá-los¹¹⁷, o que pode, no caso do juiz, torná-lo uma verdadeira parte interessada em impor a sua crença.

Em contextos processuais, o maior problema é que, por mais que o conceito dogmático de imparcialidade seja preservado em inúmeros eventos, ou seja, o juiz pode ter sido definido por regras de competências prévias, ter sido equidistante das partes, analisado e refutado o fundamento de cada uma delas, os efeitos práticos da imparcialidade acabam sendo ignorados. Certamente, o juiz que participa querendo impor sua crença é parcial, pois o seu compromisso, desde a leitura da inicial, sempre foi consigo mesmo. Assim, o conceito abstrato está preservado, mas sua funcionalidade foi meramente aparente, não alcançando êxito em propiciar um julgamento adequado, servindo o processo como um meio de legitimação de crenças subjetivas do agente decisor.

¹¹⁷ Um exemplo é importante: em um processo de guarda dos filhos, se o juiz tem a concepção inata, construída ao longo de sua vida, de que o “filho fica com a mãe” e se não está disposto a questionar essa crença, aceitando-a como inabalável, certamente haverá um direcionamento enviesado da prova, visando à conclusão confirmatória de tal crença. É como se o juiz fizesse parte do jogo processual: de um lado, o autor defende sua pretensão; de outro o réu e o juiz ingressam como um terceiro jogador, como aquele que recebe abertamente os fatos e busca “adequá-los” à sua concepção de mundo.

Note-se que, nesse cenário, o juiz pode ter sido definido por regras de competências prévias, ter sido equidistante das partes, analisado e refutado o fundamento de cada uma delas, mas certamente não fora imparcial, pois o seu compromisso, desde a leitura da inicial, sempre foi consigo mesmo.

Candido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, verificando importante dimensão da imparcialidade, lecionam:

Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder sobre as partes, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente com o valor do justo (DINAMARCO; CARRILHO LOPES, 2016, p. 57).

Precisamos levar a sério a imparcialidade em todas suas feições: seja na equidistância das partes, na ausência de impedimento e suspeição, mas também como responsabilidade na reflexão de suas crenças, abandonando-as se não estiverem de acordo com os compromissos constitucionais e legais.

Owen Fiss, em “The forms of justice”, prefácio ao artigo “The Supreme Court 1978 Term”, observa que a função judicial é estruturada por fatores ideológicos e institucionais que permitem e talvez até forcem o juiz a ser objetivo no sentido de não expressar suas preferências ou crenças pessoais, ou as dos cidadãos quanto ao que é certo ou justo, mas engajar-se constantemente na busca pelo verdadeiro significado do valor constitucional. Arremata afirmando que dois aspectos da função judicial dão a ela esse molde especial: um é a obrigação do juiz de participar de um diálogo; e a segunda é a sua independência (FISS, 1979 p. 12-13).

Acrescentaríamos mais um aspecto relacionado à legitimidade do modelo cooperativo: a responsabilidade pela reflexão a respeito de suas próprias crenças.

É importante notar que o diálogo por si só não é suficiente para garantir a redução do viés de confirmação. Isso porque, há muito tempo, Peirce já chamava atenção tanto para o raciocínio fajuto quanto para o raciocínio fingido.¹¹⁸ Em ambos, de forma geral, o compromisso do lógico é exclusivamente com suas crenças. No mesmo sentido, o tomador de

¹¹⁸ “Quando os homens começam a racionalizar sobre a sua conduta, o primeiro efeito é entregá-los às suas paixões e produzir a mais assustadora desmoralização, especialmente em matéria sexual. Assim, entre os gregos, instaurou-se a pederastia e uma precedência das mulheres públicas sobre as esposas privadas. Mas, em última análise, a parte subconsciente da alma, sendo mais forte, recupera a sua predominância e insiste em corrigir as coisas. **Os homens, então, continuam a dizer a si próprios que regulam a sua conduta pela razão; mas aprendem a olhar em frente e a ver a que conclusões um determinado método conduzirá antes de lhe darem a sua adesão. Em suma, já não é o raciocínio que determina qual deve ser a conclusão, mas é a conclusão que determina qual deve ser o raciocínio. Isto é um raciocínio fingido.** Em suma, como a moralidade supõe autocontrole, os homens aprendem que não se devem render sem reservas a qualquer método, sem considerarem quais as conclusões que isso os conduzirá. Mas isto é totalmente contrário à unicidade de espírito que é necessária na ciência. Para que a ciência possa ser bem-sucedida, os seus eleitores devem apressar-se a entregar-se à discricção da investigação experimental, antes de saberem quais podem ser as suas decisões. Não deve haver reservas” (PEIRCE, CP 1.57).

decisão pode até ingressar no debate, porém, se não possuir compromisso com a reflexão de suas próprias crenças, dificilmente o juiz será imparcial.

Ousamos dizer que esse é o problema mais grave que pode atingir a imparcialidade, afinal o impedimento, a suspeição, as regras de competência (que prestigiam o juiz natural), tudo isso pode ser controlado pelas partes e pelos Tribunais recursais. Por outro lado, o compromisso e a postura antifundacionalista é algo que deve ser refletido e adotado pelo próprio julgador. De nada adianta ampliar o debate se o método de construção de crença for o da tenacidade. Nesse caso, o juiz se coloca em um patamar superior aos demais, postulando para si mesmo uma pessoa infalível e que tem a virtude soberana de conhecer o direito como ninguém.

A exigência de reflexão sobre as próprias crenças e o compromisso em não aceitar verdades absolutas ou premissas inalteráveis, é fundamental em várias fases processuais. Vejamos.

5.1.1 Os vieses e a imparcialidade na fase postulatória

O compromisso reflexivo reforçado e a atenção para nosso pano de fundo formado por casos anteriores similares devem se fazer presentes quando da leitura da inicial. Isso porque a petição inicial pode: a) implicar uma tomada indevida de decisão antecipada, que vincula a convicção do juiz ao longo do feito; b) implicar uma percepção errônea sobre os fatos diante da normal seletividade de nossa cognição.

É sabido que no processo civil é a petição inicial que dá início ao processo, vinculando o juiz subjetiva e objetivamente.

Ao ler a inicial é imprescindível ter em mente que, embora o Código de Processo Civil estabeleça que é dever das partes expor os fatos conforme a verdade, toda a construção argumentativa é feita estrategicamente visando ao convencimento judicial. Por mais que o modelo de processo seja o cooperativo, as partes buscam êxito em suas pretensões.

Nesse ponto, é muito importante evitar uma tomada de decisão automática. Como dito anteriormente, tendemos a formar a convicção a partir de estratégias simplificadas de tomada de decisão em que reinam nossos vieses.

Correlacionado a essa questão, podemos tomar como exemplo a questão da tutela provisória. Como se sabe, vêm se tornando regra pedidos de tutela provisória, os quais, mesmo que em juízo de cognição sumária, demandam uma prognose sobre o destino da demanda. Ou seja, os efeitos práticos entram em total rota de atenção. Assim, na análise das razões que sustentam o pedido, dificilmente o juiz concederia a tutela provisória pretendida se

ele visualizasse, de plano, que o pedido não tinha respaldo, seja na Constituição, nas leis ou em precedentes.

Num contexto de indeferimento do pedido de tutela provisória, é imprescindível que o juiz fique atento ao fato de que tal indeferimento operou-se, exclusivamente, em juízo de cognição sumária e, exatamente por isso, com grande possibilidade de erro.

Isso porque há muita probabilidade de, ao analisar a tutela, o juiz refletir da seguinte forma: definir o problema que lhe foi posto em questão; pensar qual seria a resposta mais justa para tal problema; e buscar um fundamento jurídico para sustentar sua convicção. Essa convicção pautada em um critério individual de justiça, se não for controvertida pelo próprio magistrado em um juízo reflexivo, dificilmente será afastada pelas partes. Assim, a tendência é a manutenção da tutela indeferida. E como dissemos anteriormente, a imparcialidade levada a sério, como reflexão sobre nossas próprias crenças, reduziria esse problema natural do processo de tomada de decisão.

O pragmatismo afasta qualquer compromisso do julgador com a referida decisão. O compromisso é com o conhecimento dos fatos a partir de uma cognição exauriente que se opera no curso do processo. Não é porque negou a tutela que o pedido será improcedente. A reflexão sobre nossas crenças afasta qualquer tentativa de direcionamento do processo como forma de se concluir no sentido de que o juiz estava certo quando indeferiu a tutela, até porque são dois momentos distintos – tutela concedida mediante técnica antecipatória e tutela concedida mediante sentença – que se pautam em cognições distintas – superficial e exauriente. E mais, após a delimitação do problema, não se questiona o que é mais justo de acordo com a convicção isolada do magistrado, mas sim a partir do diálogo com as partes, operacionalizado dentro do processo.

Além da possibilidade de tomada de decisão precipitada, reforçando um compromisso inalienável com suas próprias crenças, mesmo que elas sejam inadequadas, é muito comum um juízo de percepção seletivo.

É comum que as partes sustentem suas pretensões com julgados fatiados ou com trechos de emendas. Muitas vezes, se tomarmos o cuidado de analisar o julgado como um todo, observamos que a seletividade na argumentação é patente.

Diante dessa questão, novamente em virtude de uma tendência de simplificação estratégica no processo de tomada de decisões, é preciso reforçar a cautela para não adequar forçosamente um caso específico em um provimento jurisdicional que, somente de forma aparente, soluciona o caso.

Essa questão começa a se tornar comum, a partir do momento em que os provimentos jurisdicionais de natureza vinculante passam a se tornar enunciados muito semelhantes a texto de lei, como verdadeiros padrões decisórios.

As Cortes Supremas, embora nominem suas próprias decisões de precedentes, na verdade o que se verifica é a utilização do rol do artigo 927 como técnicas de padronização para solução de casos repetitivos, enunciando, de forma abstrata, verdadeiras regras gerais que definem questões de direito a partir de fatos. Isso gera um efeito complexo, que é de criar padrões que simplesmente serão utilizados para acomodar casos futuros. Em simples palavras, prestigia-se um retorno ao mecanicismo não mais dos fatos à lei, mas sim dos fatos aos padrões decisórios.

A ideia de precedente vinculante nos países em que o sistema *common law* representa a tradição jurídica jamais foi permitir que o judiciário, a partir de um único caso, elaborasse padrões de decisões semelhantes a enunciados legislativos. A ideia de paulatina formação de precedentes exige, no meio acadêmico e prático, uma virada no estudo do direito, com foco principal a partir do *case law*. Isso porque a compreensão do precedente demanda o conhecimento e a interpretação da *ratio decidendi*, pois os motivos definidores de uma determinada decisão se generalizam e se expandem para casos similares, visando prestigiar a coerência e a confiança no sistema jurídico, promovendo uma contínua evolução do direito que prestigie o seu desenvolvimento com previsibilidade.

Os precedentes reforçam o ônus argumentativo no contexto de que o juiz de primeiro grau deve expor pormenorizadamente as razões que levaram à conclusão de que o caso que lhe fora apresentado é similar ao anteriormente julgado pelas Cortes, o que implica um resultado semelhante.

Porém, o que vem ocorrendo é que o juiz, ao definir o problema, promove, quase que automaticamente, uma primeira reflexão, que é buscar subsumir o caso a um enunciado padronizado de um provimento jurisdicional. Como dito, muda-se apenas o objeto do mecanicismo: da lei, passamos para os padrões das Cortes.

