

ISABELLA BASTOS EMMERICK

SOLIPSISMO

E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



EXPERT
EDITORA DIGITAL

O presente estudo tem por objetivo analisar a alteração sofrida pelo instituto da motivação judicial entre os Códigos de Processo Civil brasileiros de 1973 e 2015. O texto legal recebeu um largo acréscimo de requisitos formais para a construção de uma sentença devidamente motivada amplamente festejado pelos juristas e pela sociedade como forma de controle da discricionariedade nos provimentos judiciais. Contudo, imperioso o questionamento sobre como e até que ponto é realmente possível exercer regulação da compreensão dos magistrados diante de tempos de conceitos abertos e principiologia. Parte desta dúvida, percorrendo um caminho hipotético-dedutivo com base na pesquisa filosófica, doutrinária e legal, analisando as normas supra referidas em face de teorias contrapostas para estabelecer um viés de solução. Para tanto, inicia pela abordagem da linguagem e do discurso, criando o substrato do que forma qualquer posicionamento humano. Na esteira, parte para esta discussão dentro do Direito, evidenciando as peculiaridades de sua dinâmica de pensamento. Em seguida, aborda a questão prática, trazendo à tona a mudança legislativa e sua (in)efetividade com a verificação da jurisprudência das cortes principais de Direito no que toca à persistência da noção de “livre convencimento” dos magistrados. Para sua análise, aponta duas questões que interferem diretamente na discricionariedade do julgador, a meritocracia e o solipismo, a primeira atuando de fora pra dentro, sistema-julgador, a segunda no sentido oposto, como vícios do processo decisório. Por fim, como tentativa de possível solução indica-se a compreensão neopragmatista do Direito e seus aspectos como uma alternativa mais histórica, social, realista

ISBN 978-65-6006-040-1



9 786560 060401 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

SOLIPSISMO

**E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**



Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola.
Superior de Desporto de Rio Maior, Escola.
Superior de Comunicação Social (Portugal),
The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad
Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São
Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad
Tecnológica de México (UNITEC), Universidad
Del Valle de México (UVM) (México)

**Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da
Fonseca**
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade
Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo,
Universidad Sagrado Corazón (UNIFE),
Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes
e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio
Júnior**
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de
Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

EMMERICK, Isabela Bastos

Titulo: Solipsismo e a motivação das decisões judiciais
no código de processo civil- Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Autor: Isabella Bastos Emmerick

ISBN: 978-65-6006-040-1

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito Processual Civil 2.Decisões judiciais 3.Mudança legislativa

I. I. Título.

CDD: 341.46

Pedidos dessa obra:

**experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br**



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. ASPECTOS DO DISCURSO JURÍDICO: O SUBSTRATO MOTIVACIONAL.....	23
2.1 Linguagem e discurso: verdade como consenso	25
2.2 Paradigmas como verdade: o consenso temporário	31
2.3 A penetrabilidade controlada do direito e o senso comum jurídico	36
2.4 O estabelecimento de um senso comum jurídico: o controle e a acomodação do direito.....	43
3. O DISCURSO JURÍDICO E A FORMAÇÃO DE PROVIMENTOS: ASPECTOS FORMAIS.....	51
3.1 A motivação das decisões no código de processo civil de 1973	53
3.2 O novo código civil: inovação, simbologia, formalismo.....	58
3.3 A persistência do livre convencimento no senso comum do jurista: jurisprudências do STF e STJ	65
4. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: ASPECTOS SUBJETIVOS	67
4.1 Meritocracia e a influência do poder simbólico nas decisões.....	69
4.2 Solipsismo e consciência do julgador.....	69

5. ABORDAGEM NEOPRAGMATISTA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	79
5.1 O discurso neopragmatista: aspectos gerais	81
5.2 A aplicação da postura neopragmática na fundamentação jurídica	81
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS	87

1

INTRODUÇÃO

O Direito representa um sistema altamente complexo de regulação e organização humana. Suas origens remontam ao nascimento do próprio Estado como ente institucionalizado e detentor de poder de decisão e controle social, papéis exercidos e legitimados, sobretudo, através de mecanismos normativos e jurisdicionais.