Para piorar, com base nesses padrões, o juiz, a partir de seu pensamento automático, percebe seletivamente, visando encaixar o pedido e um padrão decisório, facilitando seu processo de tomada de decisão. E mais, o juiz, ao se comprometer com a percepção seletiva, dificilmente controverterá suas próprias crenças, desprestigiando a imparcialidade.

O pragmatismo, a partir de seu método que reconhece o falibilismo, exige do julgador uma atenta postura quanto à seletividade da percepção. No contexto aqui trabalhado, a seletividade da percepção, gerada muitas vezes pelo famoso “conheço o que desejo

conhecer”, afeta, do mesmo modo, a imparcialidade, pois implica uma apreciação seletiva e enviesada.

Exatamente por isso, a leitura atenta das razões que levam à conclusão é imprescindível, até mesmo para raciocinar a partir de casos similares adequadamente, não só por ementas ou sínteses, mas conhecendo o teor do julgamento e o caso paradigma.

É importante observar que, quanto a essa seletividade da percepção, o próprio legislador levou a sério tal questão, determinando artigo 322, § 2º, do Código de Processo Civil, que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

A exigência de se considerar o conjunto da postulação não pode ser considerada um mero penduricalho legal. Trata-se de uma exigência imposta a todos que participam do processo e, principalmente, ao magistrado, para que fique atento não só ao pedido em si, mas à causa de pedir fática e ao pedido, além de todas as provas juntadas com a inicial.

5.1.2 Os vieses e a imparcialidade na fase de saneamento

A organização do processo é muito importante para afastar o juiz de vieses que podem levar a uma decisão inadequada.

Sanear o feito, estabelecendo as questões de fato e de direito, bem como o ponto controvertido e o ônus da prova, permite que as partes observem se o juiz compreendeu bem o que está se litigando em juízo.

Observe-se que no saneamento do processo, para que seja alcançada sua finalidade, é imprescindível que o juiz exponha suas dúvidas e suas percepções sobre o andamento do feito. É preciso que justifique o motivo pelo qual chegou a uma determinada conclusão sobre o ponto controvertido, permitindo que as partes possam o alertar sobre eventual seletividade na percepção ou ainda um aparente viés de confirmação.

Para tanto, defendemos a tese de que, em regra, o saneamento deve ser feito em audiência em diálogo com as partes. Nos termos do § 3º do artigo 357 do Código de Processo Civil “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Como anteriormente narrado, o conceito de *complexidade* é valorativo. O que pode ser simples para um juiz de uma vara especializada pode ser complexo para um juiz de uma vara cumulativa. Por outro lado, o que pode ser complexo para uma das partes pode ser simples

para outra. Por isso, se buscamos a funcionalidade do conceito de *imparcialidade* como norma fundamental que reduz a decisão enviesada pela confirmação ou ainda diminui a tendência de uma falsa percepção da inicial, o saneamento deve ser feito em conjunto com as partes. É preciso ouvi-las, bem como o juiz deve esclarecer suas impressões sobre a inicial e a contestação, além dos documentos juntados, visando a um direcionamento adequado da fase instrutória. A oralidade, portanto, também é imprescindível.

A crítica que poderia ser feita é no sentido de que o Judiciário não tem estrutura para marcar audiência de todos os processos, e isso implicaria uma procrastinação indevida do feito. Realmente, a estrutura do judiciário não é das melhores, mas isso não justifica uma decisão de má qualidade. O juiz pode usar de sua gestão processual e determinar, por exemplo, em despacho, após a réplica, que as partes se manifestem sobre eventuais pontos controvertidos e provas pertinentes que poderiam auxiliar no esclarecimento dos fatos. A partir do auxílio das partes, mesmo conhecendo que a postulação delas é estratégica, pode realizar um saneamento adequado que permita o direcionamento do feito para uma decisão justa e adequada ao caso concreto.

Mas é fundamental, em qualquer hipótese, que o juiz ao menos indique suas percepções prévias sobre os fatos. Não se trata de adiantar qualquer postura decisória; pelo contrário, trata-se efetivamente de permitir que as partes influenciem na construção da decisão (contraditório), permitindo que a imparcialidade da substância seja preservada, não só no sentido de equidistância entre as partes, mas, principalmente, como reflexão sobre as próprias crenças.

5.1.3 Os vieses e a imparcialidade na instrução

A instrução em audiência é um dos momentos mais complexos para se evitar a predominância dos vieses e dos erros de percepção.

Nesse momento, o problema já é conhecimento; as hipóteses que podem justificar a resolução do feito de uma ou outra forma já foram geradas. A instrução é uma fase de teste de tais hipóteses explicativas, na qual teremos que concluir qual das inferências realizadas melhor explicam o litígio, permitindo, assim, a construção de uma resposta adequada ao caso concreto.

O problema é que, em regra, o processo já contém muitas provas que, em tese, sustentam os pleitos do autor e do réu. É o caso de documentos e perícias, por exemplo. O juiz então passa a ouvir as testemunhas em audiência de instrução debates e julgamento.

As testemunhas¹¹⁹ reconstróem fatos que ocorreram no passado a partir de sua percepção. Em outras palavras, os fatos já chegam ao juiz em forma de narrativas construídas a partir da seletiva percepção de outras pessoas. O juiz compreende os fatos a partir de tal narrativa e, muitas vezes, também é afetado pela seletividade e dominado por suas crenças.¹²⁰

Acrescente-se que o momento de oitiva da testemunha reflete, muitas vezes, uma tentativa de confirmação de crença do que propriamente uma busca pela real e sincera construção dos fatos

A imparcialidade levada a sério exige que o juiz busque, a partir da percepção da testemunha sobre os fatos, compreender, da forma mais adequada, como os fatos ocorreram, sempre atento para a seletividade na percepção da própria testemunha. A oitiva da testemunha como uma tentativa de confirmar suas crenças e suas percepções é um dos graves problemas dos vieses no processo cognitivo de decisão.

Para piorar esse ponto, é certo que o processo envolve emoção e sensibilidade. O juiz deve estar precavido para essas situações.¹²¹ Mesmo diante das regras técnicas de que

¹¹⁹ “Todo advogado sabe como é difícil para as testemunhas estabelecer uma distinção entre aquilo que viram e aquilo que inferiram” (PEIRCE, 2015, p. 243).

¹²⁰ Em um processo de danos morais movido por um policial que alegava ter sido caluniado por um cidadão, a testemunha narrou que viu nas redes sociais do cidadão vários dizeres de que o policial era corrupto, criminoso e torturador. Ao ouvir tal depoimento, a tendência é crer no que a testemunha está narrando. Dificilmente as pessoas simpatizam com destruidores de honra de outras pessoas, e o juiz, como qualquer outro, é uma pessoa. Ao ouvir tal narrativa, o grande problema é o juiz se arvorar na figura do paladino da moralidade, o qual tem a virtude da percepção inabalável e a missão de punir aquele que pratica o ilícito (como se fosse perfeitamente certo afirmar que o réu praticou o ilícito).

O juiz, convencido de que a conduta ocorreu na forma narrada pela testemunha, dificilmente encontraria empecilhos para julgar procedente o referido pedido. Porém, a cautela e a reflexão impedem o juiz pragmático de julgamentos precipitados. Vejamos o que dizem os documentos juntados aos autos, mais especificamente a ata notarial da rede social do réu. Lá encontramos críticas duras, mas nenhuma imputação criminosa. O réu realmente criticou de forma áspera o policial, mas não como dito pela testemunha. Não houve calúnia, difamação ou injúria.

Ora, mas e se a testemunha presenciou o réu criticando o autor fora das redes sociais? A existência de documentos nos autos não afasta a possibilidade de isso ter ocorrido. Sem dúvida, mas também não implica na certeza que ocorreu. E esse é o ponto. O juiz se vincula aos fatos descritos na denúncia, como exigência de sua imparcialidade real e concreta. E se o autor narrou expressamente que as ofensas constavam na rede social, o juiz não pode querer sustentar sua crença sobre os fatos em algo que não está no processo, que não faz parte do diálogo entre as partes. Ressalte-se que o disposto no art. 493 do CPC não altera a referida conclusão. Isso porque o referido fato novo só pode ser compreendido como um fato desconhecido pelo autor que sustente seu fundamento, e não um fato que altere o fundamento da demanda, permitindo a alteração da causa de pedir. Até porque, se assim fosse, seria sem sentido a regra de que depois do saneamento o autor não pode alterar o pedido ou a causa de pedir, mesmo que haja concordância do réu.

¹²¹ A vitimização secundária gerada à vítima no caso “Mariana Ferrer” é um exemplo de como um juiz não deve agir, permitindo perguntas indecorosas, desrespeitosas e ofensivas à vítima. Assistindo à referida audiência, que foi transmitida em vários sites referência em notícias, e depois conhecendo o teor da sentença prolatada, podemos afirmar com convicção que o viés de confirmação dominou o julgador naquele momento. É patente que ele não acreditava na vítima e, inconscientemente, foi levado ao erro de achar normal e pertinente as perguntas insensíveis do advogado do réu. Lembrando que o juiz, como todos os outros, é uma pessoa e, aquelas perguntas, indelicadas ou não, acabavam por reforçar a tese decisória. No final, por mais indecoroso que tenha sido o advogado, por mais passivo que tenha sido o promotor, foi o juiz o alvo das maiorias das

tratamos anteriormente, o juiz deve estar aberto aos dizeres das testemunhas, sejam eles coerentes ou incoerentes. É preciso deixar a testemunha expor os fatos e estar apta a aceitar a referida narrativa em comparação com as demais provas produzidas. Diferente é o advogado, que começa a induzir ou perguntar de forma impertinente, atrapalhando a oitiva.

É importante aceitar que as testemunhas, na maioria das vezes, são pessoas que não possuem conhecimento técnico, habilidade retórica, didática cronológica na construção dos fatos e compromisso com a memória. Esses pontos, por si só, não podem levar ao descrédito as palavras delas.

Além disso, é comum ouvir que o juiz consegue perceber, pela sua experiência, quando a testemunha está mentindo, seja pelo jeito de se comportar, pela expressão, pelo tom de voz ou, até mesmo, pela confusão na hora de explicar os fatos. Não podemos aceitar tal tese. O juiz não é um analista de comportamento, e, mesmo se fosse, a análise de comportamento de uma pessoa que você viu pela primeira vez, por cerca de cinco minutos, certamente é falha. Concluir pela veracidade ou não de um depoimento pela forma de se comportar da testemunha, ignorando as demais provas, é simplesmente julgar dominado por premissas inabaláveis e errôneas.

Nesse contexto, a questão que se coloca é que é muito mais fácil aceitar que é possível concluir pela veracidade de um depoimento pelo comportamento da testemunha do que o analisar em todo o contexto probatório, justificando de forma adequada o motivo pelo qual o referido depoimento não deve prevalecer na análise conjunta da prova. Aqui, novamente, forma-se uma estratégia simplificada, mas errônea, de se decidir.

5.1.4 Vieses e imparcialidade na decisão

A sentença é o momento em que o juiz consolida a sua decisão e expõe as razões que levaram a uma determinada conclusão. A imparcialidade aqui é representada pela análise reflexiva das hipóteses que foram geradas ao longo do processo, visando à construção de uma fundamentação adequada ao caso concreto.

Toda decisão que possui premissa pré-concebida é uma decisão que viola a imparcialidade, pois o compromisso do juiz, no caso, é com suas crenças, e não com um processo justo, pautado na Constituição.

críticas, exatamente porque ele era o presidente da audiência e tinha o dever de impedir tal tipo de comportamento.

A fundamentação garante em parte a imparcialidade e o respectivo respeito ao contraditório. Nesse contexto, o artigo 489, § 1º, do CPC é tido como um grande avanço do modelo cooperativo de processo.

Nesse sentido, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flavio Pedron lecionam que

Este critério de vinculação obrigatória entre fundamentação da decisão e a argumentação produzida em contraditório dinâmico é o que assegura não apenas racionalidade aos fundamentos do pronunciamento judicial, ao permitir que apenas argumentos jurídicos sejam efetivamente levados em consideração para o desfecho do caso (argumentos ideológicos, políticos, baseados em estereótipos ou manifestamente discriminatórios serão automaticamente rechaçados pelo debate em contraditório entre sujeitos conscientes dos seus vieses – por meio de uma postura contraintuitiva – como também confere legitimidade ao decisório) (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 409).

A partir do método pragmático, pensamos que a exigência de fundamentação estrutural da sentença é imprescindível para o controle da racionalidade da decisão. Porém, não é suficiente para garantir que a decisão não seja comprometida, exclusivamente, com as crenças dos julgados, que têm para si premissas inafastáveis e infalíveis.

Os argumentos ideológicos, políticos e culturais fazem parte do pano de fundo do decisor e direcionarão ou auxiliar na concretização de conceitos como boa-fé, função social, culpa, razoável, abuso de direito entre muitos outros. Ignorar suas existências ou contentar-se com a sua não citação explícita é dar azo a raciocínios fajutos ou fingidos que, aparentemente, justificam a decisão.¹²²

Esse ponto é muito relevante, pois de nada adianta todas as disposições do artigo 489, § 1º e 2º, do Código de Processo Civil¹²³, se o judiciário não compreender a ideia concreta e

¹²² Imagine um debate entre um jusnaturalista e um pós-positivista, tendo como mediador um positivista, que deverá concluir pelos erros e acertos dos referidos paradigmas filosóficos. Pois bem, se o positivista não estiver disposto a aceitar as teses das referidas correntes doutrinárias, partindo da premissa que o positivismo é o paradigma correto e que sua crença é inabalável, é bem possível que ele anote todos os argumentos do jusnaturalista e do pós-positivista e conclua contrariamente em face de cada um dos referidos argumentos de forma pormenorizada. E é possível que ele esteja certo em sua conclusão. Porém, dizer que ele foi democrático, imparcial e respeitou o contraditório é inaceitável, o que implica em falta de legitimidade de sua decisão

¹²³ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

real da imparcialidade, que implica a necessária reflexão não só dos argumentos do autor e do réu, mas também de suas próprias crenças, bem como de seu constante falibilismo perceptivo.

Se o contraditório é dinâmico, tal dinamismo implica não só o poder de influência das partes, mas no poder de reflexão do próprio juiz a respeito de suas crenças e valores; e tal reflexão é incrementada pelo conhecimento real da exigência de imparcialidade.

5.2 O contextualismo, o contraditório e o viés de enquadramento ou ancoragem¹²⁴

No mesmo sentido do que já afirmamos, interessam-nos muito mais os efeitos do que a nomenclatura em si do viés. Nesse sentido, o viés do enquadramento relaciona-se com a predisposição de interpretar à dependência do modo como a questão é enquadrada. Ele ocorre quando o intérprete, leigo ou exímio especialista no assunto em discussão, deixa de perquirir, por falta de tempo ou outro motivo, se o enquadramento diverso da questão conduziria a resposta mais plausível e se conecta ao denominado viés de *status quo*, caracterizado pelos efeitos de predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas (FREITAS, 2013, p. 234-235).

O ato de decidir é permeado por um processo de raciocínio que envolve compreensão, interpretação e concretização. É um processo mediante o qual um juiz chega a compreender e a expressar o significado de um texto jurídico dotado de autoridade e dos valores contidos nele mesmo (FISS, 2007, p. 202).

Atualmente, praticamente não se questiona a compreensão de que o texto legislativo traz um potencial significado, mas que demanda um necessário processo de significação. Esse processo de significação se perfaz de forma dinâmica, sempre levando em conta um determinado contexto.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

¹²⁴ Esse ponto também é fundamental para questionarmos até que ponto a inteligência artificial, no sentido de produção automatizada de conhecimento, seria apta a promover uma decisão, fundamentada e contextualizada a partir de algoritmos, que são densificados por dados fornecidos por humanos. A questão é sobre a opacidade das decisões. O contraditório demanda informação, reação e poder de influência. Tais premissas são avaliadas a partir da fundamentação. Porém, a falta de clareza e fundamentação de decisões pautadas em inteligência artificial é um problema de incompatibilidade com os ditames constitucionais de um direito fundamental ao processo justo. Por isso, é preciso ter cuidado com uma apressada substituição simples do ser humano pela máquina, com a possibilidade de, sob a pretensa busca de um Constitucionalismo digital, alcançarmos, na verdade, um constitucionalismo artificial.

Stanley Fish faz, com propriedade, uma reflexão importante sobre a pluralidade significativa dos textos legais e a questão do contexto. Em artigo no qual debate com Owen Fiss sobre a objetividade da interpretação, aduz que os textos sempre aparecem de forma contextualizada. Por isso, um texto não pode ser lido por se um tipo particular de texto, mas sim em função das circunstâncias que envolvem sua compreensão. Assim, para ele, quando há discordância sobre a forma ou significado de um texto ou uma sentença, é um desacordo entre pessoas que estão compreendendo o referido texto de acordo com suposições de diferentes circunstâncias (FISH, 1984, p. 11).

Sem dúvida, há uma grande correlação entre indeterminação do significado e contexto, principalmente a partir do momento em que pensamos o direito em sua experiência prática.

Como sustenta novamente Stanley Fish, ao analisar a questão de uma nova juíza que recebe um código de regras de aplicação e solução de casos concretos, ela seria incapaz de ler as regras sem já ter um conhecimento das práticas que deveriam ordenar, ou, para ser mais paradoxal, afirma que a juíza descobriria que poderia ler as regras que deveriam dizer a ela o que fazer apenas quando ela já soubesse o que fazer (FISH, 1984, p. 4).

Assim, em conformidade com o que analisamos anteriormente sobre o momento perceptivo, Fish esclarece que o participante internaliza, em virtude da prática reiterada, regras que, mesmo sem reflexão, definem problemas, cursos de ação, metas e consequências, implicando tomada de decisão quase sem liberdade de escolha (FISH, 1984, p. 9).

Refletindo sobre essa questão, tal raciocínio automático decorrente de uma percepção não refletiva pode implicar juízos seletivos e errôneos a respeito do contexto da demanda, bem como em apoios descontextualizados em precedentes vinculantes. Afinal, como visto, em nosso cenário atual, é muito usual a utilização de precedentes como padrões de encaixe justificatórios de determinadas decisões. O juiz ancora-se em determinados padrões ou enunciados das Cortes Superiores e os encaixa nos fatos que lhe são apresentados.

Em total correlação com o antifundacionalismo e com a imparcialidade citada anteriormente, como exigência de reflexão sobre nossas crenças, hábitos e, portanto, regras internalizadas da prática, o contextualismo pragmático, densificado pelo contraditório, reduz o risco de falha na percepção contextual, bem como da aceitação dogmática de um apoio decisório que não esteja devidamente contextualizado.

Assim, se a imparcialidade impõe a reflexão sobre nossas regras internalizadas, o contraditório nos fornece os critérios de reflexão que são obtidos a partir das alegações e razões trazidas pelas partes. Ao refletir sobre as alegações, é possível conjecturar sobre a seletividade da percepção, sobre o contexto em que efetivamente a questão está inserida, bem

como a respeito das regras internalizadas, a partir da análise substancial dos argumentos estruturantes das partes.

É importante concretizar o problema.

Já falamos que os padrões decisórios podem servir como como enquadramento e ancoragem para as decisões. Mas não só os precedentes, pois decisões bem-sucedidas, tomadas em casos aparentemente semelhantes, muitas vezes são tidas como padrões para decidir casos similares.

Essas ancoras de apoio decisório e de enquadramento geram uma tendência de amoldar o caso posto em juízo aos julgamentos similares, mesmo que o caso seja bem diferente.

O processo civil é repleto de exemplos: ações que buscam a imposição de obrigação de fazer em face do Estado para o custeio de eventual medicamento; ações relacionadas a revisão de contrato bancário; ações consumeristas que envolvem fraude e negativação indevida; ações por falha na prestação de um determinado serviço, atraso na entrega de produtos. Até mesmo ações relacionadas aos direitos da personalidade, como alteração de nome civil, alimentos, guarda de filhos, regime de visitas, acabam sendo afetadas por essa ancoragem em decisões anteriores.¹²⁵

Sem dúvida, esse é um dos maiores desafios do sistema jurídico nacional no sentido de impedir que os julgados das Cortes Supremas, na forma de padrões decisórios ou de simples enunciados mecanizados, tornem-se mecanismos de ancoragem que facilitem o julgamento em prestígio à escolha particular do magistrado.

A postura pragmática do contextualismo incrementada pelo contraditório substancial é, sem dúvida, um *frame* positivo para afastar o juiz de técnicas de simplificação de casos complexos que reforçam suas escolhas pessoais, independentemente do contexto e das razões elencadas pelas partes.

¹²⁵ Tomemos como exemplo uma ação de família na qual se discute a redução da possibilidade de alimentos. O pai, autor da ação, aduziu que sua possibilidade reduziu pelo fato de que constituiu nova família, vindo a ter mais um filho fruto do seu segundo casamento, o que lhe gera mais despesas e diminui sua possibilidade. Não há dúvidas sobre o requisito para a procedência do pedido: demonstração da redução da possibilidade ou diminuição da necessidade. Tal ônus, sem dúvida, é do autor da ação revisional. Nesse ponto, a questão é saber o que significa concretamente diminuição da necessidade e aumento da possibilidade. A ancoragem pode trazer graves consequências à ideia de decisão adequada. Nesse sentido, imaginemos que o juiz se depara com essa situação. Antes de delimitar o problema concreto em si, ele parte de regras internalizadas, e o ponto de partida é saber se a constituição de uma nova família importa na redução da possibilidade. Busca então, a posição dos Tribunais pátrios. Em rápida pesquisa, encontra julgados com diferentes conclusões: uns reconhecendo que a constituição de nova família importa na redução da possibilidade; outros reconhecendo que o fato de constituir nova família, por si só, não gera a referida redução da possibilidade. O juiz então ancora-se na posição de sua preferência e simplesmente encaixa o pedido do autor no julgado escolhido, julgando procedente ou improcedente de acordo com sua escolha.

Quando se fala em contraditório substancial no sentido de poder de influência e vedação à surpresa, é preciso levar a sério a ideia de participação dialógica do magistrado no processo. O discurso jurídico consolidado em uma sentença só se perfaz de forma legítima se o juiz estiver aberto ao debate com as partes. É preciso ir além da ideia de Stanley Fish de que o raciocínio automático a partir das regras internalizadas dominam o juiz em seu ato de decidir. Como sustentou Owen Fiss, o debate, a discussão e a deliberação acerca das normas profissionais (as regras de disciplina) são, de fato, um lugar comum e se presume que constituem um elemento essencial ao processo de decisão (FISS, 2007, p. 240).