Para tanto, necessita estabelecer uma lógica discursiva coerente tanto interna quanto externamente, isto é, no texto de suas normas e nos momentos de sua aplicação, de sorte a se fazer coeso, funcional e reconhecido pelas sociedades que visa gerir.

Com o desenvolvimento de teorias ideológicas de pensamento, essas as questões intrínsecas das dinâmicas normativas dos sistemas jurídico se tornaram mais fluidas ao passo em que foram orientadas por valores melhor fixados, o que reduziu paulatinamente suas contradições formais. Isso se tornou evidente com o processo de constitucionalização do Direito que reorientou sua estrutura e forneceu-lhe um centro interpretativo único, conferindo-lhe harmonia e unidade através de um parâmetro de adequação de seu texto.

Contudo, o mesmo não ocorreu de forma simples com seus aspectos de aplicabilidade e hermenêutica, tendo se tornado mais complexos, em verdade. Os textos legais passaram a obedecer a postulados, mas estes representando os valores que orientam os sistemas, logo, conceitos abstratos, culturais, axiológicos que, por vezes, dependentes de interpretação para ganharem forma quando a norma não se revela estritamente direta ou meramente formal.

Neste ponto, entra em cena o aspecto decisório do sistema jurídico por meio de seus agentes investidos legal e meritocraticamente, os juízes, responsáveis por dar forma e voz ao Direito onde há espaços vagos em sua estrutura, atuando em prol da Justiça. Mas neste ponto inicia-se a problemática do trabalho. O que é Justiça? O que é justo e certo para um talvez não seja para o outro. O justo do juiz é o justo do legislador? O justo do processo faz justiça para as partes?

Em tempos de direitos humanos e fundamentais, conceitos como justiça, moral, paz, bem, entre outros, se proliferam e cada vez mais determinam a atuação das instâncias judiciárias que tem sua atuação

voltada para a satisfação de valores, exercendo seu papel de forma legal e clara, devendo pautar suas decisões nos ideais sistemáticos, mas de modo expresso, deixando claro seus motivos de decisão por uma ou outra posição na resolução de contendas.

Mas quando há um conceito ou situação aberta, quão controlável pode ser sua aplicação e interpretação? Em que compreensão deve o juiz se pautar para formar suas convicções se há um contexto variável que permite a discricionariedade? É realmente possível controlar essas situações? Quem determinará a melhor interpretação a motivar uma decisão? Quão livre é o julgador frente à Lei? Que fatores subjetivos seus interferem em um provimento?

Nesse sentido, outra tendência verificável compreendendo tal conjectura é a de uma tentativa de estabelecimento de maior controle sobre a discricionariedade judicial, sobretudo por meio da criação de requisitos formais para controle das sentenças.

Ora, é difícil de crer que a dificuldade que se impõe na interpretação do Direito, de cunho abstrato, subjetivo e material possa vir a ser superada tão somente por determinações de caráter objetivo. Como controlar excessos e coibir lesões de uma decisão não ou injustamente motivada se os parâmetros de limitação forem formais? E os demais aspectos de uma decisão? Estando em acordo objetivo com a Lei, uma sentença, quer dizer-se justa?

Com efeito, o presente estudo visa abordar as questões acima elucidadas a partir da análise de como se comporta a fundamentação motivada dos provimentos jurisdicionais na verificação de um caso concreto. Para tanto, debruça-se sobre caso emblemático de expressividade recente, as normas oriundas de inovação legal do instituto motivacional promovida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 que veio a substituir o já em muitos pontos obsoleto texto de 1973, instituindo mudanças em sua dinâmica.

O texto foi reformulado e largamente ampliado no sentido de criar requisitos legais para uma sentença motivada frente às pressões doutrinárias e sociais a respeito do tema recorrente em dias atuais de

sistemas normativos voltados à satisfação de princípios superiores e decisões baseadas em noções subjetivas e abertas de valor.

Desta feita, o que se visa questionar é o que, de fato, determina, influencia, orienta e/ou condiciona o magistrado na formação de uma sentença e como e se os requisitos de cunho formalista e restritivo propostos pela Lei atuam como limitadores e condicionantes das decisões aos valores basilares do sistema.