Exatamente por isso, sustenta que os juízes devem ser independentes, seja dos interesses das partes ou do corpo político; devem escutar pretensões que, de outro modo, talvez preferissem ignorar e devem escutar todas as pessoas que seriam diretamente afetadas por sua decisão. Os juízes devem ainda responder e assumir uma responsabilidade pessoal por suas decisões e devem justificar suas decisões em termos universais (FISS, 2007, p. 217).¹²⁶

Portanto, embora muitas das ações se desenvolvam repetitivamente, o que implica uma percepção quase que automática, é importante ter plena consciência que repetição não é sinônimo de identidade. Reconhecer o contexto em que o litígio está inserido é fundamental para a construção do significado (fundamentação) da norma que regerá o caso concreto (decisão).

¹²⁶ Voltando ao exemplo citado em nota anterior, embora haja uma regra internalizada de que a constituição de nova família não implique necessariamente a redução da capacidade financeira, a questão deve ser contextualizada, no sentido de avaliação das condições pessoais da parte, da remuneração que recebe, do número de filhos anteriores à constituição da nova família e outros elementos concretos que possam implicar em uma decisão de procedência do pedido de redução dos alimentos. Nesse sentido, a diferença (mesmo que se trate da ementa) do seguinte julgado é patente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DE ALIMENTOS. CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA, COM FILHOS. Embora seja certo que a constituição de nova família, com filhos, não signifique necessariamente, redução da capacidade financeira do alimentante, é preciso sempre analisar o caso em sua concretude, pois quando se trata de alimentante abonado, o advento de novo (s) filho (s) provavelmente não repercutirá em sua capacidade contributiva. Porém, diversa é a situação quando o prestador, pessoa pobre, encontra-se já em seu limite máximo tolerável de disponibilidade financeira. É o caso aqui, tendo em vista a módica remuneração do alimentante! A fixação da pensão em valor equivalente a 12,5% da renda líquida do alimentante é insuficiente para a manutenção do agravante e não atende o dever prioritário de sustento da prole durante a menoridade, mormente considerando a baixa remuneração recebida por sua mãe. Assim, tendo em conta as necessidades do beneficiário da pensão e a redução da capacidade financeira do alimentante, em razão do nascimento de outros dois filhos após a fixação da verba, fixam-se os alimentos em favor do agravante em valor equivalente a 15% da remuneração líquida (bruto menos os descontos obrigatórios) do prestador. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70053013256, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/03/2013) (TJ-RS - AI: 70053013256 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 28/03/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/04/2013).”

5.2.1 Contraditório na postulação

O contraditório na fase em que predominam atos postulatorios é imprescindível para reduzir o problema da seletividade da percepção e permitir a perfeita contextualização do feito.

Permitir ser influenciado não é sinônimo de entregar-se ao engano. É evidente que o autor e o réu possuem estratégias para obter êxito no feito. As narrativas da inicial e da contestação são narrativas interessadas, ou seja, eventos interpretativos que buscam reconstruir enunciados que justificam o êxito do pedido.

Como já afirmado, a leitura judicial é seletiva. Exatamente por isso, o bom e atualizado advogado, muitas vezes evita a utilização de expressões que implicam gatilhos de vieses decisórios. A estratégia do autor envolve a preocupação com a linguagem, com a forma de se expressar no debate jurídico e, principalmente, de afastar o juiz de vieses decisórios que possam implicar improcedência de seu pedido. Como se sabe, todavia, muitas vezes esse cuidado não ocorre e até mesmo julgados contrários à tese são juntados com a inicial.

O contraditório substancial no sentido de poder de influência só será levado a sério a partir do momento em que se internalizar na prática social normativa a noção de que o juiz é um ser humano falho e que sua percepção e compreensão sobre os fatos muitas vezes se ancoram em decisões bem-sucedidas anteriores, que podem não estar devidamente contextualizadas com a concretude do novo processo.¹²⁷

Para tanto, além da reflexão sobre suas crenças, imposta pela imparcialidade, o contraditório substancial elenca critérios que deverão ser considerados em tal reflexão. Assim, devem ser levados em conta, com total cautela, os fatos descritos na inicial e contestados na resposta do réu ou, ainda, a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em tese, o próprio Código prestigia essa postura ao exigir do réu que concentre toda a sua defesa na contestação, bem como impugne de forma especificada todos os fatos aduzidos

¹²⁷ Nesse ponto, o texto de Fish acima citado enseja uma reflexão fundamental: para ele os juízes decidem automaticamente a partir das regras que são internalizadas. Muito mais que afirmar que a decisão deve ser feita dessa forma, seu texto indica como a decisão efetivamente ocorre no mundo real. É por isso que o texto merece bastante reflexão e, embora aparente ser uma crítica dirigida a Fiss, na verdade, soa muito mais, para leitores externos, como uma possibilidade de correlação com a ideia de limitação a partir de regras de disciplina aceita por uma comunidade de trabalho, como sustenta este último. Isso porque a narrativa de Fish é muito mais descritiva do que prescritiva; ele apresenta uma questão. Fiss, por sua vez, prescreve uma forma de atuação judicial que seja compatível com sua função de não só resolver conflitos, mas, essencialmente, concretizar valores da Constituição. E se o juiz passa a refletir que na maioria dos casos sua percepção e compreensão são quase que instintivas, passa a exigir de si próprio a responsabilidade pessoal quanto à coerência institucional de suas decisões.

pelo autor. O Código não permite que se guarde “cartas na manga” para alegações futuras. A não alegação em momento oportuno (salvo exceções do próprio art. 342) implica preclusão.¹²⁸

Acrescente-se um ponto de inflexão importante: o pedido liminar de tutela do direito em virtude de urgência. Nesse caso, sabendo que a liminar é a decisão proferida no limiar do processo, ou seja, antes da citação do réu, a concessão de tutela mediante técnica antecipatória, seja satisfativa ou conservativa, demanda cautela ainda maior por parte do magistrado.

É certo que, em muitos casos, a postergação do contraditório se mostra necessária, uma vez que, além de estar presente a probabilidade do direito, há risco ao resultado útil do processo, justificando a concessão de tutela, mesmo que em cognição sumária. Porém, o juiz deve ter em mente que, por mais que em cognição sumária se mostrasse provável o direito do autor, a concessão não se deu de forma definitiva. Para tanto, o contraditório se perfará em momento futuro, devendo o juiz estar preparado para averiguar se sua convicção foi, aparentemente, adequada ou não.

O compromisso do magistrado não pode ser com sua decisão, suas crenças e, portanto, com o seu erro na tomada de decisão provisória. O compromisso deve ser com a responsabilidade pessoal e coerência institucional no processo de tomada de decisão, estando aberto à correção da tutela, até por expressa permissão do CPC.

5.2.2 Contraditório na fase de saneamento

Tudo que foi falado sobre a imparcialidade e a importância do saneamento em cooperação aqui se correlaciona. O saneamento na presença das partes faz ressurgir a ideia de um debate e um diálogo reais no processo civil. Todavia, muitas vezes, observa-se grandes litigantes que enviam correspondentes para tais audiências, sem qualquer conhecimento concreto sobre os fatos e se limitam à afirmação de que não há proposta de acordo.¹²⁹

¹²⁸ “Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito ou a fato superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.”

¹²⁹ Conforme veremos quando estudarmos a cooperação processual, sustentar um processo policêntrico, coparticipativo de forma teórica, sem atentar ao que ocorre na prática, imputando quase que todo o fracasso do processo ao instrumentalismo de protagonismo judicial, é não conhecer a realidade da qualificação técnica de grande parte dos advogados. Nesse sentido, observamos, por exemplo, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flavio Pedron (2020), que, ao desenvolver a teoria geral do processo, notoriamente, parecem imputar ao protagonismo judicial todo déficit democrático no processo, como se democracia fosse somente participação ou ainda poder de influenciar. Participação ou poder de influência sem qualificação, como sistematicamente vem ocorrendo, a partir de sustentações que beiram conversas de *WhatsApp* não promovem a democracia, ao menos uma democracia em um constitucionalismo de verdade.

No saneamento que prestigia o contraditório real, os juízes se abrem para um leque maior de elementos que certamente não foram percebidos, pois estão obrigados a confrontar queixas e reclamações que, em outras circunstâncias, prefeririam ignorar. Além disso, não controlam por completo o que devem escutar, pois a equidistância exige oportunidade para manifestação de ambas as partes. Estão ainda obrigados a responder questionamentos feitos nas audiências e a responsabilizar-se pessoalmente por suas respostas, devendo justificar suas decisões perante as partes.¹³⁰

E mais, eventual falha na percepção pode ser percebida imediatamente e questionada pelas partes, ao discordarem dos pontos controvertidos fixados, o que permite uma maior atenção do magistrado.

Nesse cenário, o juiz, percebendo que talvez o caso concreto possa implicar uma situação distinta daquela decisão previamente articulada, tendo responsabilidade com suas decisões e coerência institucional, em respeito ao contraditório que lhe impõe critérios para refletir sobre suas crenças, passará a refletir sobre todas essas questões, deferindo a produção probatória.

5.2.3 Contraditório na fase de instrução

A fase de instrução é um dos pontos mais complexos do processo judicial, principalmente pela falta de experiência e em virtude de um ensino meramente dogmático.¹³¹

Nesse cenário, o ato de ouvir uma testemunha, um perito ou uma parte é transformado, erroneamente, em uma arte. Acredita-se que o juiz nota os trejeitos da testemunha e, a partir deles, percebe se ela está ou não mentido. Uma piscada indevida de olho ou um sorriso em momento indevido pode significar o desprestígio de todo o depoimento, afinal o artista conhece seu público. Assim caminhamos diuturnamente a um protagonismo, agora, sim, sem qualquer fundamento. Não importam as respostas das perguntas do advogado do autor ou do réu, o que vale é o comportamento observado pelo magistrado.

Ocorre que visões de mundo em uma sociedade plural são muito distintas. O piscar de olho pode ter sido uma mania que aquela pessoa desenvolveu ao longo de sua vida. O sorriso “maroto” talvez fosse da essência da pessoa. A engasgada nada mais era do que uma característica da testemunha quando ela estava perante pessoas desconhecidas. O nervosismo

¹³⁰ Em sentido próximo, Owen Fiss (2007, p. 32-33).

¹³¹ As faculdades de Direito no Brasil, em regra, sedimentaram o ensino muito mais abstrato do que a partir de casos concretos. Os estudos de casos, na maioria das faculdades, limitam-se a seminários ou análise de eventual julgado. A grande parte de carga horária é destinada ao estudo das leis e atos abstratos.

talvez fosse o mesmo de estar em um hospital. Enfim, o juiz, como já dito, não é analista corporal, se é que é possível ser analista corporal de uma pessoa que ele viu uma única vez na vida.

Mas a experiência do juiz em realizar inúmeras audiências não o permite, assim como outros delegados ou investigadores, estabelecer um padrão de comportamentos que o conduzam a uma convicção? Sem dúvida, não. Trata-se, infelizmente, de uma simples desculpa ou estratégia para simplificar o processo de tomada de decisão, que, se levarmos o contraditório como um verdadeiro poder de influenciar e ser influenciado, certamente abandonaremos. Isso porque, novamente como já afirmado, é muito mais fácil acreditar que a testemunha mentiu porque se engasgou ou demorou para responder, do que ter que analisar, enfrentar, contextualizar, contraditar e refletir sobre argumentos opostos que se sustentam a partir de cada uma das testemunhas ouvidas.

Antecipando o próximo tópico, de forma singela, o consequencialismo correlacionado ao contextualismo nos mostra o problema de tal tipo de comportamento: quais as consequências para a legitimidade de nossa decisão se considerarmos que uma piscada de olho ou uma engasgada representa que a testemunha mentiu? O método pragmático, que nos questiona sobre as consequências de nossas escolhas no processo de significação e no contexto de descoberta, permite um verdadeiro amadurecimento sobre a responsabilidade de decidir, levando a sério a questão do contraditório.

Um enunciado do Código de Processo civil pode ser usado de exemplo no presente tópico, visando correlacionar a produção de provas em contraditório com o saneamento do feito e a postura antifundacionalista e imparcial. Nesse sentido, o artigo 459 do Código de Processo Civil dispõe que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida”.

O ponto que merece atenção é: quais questões não têm relação com o objeto da atividade probatória. É nesse cenário que a decisão enviesada pode gerar prejuízo ao resultado justo e adequado do processo. Se o magistrado não questiona sua crença e os efeitos de sua percepção, é bem possível que impeça que o advogado busque a demonstração de sua tese, mesmo que inconscientemente, pois, para ele, tal tese é inimaginável.

Portanto, o contraditório deve implicar o efeito prático de reflexão sobre as questões por si mesmo internalizadas a partir de critérios relevantes trazidos pelas partes em um determinado contexto.

Isso porque, se a linha de raciocínio do advogado não foi sequer refletida pelo juiz quando das gerações de hipóteses explicativas, muitas vezes é possível que o magistrado chegue à conclusão da impertinência da pergunta e prejudique o desenvolvimento da tese, ainda mais considerando que a análise da pertinência da pergunta é quase que instantânea, pois a oitiva se faz em um verdadeiro diálogo de perguntas e respostas. Significa que o raciocínio automático é amplamente predominante, o que dá ensejo a decisões ainda mais enviesada.

Novamente, a questão do saneamento em cooperação reduz o risco de inviabilizar a defesa da tese de uma das partes; afinal, a delimitação da controvérsia será feita em conjunto, permitindo que o juiz possa compreender efetivamente a linha de defesa dos advogados das partes. É evidente que tudo isso demanda a responsabilidade pessoal e institucional do magistrado no sentido de estar disposto a refletir sobre suas crenças (imparcialidade) e levar em conta os argumentos das partes como critérios de reflexão (contraditório).

5.4 Contraditório na fase de decisão

A sentença, rotineiramente, é definida pelo seu conteúdo, sua finalidade ou pela conjugação de ambos os critérios. Nesse sentido, o Código dispõe expressamente que sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.¹³²

Tal conceito, herdado da fase cientificista do processo, embora importante para distinguir uma sentença de uma decisão interlocutória e permitir que o estudante compreenda os atos e pronunciamentos do juiz, não auxilia na ideia de construção de um processo justo.

Em um enfoque pragmático, a sentença é o discurso que expressa com sinceridade as razões que justificam a conclusão do processo, razões essas deliberadas no contexto de descobertas e estruturadas no contexto de justificação.

Assim levando em conta o processo dinâmico de tomada de decisão, sentença é o ato no qual o juiz expõe expressamente as razões que lhe permitiram chegar a uma conclusão após deliberação reflexiva e, em seguida, constrói a partir dessas razões a norma jurídica (*ratio decidendi*) que servirá de fundamento para a norma-decisão (dispositivo), sempre em conformidade com a Constituição, leis e precedentes.

Em outras palavras, é o ato em que o juiz delibera sobre as razões expostas pelas partes em contraditório, correlacionando-as com as provas produzidas e, em seguida, justifica

¹³² Art. 203, § 1º, do CPC.

reflexivamente a construção da *ratio decidendi*, que fundamentará o dispositivo, expondo de que forma densificou os enunciados constitucionais e legislativos no contexto que lhe foi apresentado no processo.

Nesse cenário, a proposta é que o contraditório, no contexto fático de um processo, adquira efetividade para evitar (ou minorar) decisões enviesadas, pautadas em argumentação fajuta ou forjada. A ideia do contraditório efetivo e substancial não é reduzida ao contexto de justificação, no sentido de que basta a exposição de razões que levaram à conclusão, mas opera-se essencialmente no contexto de descoberta.

O núcleo do contraditório substancial é exatamente a exigência de consideração das razões sustentadas pelas partes no processo de tomada de decisão, para posteriormente efetivar a necessária exposição estruturada e fundamentada das razões que levaram o convencimento, refutando as razões que não foram suficientes ou adequadas para a conclusão.

Esse ponto é fundamental se buscamos reduzir os problemas dos vieses e das simplificações no processo de tomada de decisão: o juiz tem o dever de considerar as razões sustentadas pelas partes, deliberando expressamente sobre elas. É assim que o artigo 489, § 1º,¹³³ do Código de Processo Civil pode implicar diferença substancial na qualidade das decisões.

Quanto a esse ponto, é muito comum, principalmente nas discussões sobre a nova feição da atividade jurisdicional, a afirmação de que o modelo de subsunção seria insuficiente, seja pelo conteúdo aberto das normas, seja pelo reforço da atividade criativa do juiz, ou, ainda, pela própria complexidade dos direitos em colisão.

Fredie Didier, por exemplo, expressa que o método da subsunção do fato ao enunciado normativo próprio e útil para os casos de textos normativos típicos e fechados revela-se insuficiente para a aplicação das cláusulas gerais. As cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção (DIDIER, 2022, p. 63).

¹³³ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

Porém, quando nos preocupamos exclusivamente com o processo de justificação, é muito complexo compreender essa ideia de concretização, afinal o que seria concretizar e em que se diferenciaria de subsumir na exposição dos fundamentos da decisão?

Diferentemente é se o foco não é monoclar, ou seja, se envolve tanto o contexto de descoberta como o de justificação, aí assume relevo a real deliberação do juízo a respeito de seus juízos perceptivos e sobre os argumentos das partes que devem ingressar em tal reflexão. Defendemos que uma decisão realmente justa passa necessariamente pelo compromisso do magistrado com o contexto de descoberta que deve operar não somente pelo momento perceptivo, mas principalmente pelo momento reflexivo, levando em conta as razões apresentadas pelas partes, inclusive avaliando as consequências da adoção de cada tese no processo de significação dos enunciados.

E mais, em momento posterior, quando da prolação e fundamentação da sentença, a justificação só será realmente válida se todas essas deliberações forem expostas e justificadas, independentemente do nome que se dê, afinal o que vale é o efeito prático de legitimidade da decisão. Trata-se de um compromisso que o juiz deve ter na busca de uma decisão adequada, coerente e íntegra, no sentido de respeito a Constituição, leis e precedentes.

Portanto, defendemos que somente contextualizando as argumentações das partes e levando-as em conta como critério real de reflexão sobre crenças já formadas é que o juiz levará a sério o contraditório, construindo, a partir de tal postura, uma decisão racional. Reduzir a racionalidade somente ao ponto de vista de justificação, sem se preocupar com a interferência do contraditório no contexto de descoberta, é prestigiar uma retórica despreocupada com uma decisão justa e adequada.

5.5 A postura cooperativa, o modelo cooperativo de processo e o viés da falsa coerência

O foco do presente tópico é a postura do juiz diante da exigência da colaboração no processo e como tal postura é relevante para minorar os efeitos do viés da falsa coerência, que é a predisposição de negar a (incômoda) dúvida e de suprimir artificialmente a ambiguidade moral (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes (FREITAS, 2013, p. 233-236).

Os fatores de legitimação do modelo cooperativo de processo dentro do paradigma atual são a participação dialógica que garante a intersubjetividade, a responsabilidade, a previsibilidade e a efetividade.

O modelo democrático a partir de suas características, sem dúvida, influi na formação do pano de fundo daqueles que atuam no contencioso judicial. Porém, tal prática também se

constitui pela forma de atuação das partes. Trata-se de uma verdadeira circularidade, pois o modelo influencia o comportamento das partes e é por ele influenciado.

Porém, como dito, a experiência é composta por pessoas; e mais: tão importante quanto conhecer o modelo em si, é preciso compreender qual postura, a partir do modelo pragmático, deve ter um juiz que tem compromisso com o diálogo, a responsabilidade, a previsibilidade e a efetividade.

Nesse contexto, é preciso correlacionar a postura que se exige do juiz para reduzir seu viés autoritário, que implicaria uma falsa coerência.

Para tanto, a democracia deve significar menos um regime de governo ou mesmo um direito e mais um modo de vida. Em outras palavras, é preciso disseminar no processo práticas democráticas que componham um certo modo de agir no contexto de uma rotina.

O momento perceptivo do contexto de descoberta, que é impregnado por vieses, deve estar sedimentado em um novo modo de se ver no processo. Aquela ideia de força, de imperatividade na construção da norma e, conseqüentemente, a legitimidade pela autoridade, tem que ser substituída pela noção de que uma decisão democrática demanda práticas substancialmente democráticas.

A imperatividade da decisão e a necessária submissão das partes ao comando decisório pode refletir na configuração de um pano de fundo autoritário na condução do processo. A isso se somam as famosas ideias pré-concebidas de que o juiz conhece do direito (*jura novit curia*) e que as partes levam os fatos e o juiz dá o direito (*da mihi factum, dabo tibi ius*). A crença, errônea por sinal, de que o juiz conhece o direito inutiliza o papel central das partes em apresentar fundamentos que deverão servir para a reflexão sobre a construção das normas. Às partes basta apenas apresentar os fatos, que um sujeito virtuoso lhe dirá o que é o direito. O juiz, de tão virtuoso, promoveria pedagogicamente o ensino do direito a partir de um caso concreto; afinal, do direito ele conhece.

Por mais que um juiz conheça em tese o processo democrático, esses pensamentos dificilmente o permitirão agir de forma democrática. A postura democrática não está somente na busca de fins aceitos, mas também nos meios, práticas e procedimentos que estejam de acordo com esses objetivos.

Para John Dewey, um dos pais do pragmatismo ao lado de Peirce, a democracia não é um ensinar, mas um deixar aprender. É uma aposta sobre, imersos em ambientes que favoreçam o exercício do diálogo e do debate, constituídos por práticas cooperativas, ser possível desenvolver objetivos comuns (DE FRANCO, 2008). Trazendo para o direito, a postura do juiz é, como condutor do processo (impulso oficial), construir um ambiente em que

a boa-fé, o contraditório e a ampla defesa permeiem todo o percurso até o momento assimétrico de decisão. Como dito, as partes jamais terão objetivos materiais comuns, mas é possível sim cativá-las ao menos quanto ao respeito de um processo leal.

Assim sendo, a decisão judicial, embora sem dúvida desagrade uma das partes (e, às vezes, ambas), ao menos estará legitimada não só pela autoridade daquele que a profere, mas sim pela participação de todos. Isso não significa que o juiz não vá errar. É evidente que vai; aliás, o falibilismo é da essência humana. Mas, nesse caso, não estamos diante propriamente de legitimidade da decisão, mas sim de erro interpretativo ou de compreensão, a que todos estão sujeitos.

O juiz deve permitir que as diferenças entre as partes ganhem livre expressão, independentemente de suas crenças pessoais, e esse hábito deve permear todo o direito. Isso é muito importante, por exemplo, no momento de se deferir provas. Não é porque o juiz acredita que a prova oral será desnecessária, por exemplo, em uma ação de desconstituição de negócio jurídico por vício do consentimento, que pode simplesmente indeferir tal prova que seria fundamental na expressão do autor. Ou, ainda, não é porque a realização de uma audiência é um ato oneroso, que o juiz agirá impulsionado pela resolução do litígio sem permitir que a parte demonstre suas narrativas.