Mais profundamente ainda, imperioso analisar como se estabelece a própria dinâmica valorativa, o que e quem determina os princípios orientadores de um sistema, ou seja, as relações de poder por trás do discurso jurídico.

Para adentrar a tais problemáticas, necessária uma regressão para as origens do caminho de formação do pensamento que culmina no resultado de argumentações e posições defendidas numa decisão haja vista ser fruto das compreensões de um jurista, portanto, não estritamente automático ou formal, mas eivado de influências próprias da construção de um posicionamento.

Por isto, parte-se da definição inicial das relações humanas como expressões da linguagem e de seus jogos característicos, retornando a seu ponto de partida, desde as estruturas mais simples que permitem a comunicação entre os homens.

Nesse ponto, evidencia-se, quais os elementos estruturais da lógica linguística e como permitem a apreensão de símbolos e significados para a formação de proposições racionais que propiciam a compreensão dentro de uma dada realidade compartilhada por um grupo que aceite seus elementos, além de demonstrar as influências culturais, econômicas, políticas e sociais que particularizam um ramo linguístico, sob a ótica da Filosofia da Linguagem de Ludwig Wittgenstein.

Na esteira e em relação direta, analisa-se como se forma o discurso, consequência óbvia dos jogos permitidos pela linguagem, na perspectiva de Jurgen Habermas e Karl-Otto Apel, demonstrando que, mesmo em cenários de perspectivas lógicas compartilhadas, se formam compreensões diferentes devido a pontos de vista diversos,

de forma que o papel de cada um de seus agentes influencia em seus resultados. Logo, chegar a uma noção de verdade só poderia ser fruto de um consenso.

Refutam-se, dessa forma as noções de razão pura e verdades absolutas, propostas por Immanuel Kant e Ronald Dworkin, respectivamente analisando o conhecimento como uma construção humana e, portanto, passível de múltiplas interpretações que, não necessariamente, são certas ou erradas, mas aceitas ou recusadas dentro da maioria de uma comunidade.

Destarte, trabalha-se com a teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn que defende a tese das verdades temporárias mediante consenso dentro de um grupo científico, irradiadas para a sociedade como um todo, e de momentos de crise em que não se revelam suficientes a resolver de forma adequada os problemas que surgem e tornando necessária sua reformulação com vistas à adaptação aos novos anseios e questionamentos.

Compreendendo estes fatores, adentra-se ao estudo específico do sistema jurídico, observando como este se organiza diante da negação das verdades graníticas e o que influencia na construção de suas normas, provimentos e interpretações.

Para tanto, fundamenta-se a abordagem numa acepção do Direito como sistema de Nikklas Luhmann. Defende-se que, inserido numa sociedade autopoietica, comporta-se como mecanismo operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, haja vista não estar livre das influências de outros ramos, mas apresentar certo grau de controle daquilo que quer que, de fato, produza efeitos em seus postulados. Logo, evidencia como se dá sua comunicação interssistêmica com as demais áreas de saber.

Na sequência, aprofunda-se o estudo da dinâmica do Direito, mas agora de forma interna, após absorver elementos de outros sistemas, como se amolda sua própria teoria e lógica estrutural e institucional. Percebe-se, neste ponto a configuração do que denomina Luís Alberto Warat de “senso comum teórico” dos juristas que aponta para a existência de um saber limitado, acrítico e retórico do Direito,

voltado à satisfação legítima e velada de interesses além dos jurídicos: políticos, econômicos, culturais, religiosos. Aborda neste ponto uma perspectiva psicológica do Direito como instrumento social para demonstrar sua acomodação e a da comunidade frente a este. Aqui utiliza-se Immanuel Kant, mas numa perspectiva estritamente voltada à psique, além de Sigmund Freud e Erich Fromm.

Com isto, percebe-se que o discurso jurídico passa ao largo da neutralidade que propõe. Se isso é verdade para sua teoria e normas, também o é para seus provimentos que não podem ser meramente formais, mas carregados de compreensões pessoais e coletivas que lançam efeitos diretos em seus resultados.