No processo, sem dúvida, há competição. Mas tal competição deve existir entre as partes. A postura democrática exige que o juiz não tome partido de uma das pretensões. No processo civil, em processos de alimentos, a função do juiz é resguardar o direito da criança ou resguardar o direito daquele que tem o direito? Não é porque se reconhece como norma constitucional o direito aos alimentos, que o juiz deve ignorar a possibilidade do pai na fixação do montante, por exemplo.

Essa prática, notadamente a postura de diálogo, é fundamental para a formação de novas crenças no corpo de magistrados que passam a compor anualmente o Poder Judiciário. Porém, é importante ressaltar que, para a consolidação da crença, é fundamental a participação de todos. A atuação no processo configura-se uma verdadeira relação comunicativa, e, em uma relação comunicacional, é preciso que todos estejam dispostos a dialogar e saibam sobre o objeto do diálogo.

O juiz, por mais democrático e dialógico que seja, é um ser humano e muitas vezes acaba se desiludindo com a tentativa de legitimar o processo pelo debate. Um exemplo notório ocorre em audiências de saneamento em cooperação. O artigo 357, § 3º, do Código de Processo Civil prevê expressamente tal possibilidade. Então, marca-se a audiência visando exatamente ao debate para a construção do ponto controvertido e para compreender melhor as

questões de fato e de direito, porém, na data da realização, muitas vezes grandes litigantes enviam advogados correspondentes que sequer conhecem o feito. Estão lá apenas para chancelar a impossibilidade de acordo, como se fosse uma pura audiência de conciliação. Essa postura precisa mudar, introjetando-se a crença de que o diálogo não pode ser vulgar (no sentido de conhecimento não técnico). O diálogo deve ser feito com responsabilidade, pois a colaboração visa à duração razoável do processo, à justiça e à efetividade.

Nesse sentido, em grande parte das vezes, os próprios advogados contribuem para a construção de juízes que desistem do debatem e decidem, exclusivamente, conforme suas crenças e convicções irrefletidas.

É por isso que é preciso reforçar que o juiz não pode ser o único ator do processo que age de forma democrática. A finalidade do processo não é somente a resolução do conflito, mas sim efetivar o direito material ou, ainda, tornar a tutela do direito efetiva. Para tanto, a legitimidade democrática de tal efetivação demanda a participação de todos, mesmo que com interesses opostos. A divergência de interesses não pode ser uma justificativa para atuação desleal, comportamento contraditório, chicana processual ou, ainda, criação de incidentes procrastinatórios. Essas circunstâncias, que muito acontecem na prática, criam no juiz um sentimento de reserva, a partir do qual a crença de que a única forma de legitimar sua decisão é o exercício da autoridade, o que acaba por enfraquecer, concretamente, o processo democrático.

Lembrando que a reiteração de posturas acaba gerando crenças, que compõem nossos hábitos e *panos de fundo* e delimitam o juízo de percepção dos novos casos. Esse tipo de comportamento, por mais que não seja normativamente desejado, ocorrendo de forma reiterada, sedimenta-se na consciência do juiz e é a substância do pensamento automático, ou seja, interfere na percepção de novos litígios e novos processos.

Finalizando, para reduzir a dominância desse viés cognitivo que desprestigia o processo democrático, o juiz deve expor abertamente às partes suas dúvidas sobre os fatos (principalmente no despacho saneador na fixação do ponto controvertido), para que possam ser compreendidas e avaliadas, permitindo que sejam discutidas no processo de convencimento, para que o julgamento seja feito a partir de critérios reflexivos introduzidos também pelos interessados.

5.6 A boa fé objetiva o consequencialismo e a seletividade no processo

O Código de Processo Civil introduz expressamente a boa-fé objetiva no ordenamento processual ao dispor que aquele que, de qualquer forma, participa do processo deve

comportar-se de acordo com a boa-fé (Art. 5º do Código de Processo Civil). Não é nosso objetivo desenvolver o conceito dogmático de *boa-fé objetiva*, tão desenvolvido na doutrina internacional¹³⁴ e pátria¹³⁵. Buscamos, no presente tópico, analisar concretamente a postura de se comportar em conformidade com a boa-fé.

Por muito tempo, a dimensão que ganhava destaque da boa-fé era a subjetiva. Nesse sentido, predominava que estava de boa-fé aquele que tinha a crença psicológica da regularidade da própria posição ocupada ou, ainda, mantinha-se em estado de ignorância de vício que inquina de nulidade um determinado ato.

Essa ideia de boa-fé prestigiava, e muito, o solipsismo do sujeito decisor. Isso porque bastava a confiança de que era regular sua posição e seu comportamento, que não era possível contestar sua conduta. A conduta era vista a partir da crença, e essa, como estudado, é essencialmente subjetiva.

A boa-fé objetiva surge a partir de um contexto no qual o direito não pode se contentar com comportamentos que se traduzem na justificativa a partir de fórmulas ambíguas e dissimuladoras. É preciso que o comportamento represente aquilo que se pretende, resguardando-se um diálogo sincero com todos os sujeitos interessados, preservando a legítima expectativa criada por condutas praticadas.

É nesse contexto que a boa-fé introjetada nos hábitos dos sujeitos do processo pode ser um elemento importante para reduzir a seletividade inerente ao processo de cognição na tomada de decisão. Tal boa-fé se conecta intimamente com uma das principais características do pragmatismo, qual seja, o consequencialíssimo. Vejamos.

De plano, é comum a doutrina afirmar que a boa-fé objetiva é multifuncional, destacando-se a sua função interpretativa, integradora (deveres anexos) e de vedação do abuso de direito.

Nesse cenário, compreende-se a boa-fé como exigência de comportamento revelador de lealdade e legitimador confiança, sendo imprescindível na deliberação dos fins a que o processo se direciona.

Dois pontos são fundamentais para correlacionarmos a boa-fé ao pragmatismo. Primeiro, no sentido de que a boa-fé é o substrato ético da postura no processo; não ética como uma compreensão do bem e do mal, mas sim ética no sentido de deliberação dos fins da conduta. Segundo, no sentido de que, se o código diz expressamente que todos devem se

¹³⁴ Por todos, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2013).

¹³⁵ Por todos, Judith Martins-Costa (2018).

comportar de acordo com a boa-fé, devemos nos preocupar não só com nossos estados de pensamento, mas sim com as consequências de nossas ações dentro de um contexto processual.

Passemos à análise desses dois elementos centrais da postura ética no processo.

Em primeiro lugar, a boa-fé impõe a deliberação sobre os fins que almejamos alcançar no processo; e aqui, todos têm esse dever. O advogado, ao redigir a inicial, deve deliberar sobre os fins que almeja com a descrição fática e a fundamentação analítica na propositura da norma que regerão a situação em litígio. Essa deliberação sobre os fins deve afastar comportamentos contraditórios, colocação dolosa em situações vantajosas, posturas abusivas, bem como alteração intencional da verdade dos fatos. O juiz, da mesma forma, deve deliberar sobre os fins que almeja com o processo. É importante recordar que o compromisso do juiz é com a Constituição, leis e precedentes; portanto, tal deliberação visa à consideração das finalidades estabelecidas em tais diplomas normativos.

Mas essa deliberação ética sobre fins está estritamente correlacionada com o consequencialismo do método pragmático.

Se o comportamento só pode ser considerado a partir de nossas ações e façanhas no processo, essas devem ser deliberadas e refletidas, sempre observando a consequência dos efeitos da percepção no processo de deliberação e, conseqüente, significação.

No processo de tomada de decisão, a “boa-fé comportamento” é correlacionada com o consequencialismo no sentido de exigir a consideração dos efeitos percebidos e que foram postos na deliberação. Em outras palavras, deve o sujeito decisor avaliar a seletividade de sua percepção deliberando sobre o que foi percebido e atentando-se sobre o que não foi observado. A necessária atenção, imposta pela postura consequencialista na compreensão do comportamento ético-deliberativo, é o ponto de contato entre boa-fé objetiva e contraditório. Se a boa-fé é observada a partir de nosso comportamento e se tal comportamento se opera em um diálogo comunicativo, é obrigação dos interlocutores atentar para os efeitos da percepção no raciocínio controlado, sempre retornando ao estado inicial para reavaliar se algum ponto não foi percebido, em virtude de nossa seletividade perceptiva. Tal retorno reflexivo se faz a partir das alegações e argumentos trazidos pelas partes em respeito ao contraditório substancial anteriormente defendido.

O juiz pode ter a convicção formada de que é caso de julgamento antecipado do pedido, sem necessidade de produção de provas em audiência. Isso porque os efeitos do objeto de percepção implicaram uma conclusão de que o pleito está pronto para julgamento. Porém, em virtude da seletividade de nossa compreensão, não compreendeu adequadamente a

tese defensiva, que buscava, por meio de uma prova testemunhal, demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ter postura consequencialista do método pragmático não se confunde com a escolha de um resultado que traga maior satisfação, seja para o aplicador ou para quem ele imagina estar satisfazendo. O consequencialismo de significação implica a deliberação dos efeitos daquilo que foi percebido no processo de reflexão, ou seja, o intérprete questiona-se: quais as consequências do objeto de percepção e da própria percepção no processo de deliberação? Trata-se, sem dúvida, de uma forma de minorar os efeitos do raciocínio automático e dos vieses que impregnam tal etapa, prestigiando-se um raciocínio reflexivo, nos momentos em que esse é imprescindível.

Tudo isso é reforçado pelo dever de fundamentação estruturada previsto no artigo 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. Ao fundamentar estruturalmente sua decisão, é possível averiguar, mesmo que em partes, se houve parcialidade seletiva no objeto de percepção. O autor, a partir da fundamentação do juiz, pode averiguar se houve *error in iudicamento*, muitas vezes ocasionado por uma falsa percepção, ou juízo seletivo no conhecimento das provas, ou, mesmo, na seletividade de análise da documentação juntada.

A boa-fé na prática normativa, portanto, não se confunde com um conceito estático entre o que é do bem e o que é do mal. Em sua dimensão ética, deve ser compreendida como a exigência de deliberação sobre aquilo que vou postular ou decidir e, dessa forma, como devo dirigir meu comportamento.

5.7 A fase satisfativa e o viés do otimismo excessivo e do *status quo*

Por muito tempo nossas crenças foram introjetadas no sentido de que a ação correspondia a uma resposta de mérito. A refundação dos institutos fundamentais veio para mudar toda essa concepção. Porém, como sempre reforçamos, uma coisa é o posicionamento teórico; outra distinta é a ação.

Nesse cenário, a satisfação da tutela de direitos reconhecida na sentença que garante exigibilidade de uma prestação muitas vezes é afetada pelo que se denomina otimismo excessivo, que geraria o efeito de confiança extremada, que guarda conexão com previsões exageradamente seguras (e negligentes), ligadas a erros nem sempre inocentes.

O juiz, ao prolatar uma sentença em um caso complexo ou em um caso trivial, muitas vezes acredita que garantiu a tutela justa, tempestiva e adequada. Aguarda-se somente o trânsito em julgado e o arquivo do processo.

Porém, sabemos que não é bem assim.

A satisfação da tutela de direito, quando a sentença não é autossuficiente, só se opera a partir da fase de satisfação.

O legislador parece ter previsto essa circunstância em seu artigo 8º, que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A eficiência deve ser observada durante toda a construção e efetivação da norma.

Trata-se muito mais de uma postura exigida do que de um conceito dogmático. É comum afirmar que a eficiência do processo está ligada à economia processual, o que não deixa de ser uma de suas funções.