Por conseguinte, passa-se a analisar a questão da motivação das decisões judiciais e quais os elementos internos e externos que podem atuar em sua conformação em relação a seus mecanismos de efetivação e controle previstos em Lei.

Nesse sentido, com ampla aceitação, compreende-se que deve o Direito exercer, em seu próprio bojo, o papel de buscar respostas às questões que o definem e conformam, desde sua origem ideológica e dogmática até sua prática efetiva como mecanismo de controle social através do poder jurisdicional exercido pelo Estado.

Contudo, se constitui o Direito como sistema social, como visto, e, portanto, variável em atenção às mudanças no pensar coletivo em determinada época, conjuntura, ou experiência, percebe-se que tal é senão a tarefa mais árdua do ramo: a de auto justificar-se buscando em sua própria dinâmica o fundamento de seus ditames.

Ora, diante da ingerência de demais sistemas alheios às suas noções puramente positivistas e, por vezes, contraditórios em relação a estas ou inadequados às suas finalidades precípuas, tem-se que o sistema jurídico procura receber de forma controlada seu influxo, em busca de estabilizar-se e legitimar-se, mas que, durante este processo, não é capaz de definir requisitos formais fortes o suficiente a afastar certos graus de discricionariedade externas em seus postulados e disposições diante situações concretas.

Questiona-se, assim, como se formam de fato os provimentos jurisdicionais, haja vista a possibilidade de interferência que não somente jurídica em suas construções durante o caminho de formação do convencimento do juiz como sujeito cognoscente e, portanto, limitado e influenciável.

A partir disto, elabora-se uma releitura histórica com foco na retomada dos paradigmas de Direito, desde o liberalismo, passando pelos ideais positivistas, ao estado social, jusnaturalismos, até o processo de constitucionalização e os valores democráticos, estabelecendo o contexto atual.

Delimitado o cenário evolutivo, analisa-se como base a inovação legal processual cível da legislação brasileira, entre os códigos de 1973 e 2015, que promoveu alteração no texto no que toca aos requisitos de uma sentença devidamente fundamentada, excluindo o livre convencimento e incluindo um rol de exigências formais de caráter aberto e facilmente manipulável.

Em apreço, define-se a relação processual como dialógica, observando que nesta se situam, além de polos distintos, partes, a respeito de uma mesma demanda, objeto, um julgador afastado logicamente dos atos e fatos, juiz, e desconhecedor das internas e efetivas compreensões e repercussões destes para os sujeitos envolvidos, haja vista seu acesso restrito à própria linguagem que transmite os acontecimentos aos autos, de acordo com os instrumentos formais processuais, adstritos às limitações próprias destas inserções, que podem não se coadunar de pleno com a realidade individual dos mesmos, além de portador de convicções pessoais inseparáveis de suas compreensões jurídicas da demanda.

Nesse contexto, partindo-se de uma retomada dos paradigmas de Direito, analisa-se o texto dos dispositivos das Leis em estudo, evidenciando-se os aspectos formais e materiais de mudança da legislação processual civil, tornando nítido seu caráter restrito a um viés dogmático, demonstrando-se a precariedade dos mesmos como instrumentos de efetiva regulação da fundamentação decisória.

Para tanto, leva em conta a pesquisa jurisprudencial pelo termo “livre convencimento” na área de Processo Civil desde 18 de março de 2016, início da vigência do novo código de Processo Civil, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, para verificar a permanência da influência do antigo diploma e seus efeitos.

Questiona-se, pois, como o juiz deve participar, efetivamente, na construção discursiva dos resultados de uma sentença devidamente motivada de forma a evitar o retorno às posições extremistas da jurisprudência de valores e do positivismo clássico.

A partir disto, dirige o foco para os agentes de decisão, trabalhando com as noções próprias do magistrado no momento de formação de seu convencimento que, por óbvio, não são passíveis de afastamento completo e irrestrito de suas compreensões.

Nesta senda, especial atenção se dirige a dois fatores. Em primeiro lugar, o desenvolvimento de uma ideologia meritocrática no seio do Poder Judiciário que confere simbolicamente ao julgador poderes especiais oriundos de suas competências específicas que nada mais são que próprias e necessárias ao exercício da profissão.

Para a análise desta realidade, utiliza-se o conceito de poder simbólico de Pierre Bourdieu e novamente de senso comum teórico dos juristas de Luís Alberto Warat, demonstrado como a figuração dos juristas por vezes se sobressai às suas atividades, vinculando-as a si mesmos como se, além de empossados pela Lei, se tornassem ela própria, detentores da justiça.

Em segundo, de forma mais específica, como consequência lógica da primeira hipótese abordada, trabalha-se com as teorias de Lênio Streck sobre influência do sistema moral individual na convicção dos magistrados e sua visão como busca pela justiça que pode vir a ensejar, em contrapartida, pareceres solipsistas nas fundamentações decisórias, influenciados por noções subjetivas do julgador. Aqui, utiliza-se precipuamente das concepções de verdades individuais e a problemática da motivação decisória sob seu enfoque.

Conclui-se, ao final, pelo esclarecimento da referida postura legal em face dos riscos subjetivistas aos quais conduz, por meio da criação

de mecanismos objetivos de tomada de decisão e de regulamentação da discricionariedade ampla oriunda das noções pós-positivistas, evitando-se, assim, o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito por paulatina incapacidade de suprimento de posturas sociais radicais e, conseqüentemente, a involução deste a seus vieses liberais e individualistas, afastados das aspirações de solidariedade e fraternidade aspiradas pelo constitucionalismo moderno e esperançosas de um novo patamar do Direito como efetivamente equânime.

Por fim, defende-se a postura neopragmatista de Richard Rorty e Rodrigo Kaufmann como alternativa de abordagem política, contextualista e sensível para a tomada de decisões satisfatórias ao bem estar da coletividade e alcance dos fundamentos democráticos básicos, com o abandono das questões filosóficas e teóricas infundáveis na seara processualista e a relativização das noções legalistas e decisionistas, por meio de uma visão prática e realista das necessidades individuais e comuns de uma dada sociedade.

Para percorrer este caminho, utilizam-se diversos procedimentos metodológicos, pesquisa legislativa, jurisprudencial e revisão de literatura.

De forma geral, o presente estudo vale-se do método hipotético-dedutivo, descrito por Popper que consiste na apresentação de um problema com a formulação de uma hipótese, elaboração de uma proposta de solução para o problema levantado e contrapontos de falseamento da resolução sugerida que testem sua força de resistência à crítica.

Parte, então, de uma postura epistemológica, com o reconhecimento de fatos problemáticos para a construção de um modelo teórico considerando os fatores e variáveis pertinentes, a partir de suportes racionais e empíricos para a interpretação de dados com o exame de suas possíveis extensões ou desdobramentos e não de valores universais para conclusões específicas. Ou seja, admite a probabilidade e não a certeza.

O método no presente estudo constitui também teoria, ao passo em que trabalha com a noção de verdade e refuta, assim, o conhecimento indutivo pautado em abstrações e inferências lógicas generalizantes.¹:

O problema da indução também pode ser apresentado como a indagação acerca da validade ou verdade de enunciados universais que encontrem base na experiência, tais como as hipóteses e os sistemas teóricos das ciências empíricas. Muitas pessoas acreditam, com efeito, que a verdade desses enunciados universais é “conhecida através da experiência”; contudo, está claro que a descrição de uma experiência — de uma observação ou do resultado de um experimento — só pode ser um enunciado singular e não um enunciado universal. Nesses termos, as pessoas que dizem que é com base na experiência que conhecemos a verdade de um enunciado universal querem normalmente dizer que a verdade desse enunciado universal pode, de uma forma ou de outra, reduzir-se à verdade de enunciados singulares e que, por experiência, sabe-se serem estes verdadeiros. Equivale isso a dizer que o enunciado universal baseia-se em inferência indutiva. Assim, indagar se há leis naturais sabidamente verdadeiras é apenas outra forma de indagar se as inferências indutivas se justificam logicamente. (POPPER, 2013, p. 29-30).