Porém, o que se espera de uma postura eficiente é estar preparado para avaliar, a partir de efeitos práticos, qual técnica-processo é mais efetiva na proteção de uma tutela de direito.

Essa postura implica uma crescente atenção dos magistrados em preocupar-se não só com a fase de certificação, mas também com a fase de satisfação, reduzindo o seu otimismo de que, ao prolatar a sentença, o seu mister encerrou-se definitivamente.

Além disso, a eficiência está intimamente ligada à postura de reflexão sobre os enunciados normativos da legislação, afastando-se dos efeitos de predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas.

É nesse ponto que surge a importância da eficiência na interpretação finalista das medidas executivas de satisfação do direito. Evidentemente, sempre de forma fundamentada, preservando o contraditório, a factibilidade da decisão e a razoabilidade, a eficiência impõe uma compreensão que promova a efetividade em plena correlação com os fins do pragmatismo e do processo democrático.

CONCLUSÃO

Embora sedimentados, teoricamente, em um paradigma do constitucionalismo de efetividade, ainda nos pautamos em crenças introjetadas pelo positivismo mecanicista, tão prestigiado em determinados momentos do sistema da *civil law*.

Efetivar os preceitos constitucionais e legais demanda não só conhecer abstratamente características do constitucionalismo, mas também praticá-los em nossa experiência real. Para tanto, o método pragmático se mostra útil e funcional nesse processo de transformação real de um sistema dominante de significados e valores, uma vez que se entrelaça com o contexto em que é desenvolvido, prestigiando o sujeito, o problema e o sistema a partir de suas características, dimensões e propósitos.

O contexto em que a prática se realiza e efetivam-se direitos, e no qual há verdadeira introjecção de valores, é o modelo cooperativo de processo.

Por isso, precisamos enxergar o modelo cooperativo de processo a partir de uma visão constitucional, e não a partir de crenças ultrapassadas que prestigiavam a ideia de que a lei operava como centro de todo o sistema e as respostas existiam previamente. Também é preciso conhecê-lo e praticá-lo a partir de um método que prestigie um raciocínio adequado, a partir de fins deliberados em busca de um contínuo aperfeiçoamento, o que implica revistar seus institutos fundamentais.

A jurisdição, nesse cenário, deixa de ser um palco de pacificação social e passa a ser a arena de efetivação da tutela de direitos, que se perfaz a partir da solução do litígio. Por outro lado, a constante solução de litígios implica a densificação contínua de significados de termos vagos, tão constantes em nossa constituição e legislação. Assim, ao lado de tutelar direitos, a jurisdição assume relevante papel de unificar a interpretação constitucional e legal, prestigiando a previsibilidade, mas sem imutabilidade, em um contínuo aperfeiçoamento.

A ação deixa de ser um direito a uma resposta de mérito, ignorando a satisfação do direito. A ação passa a ser o direito constitucional a técnicas processuais adequadas para efetivação de formas específicas de tutela. A ação é pensada em uma perspectiva de efetividade, afastando-se de dogmas, prestigiando seus efeitos no contexto de certificação e satisfação de direitos.

O processo passa a ser um instrumento em que se realizam as técnicas processuais adequadas para garantia de uma decisão justa, efetiva e tempestiva. O cenário de procedimentos abstratamente pensados dá espaço à adequação do procedimento que melhor

permita a efetivação de direitos, sempre, evidentemente, observando as garantias fundamentais decorrentes de um devido processo justo e legal.

Nesse cenário de revisitação dos institutos fundamentais do processo com foco em seus efeitos práticos, assume grande relevância a compreensão estrutural das normas fundamentais e sua correlação com a lógica, ética, estética e propósito do pragmatismo como uma forma de auxiliar no contexto de decisão judicial.

Todo esse caminho culmina na percepção de que o processo de tomada de decisão é imprescindível para a concretização de direitos e sua efetivação.

Porém, não podemos limitar o processo decisório a um momento estático de justificação na sentença. A decisão opera de forma dinâmica em todo o contexto do processo, iniciando-se com a percepção do problema a partir da decisão judicial,

Sustentamos que estudar e compreender o modelo de descoberta não é só possível, mas também essencial na busca de um sistema jurídico no qual o discurso de legitimidade não fique apenas no plano abstrato.

Ao contrário do que sustentam muitas correntes filosóficas, o contexto de descoberta não interessa somente a outras áreas da ciência. Na verdade, trata-se de uma visão superficial da dinâmica de descoberta que crê que ela se resume ao momento perceptivo. Porém, tal simplificação é indevida e prejudicial. Indevida porque ignora que, embora todo conhecimento ingresse pelo momento de percepção em que nossas crenças e hábitos muitas vezes induzem a vieses, é possível desenvolver um momento de deliberação e reflexão, no qual hipóteses explicativas são geradas, selecionadas, testadas e abandonadas, se inadequadas. O momento deliberativo opera-se a partir de um raciocínio diagramático que envolve abdução, dedução e indução. Mas, além de indevido, também é prejudicial, pois solidifica na mente do sujeito que o contexto de descoberta é essencialmente irracional, o que não condiz com a experiência.

Nesse cenário, a decisão judicial de certificação e satisfação da tutela de direito é o resultado de um processo complexo, que envolve o momento de percepção e o momento de deliberação em um contexto de descoberta. O compromisso do agente decisor com a reflexão sobre suas crenças e sobre as hipóteses explicativas geradas e testadas, em um verdadeiro e sincero diálogo com as partes em um sistema de dar, receber e refletir sobre razões, é fundamental para a legitimidade da empreitada de se decidir.

Definir o problema é o ponto de partida, mas tal definição não é tão simples, como muitos pensam. A exigência de imparcialidade real e concreta constrange o agente decisor não só para se manter equidistante das partes, mas também deliberar sobre suas crenças e

refutá-las, se não forem adequadas. A definição do problema que opera-se principalmente na fase postulatória é o primeiro passo para uma decisão adequada e efetiva.

Definido o problema, ainda no contexto de descoberta, e conjugando agora as narrativas evidentemente estratégicas do réu e do autor, o magistrado passa a gerar e selecionar hipóteses, não mais meramente a partir de juízos perceptivos isolados, mas dentro de um contexto de autocontrole e deliberação.

O contraditório, nesse momento de definição dos pontos controvertidos e saneamento do feito, se levado substancialmente a sério no sentido de aceitarmos seus efeitos práticos, proporciona a postura de exigir que o magistrado correlacione e reflita sobre suas razões que direcionam para um determinado resultado com as razões das partes que podem direcionar para sentido opostos.

O teste das hipóteses geradas e selecionadas realiza-se essencialmente no momento instrutório. É evidente que a instrução se inicia desde a postulação, mas é na audiência que ela se intensifica. Aqui o viés cooperativo do processo atrelado ao antifundacionalismo e cooperativismo do método pragmático produz efeitos práticos sensíveis e importantes na consecução dos fins últimos da instrução, que é permitir que as partes possam influenciar, a partir da prova produzida, a convicção do magistrado. O magistrado não pode estar fechado aos argumentos, comportando-se contraditoriamente ao indeferir perguntas que possam trazer uma certa dificuldade de manutenção da crença inicialmente adotada.

O modelo cooperativo atrelado ao método pragmático impõe aos sujeitos, principalmente o decisor, uma responsabilidade diferenciada e a postura constante de estar disposto a renunciar crenças que podem ser refutadas pelas provas. Isso reforça a ideia de que o juiz, embora até possa chegar convencido para uma audiência de instrução, deve estar aberto a mudanças, sob pena de o contraditório transformar-se em um mero reforço retórico.

O fim último de todas as etapas é produzir um estado de crença que afaste a dúvida real e concreta. Esse é o propósito que se correlaciona com um procedimento que prestigie a funcionalidade em prol da legitimidade.

A racionalidade em questão opera-se a partir de um método dinâmico que se legitima não só no discurso, mas sim no percurso de construção da norma, tendo como elemento de controle a intersubjetividade em substituição à dedução, a efetividade como elemento finalístico em substituição à simples declaração do direito, a previsibilidade como elemento de estabilização em substituição à segurança abstrata e a responsabilidade como elemento de compromisso.

Como dito e é importante reforçar, a parametrização do processo de decidir não implica fechamento, mas sim abertura que compactua com toda a ideia de aperfeiçoamento do direito, não ignorando que há intercorrências relevantes nesse processo dinâmico, mas atentando-se para que essas intercorrências sejam avaliadas a partir de seus efeitos reais, impedindo a deslegitimação da decisão.

Por fim, todo esse processo estaria incompleto se não compreendêssemos as técnicas processuais que permitem a consecução do fim de efetivação do direito. As técnicas processuais como forma de efetivação ganham relevo ainda maior no cumprimento da sentença, momento em que o direito se encontra certificado, cabendo a sua efetivação. Conjecturar os efeitos práticos da utilização das técnicas em consonância com a forma de tutela que se pretende efetivar é essencial para que se promova a efetivação adequada e, principalmente, tempestiva do direito. A preocupação com o tempo, ao lado da própria efetivação, é um elemento relevante que importa na concretização da tutela certificada.

Portanto, podemos concluir que compreender todo esse processo complexo e dinâmico, parametrizando diretrizes e etapas de decisão, prestigiando a racionalidade concreta, a partir de um contexto de descoberta correlacionado com o contexto de justificação, permitindo um aperfeiçoamento constante, é fundamental para o próprio desenvolvimento do sistema jurídico.

Afinal, o sucesso ou o fracasso de um sistema jurídico que se pauta no constitucionalismo de efetividade é, em boa medida, estabelecido pela qualidade das normas produzidas e efetivadas e pelo processo em que tal produção e satisfação se realizam.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. Prólogo à tradução. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 11-14.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A garantia do contraditório – do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia. O a Priori da Comunidade**. v. 2. São Paulo: Loyola, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e Casos Repetitivos: Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância em massa. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix (org.). **Precedentes Judiciais: Diálogos Transnacionais**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 169-204.
- ARENHART, Sérgio Cruz;. OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de Processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequencialistas e estado de direito: subsídios para uma compatibilização. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: Conpedi, 2005. p. 1-20.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Constituição, Liberdade e Interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El Neoprivatismo en el proceso civil. *In*: MONTERO AROCA, Juan (coord.). **Proceso Civil e Ideología**. Un prefacio, una sentencia, y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 201-218.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Proceso Civil y ideología**. Coordinador: Juan Montero Aroca Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico. Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais. **Civil Procedure Review**, v. 9, n. 1, p. 101-125, jan./abr. 2018.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. 2nd ed. New Haven, CT: Yale University Press 1986.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. **STJ Notícias**. Brasília, 23 ago. 2020. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral. **Notícias e Textos**. Brasília, 19 ago. 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BULYGIN, Eugênio; MENDONCA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16. reimpr. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano. *In*: CAPPELLETTI, Mauro. **Giustizia e Società**. Milano: Comunità, 1977. p. 111-122.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2007.

CARREIRO, Genilson Rodrigues. **Os novos mecanismos de controle da discricionariedade judicial Da lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, n. 3, p. 473-486, maio 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 473-486, maio 1999.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. O esquema de Toulmin e a análise argumentativa de decisões judiciais: perspectivas a partir e além de “Harry nasceu nas Bermudas”. *In*:

ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 45-66.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2013.

CAVALCANTI, Natalia Pepi. Transparência e revisão de decisões automatizadas. *In*: VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Andriei (ed.). **Inteligência Artificial**: sociedade, economia e estado. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 175-206.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Com Anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. v. 2, 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

COLAPIETRO, Vincent Michael. **Peirce e a abordagem do self**: uma perspectiva semiótica sobre a subjetividade do self. São Paulo: Intermeios, 2014.

COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, María Ángeles; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CONSANI, Cristina Foroni. **O paradoxo da democracia constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COPETTI NETO, Alfredo; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O direito e a democracia para além da representação. *In*: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (coord.). **Ontem, os Códigos! Hoje, as Constituições!** Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 217-231.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa fé no Direito Civil**. 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2013. (Coleção Teses).

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução: Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito, 2008.

DA COSTA, Reginaldo. **Ética do Discurso e verdade em Appel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

DEWEY, John. Condições lógicas para um tratamento científico da moralidade. *In*: DEWEY, John. **A valoração nas ciências humanas**. Tradução: Marcus V. da Cunha, Ana Raquel L. Cianflone e Erika N. Fernandes de Andrade. Campinas: Autores Associados, 2009. p. 11-49.

DEWEY, John. **Os Pensadores**: Dewey. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

DEWEY, John. **Reconstrução em Filosofia**. São Paulo: Ícone, 2011.

DIDIER JR., Fredie Souza. **Curso de direito processual civil**. v. 1, 24. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

DIDIER JR., Fredie Souza; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - execução**. v. 5, 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo Jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 213-226.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno V. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, p. 324-346, 2000b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Dumará, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia y Desconfianza**: una teoría del control constitucional. Traductora: Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

ENGEL-TIERCELIN, Claudine. Vagueness and the Unity of C. S. Peirce's Realism. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, v. 28, n. 1, p. 51-82, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo Hermenêutica e Neoconstitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 13-30.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia** – teoria della Democrazia. v. 2. Roma: Laterza, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. Teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012. p. 511-536.

FINATEC. Projeto Victor usa a inteligência artificial para facilitar o trabalho dos servidores do STF. **Notícias**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.finatec.org.br/noticia/projeto-victor-usa-a-inteligencia-artificial-para-facilitar-o-trabalho-dos-servidores-do-stf/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

FISH, Stanley. Fish v. Fiss. **Mississippi College Law Review**, v. 5, n. 1, p. 1-23, 01 June 1984. Disponível em: <https://dc.law.mc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1141&context=lawreview>. Acesso em: 23 fev. 2022.

FISS, Owen M. The Supreme Court 1978 Term. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FORTUNA, Marcelo Forli. **O modelo cooperativo de processo na perspectiva do pragmatismo de Peirce**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20998/2/Marcelo%20Forli%20Fortuna.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

FRANCO, Augusto de. Introdução. *In*: DEWEY, John. **Democracia Cooperativa: Escritos Políticos Escolhidos de John Dewey (1927-1939)**. Organizadores: Augusto Franco e Thamy Pogrebinschi. Porto Alegre: PUCRS, 2008. p. 13-20.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de Precedentes**. Da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina-PR: Thoth, 2020.

G1-DF. **Juiz autoriza técnica de privação de sono para desocupar escola no DF**. Brasília, 01 nov. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/11/juiz-autoriza-tecnica-de-privacao-de-sono-para-desocupar-escola-no-df.html>.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. **Criaturas de la moralidad**. Madrid: Trotta, 2009.

GREY, Thomas C. Freestanding Legal Pragmatism. **Cardozo Law Review**, v. 1, p. 21-42, 1996.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Traducción: Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In: CARBONELL, Miguel (org.). Neconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 50-73.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2021.

HAMILTON, Alexander. O Departamento Judicial (O Federalista nº 78). *In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista*. 2. ed. Campinas: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 681-692.

HERDY, Rachel. Habermas, pragmatismo e direito. **Kriterion**, v. 50, n. 119, p. 43-61, jun./2009.

HESSE, Konrad. **temas fundamentais de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIMMA, Kenneth Einar. **Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Facultad de Derecho, 2011.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. *In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (org.). Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 195-240.

JAMES, William. **William James**. 2. ed. São Paulo: Abril, 1979. (Coleção Os Pensadores).

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2012.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva S.A, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2021.

LUDWIG, Roberto José. **Norma de direito fundamental associada: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição**. Tradução: Paulo Roberto Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Tradução: Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

MAGRINI, Eduardo; GUEDES, Paula. Sistemas de Recomendação impulsionados por inteligência Artificial: Desafios éticos e jurídicos. *In*: VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Andriei (ed.). **Inteligência Artificial**: sociedade, economia e estado. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 103-136.

MARANHÃO, Juliano; COZMAN, Fabio Gagliardi; ALMADA, Marco. concepções de explicação e do direito à explicação de decisões automatizada. *In*: VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Andriei (ed.). **Inteligência Artificial**: sociedade, economia e estado. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 137-154.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à tutela dos Direitos. *In*: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação**. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Livraria do Advogado, 2006. p. 197-252.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Teoria do Processo Civil. v. 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v. 2 São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso Extraordinário e recurso especial do jus litigareis ao jus constitutionis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINS-COSTA Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Produção Científica),

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

- MICHELMAN, Frank I. Constitutional Authorship. *In*: ALEXANDER, Larry (org.). **Constitutionalism**. Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 64-98, 1998.
- MICHELMAN, Frank I. Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**, v. 100, p. 4-77, 1986.
- MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 4. ed., rev., atual. e ampl. da obra *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. **Um método para a investigação das consequências**. A lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao direito. Joao Pessoa: Ideia, 2013.
- NOUR, Soraya Os cosmopolitas: Kant e os “temas kantianos” em relações internacionais CONTEXTO INTERNACIONAL Rio de Janeiro, vol. 25, no 1, janeiro/junho 2003, pp. 7-46.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flavio. **Teoria Geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.
- NUNEZ, Álvaro. **Modelando la ciencia jurídica**. Lima: Palestra, 2014.
- PARKER, Kelly A. Reconstruindo as Ciências Normativas. **Cognitio**: Revista de Filosofia, v. 4, n. 1, p. 27-45, jan./jun. 2003.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos**. Sobre a Justificação Científica de Uma Conceitografia - Os Fundamentos da Aritmética. Tradução: Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomeranglum. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).
- PEIRCE, Charles Sanders. **Reasoning and the Logic of Things**. Edited by K. L. Ketner and H. Putnam. Cambridge: Harvard University Press, 1992. (The Cambridge Conferences Lectures of 1898).
- PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- PEIRCE, Charles Sanders; HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul; BURKS, Arthur W. (ed.). **Collected Papers of Charles Sanders Peirce**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1931-1958.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: A nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

PINO, Giorgio. **Derechos fundamentales conflictos y ponderación**. Lima: Palestra, 2013.

POLYA, George. **How to solve it: a new aspect of mathematical method**. Princeton: Princeton University Press, 1945.

POSNER, Richard Allen. **A economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins fontes, 2010b.

POSNER, Richard Allen. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2012.

POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito**. Salvador: Juspodivm, 2010a.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POUND, Roscoe. What of Stare Decisis? **Fordham Law Review**, v. 10, n. 1, p. 1-13, 1941. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol10/iss1/1>. Acesso em: 23 fev. 2022.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos Direitos**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RAZ, Joseph. **La Autoridad del Derecho** – ensayos sobre derecho y moral. Traducción y notas: Rolando Tamayo y Salmor. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia**. v. 3. São Paulo: Paulinas, 1990.

RECASENS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959.

REGLA, Josep Aguiló. Do Império da lei ao Estado Constitucional. Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012. p. 101-116.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Duc in Altum** – Caderno de Direito, v. 1, p. 21-57, jul./dez. 2009.

RODRIGUES, Cassiano Terra. Charles Sanders Peirce. Introdução. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.).

Enciclopédia Jurídica da PUC-SP – Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: PUC, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/58/edicao-1/peirce,-charles-sanders>. Acesso em: 15 abr. 2022.

RODRIGUES, Cassiano Terra. Explicações, abdução e raciocínio fingido: uma tentativa de filosofar a partir de uma folclórica experiência brasileira. *In*: GHIZZI, Eluiza Bortolotto; DANTAS, Lúcia Ferraz Nogueira de Souza; MADEIRA, Marcelo S.; GONZALEZ, Maria Eunice Quilici; AIUB, Monica (org.). **Sementes de pragmatismo na contemporaneidade**: homenagem a Ivo Assad Ibri. São Paulo: FiloCzar, 2018. p. 227-255.

ROESLE, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisão judicial. *In*: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 21-44. (Coleção Direito Retórica e Argumentação).

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTAELLA, Lucia. **Metaciência como guia da pesquisa**: uma proposta semiótica e sistêmica. São Paulo: Mérito, 2008.

SANTAELLA, Lucia. **O Método anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: Unesp, 2004.

SANTAELLA, Lucia. **Percepção**: fenomenologia, ecologia, semiótica. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SANTAELLA, Lucia. **Semiótica aplicada**. 7. reimpr. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SANTAELLA, Lucia. **Temas e dilemas do pós-digital**: a voz da política (Comunicação). São Paulo: Paulus, 2016.

SANTAELLA, Lucia; VIEIRA, Jorge A. **Metaciência**. São Paulo: Mérito, 2008.

SAYRE-MCCORD Geoffrey. The Many Moral Realisms. **The Southern Journal of Philosophy**, v. 24, Supplement, p. 1-25, 1986.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego** – un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Tradução: Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**. Racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 383-418.

SHAPIRO, Ian. **La teoría de la democracia en el mundo real**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional** – teoria, história e método de trabalho. 2. ed. Fórum, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais? **Conjur**, Senso Incomum, São Paulo, 20 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Tortura em Brasília: Ao caçar coelhos, mataremos a borboleta azul! **Conjur**, São Paulo, 01 nov. 2016.

STRECK, Lenio. Diálogos (neo)constitucionais. *In*: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. Florianópolis, Conceito, 2010. p. 198-244.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. (Coleção Del Rey Internacional).

SURDEN, Harry. What to Teach Law Students About Artificial Intelligence and Law? **Northwestern Law Review Online** (Bridges II), p. 1-2, 18 Dec. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3120123>. Acesso em: 28 maio 2022.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge** – Um Pequeno Empurrão. Lisboa: Lua De Papel, 2018.

THESHEINER, José Maria Rosa. Prefacio. *In*: Sergio Cruz Arenharte e Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm 2021. p. 15-26.

TUSHNET, Mark V. **Constitucionalismo y judicial review**. Traducción: Manuel Chuquillanqui Gonzales. Lima: Palestra, 2013.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. **Science**, v. 185, p. 1124-1131, 1974.

VALENTINI, Romulo Soares. Para além do teste de Turing Jurídico? Breves apontamentos sobre os sistemas automatizados de decisão e suas potencialidades para elevar a qualidade da prestação jurisdicional. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; NAVARRO, Erik (org.). **Inteligência artificial e direito processual**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 715-737.

VIEHWEG, Theodor. **Topik und Jurisprudenz**. München: C.H. Beck, 1953.

VILANI, Cédric. **For a meaningful artificial intelligence** – towards a French and European strategy. Mission assigned by the Prime Minister Édouard Philippe A parliamentary mission from 8th September 2017 to 8th March 2018. Paris: Mission Villani, Mar. 2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**. v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. *In*: ALEXANDER, Larry (org.). **Constitutionalism**. Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 271-299.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el *common law***. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (Direito Material e direito Processual). *In*: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação** – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 165-196.

ZORRILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007.