1 “É comum dizer-se “indutiva” uma inferência, caso ela conduza de enunciados singulares (por vezes denominados também enunciados “particulares”), tais como descrições dos resultados de observações ou experimentos, para enunciados universais, tais como hipóteses ou teorias. Ora, está longe de ser óbvio de um ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa; independentemente de quantos cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos” (POPPER, 2013, p. 27).

Ora, compreendida a precariedade da indução, tem-se, pois, a desmistificação do próprio conceito de verdade e sua relativização. Isso quer dizer que a dedução metodológica encontra melhor caminho quando se atém à observação de fatos que gerem uma problemática com hipóteses fecundas e que forneçam uma base para a formulação de predições explicativas lógicas de seus esquemas que possam vir a ser confrontados e testados até assumirem certo grau de aceitabilidade ou confiabilidade.

A partir de uma idéia nova, formulada conjecturalmente e ainda não justificada de algum modo - antecipação, hipótese, sistema teórico ou algo análogo - podem-se tirar conclusões por meio de dedução lógica. Essas conclusões são em seguida comparadas entre si e com outros enunciados pertinentes, de modo a descobrir-se que relações lógicas (equivalência, dedutibilidade, compatibilidade ou incompatibilidade) existem no caso. Poderemos, se quisermos, distinguir quatro diferentes linhas ao longo das quais se pode submeter a prova uma teoria. Há, em primeiro lugar, a comparação lógica das conclusões umas às outras, com o que se põe à prova a coerência interna do sistema. Há, em segundo lugar, a investigação da forma lógica da teoria, com o objetivo de determinar se ela apresenta o caráter de uma teoria empírica ou científica, ou se é, por exemplo, tautológica. Em terceiro lugar, vem a comparação com outras teorias, com o objetivo sobretudo de determinar se a teoria representará um avanço de ordem científica, no caso de passar satisfatoriamente as várias provas. Finalmente, há a comprovação da teoria por meio de aplicações empíricas das conclusões que dela se possam deduzir. A finalidade desta última espécie de prova é verificar até que ponto as novas conseqüências da teoria - quaisquer que sejam os aspectos novos que esta apresenta no que assevera - respondem às exigências da prática, suscitada quer

por experimentos puramente científicos quer por aplicações tecnológicas práticas. (POPPER, 2013, p. 36).

Desse modo, não parte a dedução de princípios lógicos², valores ou tautologias, como o faz a indução, mas da prática, do teste e do empirismo, não se filiando a correntes positivistas, tampouco metafísicas, mas reconhecendo ambas como pseudociências, trabalhando com a noção de experiência como método quando submetida ao controle da crítica, coadunando-se com a perspectiva neopragmatista que defende como solução.³

2 Que incoerências podem surgir facilmente, com respeito ao princípio da indução, é algo que a obra de Hume deveria ter deixado claro. E também que as incoerências só serão evitadas, se puderem sê-lo, com dificuldade. Pois o princípio da indução tem de ser, por sua vez, um enunciado universal. Assim, se tentarmos considerar sua verdade como decorrente da experiência, surgirão de novo os mesmos problemas que levaram à sua formulação. Para justificá-lo, teremos de recorrer, a inferências indutivas e, para justificar estas, teremos de admitir um princípio indutivo de ordem mais elevada, e assim por diante. Dessa forma, a tentativa de alicerçar o princípio de indução na experiência malogra, pois conduz a uma regressão infinita. (POPPER, 2013, p. 27).

3 Ora, eu sustento que as teorias científicas nunca são inteiramente justificáveis ou verificáveis, mas que, não obstante, são suscetíveis de se verem submetidas à prova. Direi, conseqüentemente, que a objetividade dos enunciados científicos reside na circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste. (POPPER, 2013, p. 41, grifos do autor)

2

**ASPECTOS DO DISCURSO
JURÍDICO: O SUBSTRATO
MOTIVACIONAL**

Neste primeiro momento, busca-se trabalhar a origem dos provimentos jurisdicionais que, fruto de compreensões, está diretamente relacionada com o discurso e numa regressão ainda mais profunda, com o surgimento da linguagem.

Objetiva-se, assim, demonstrar como se dá o processo comunicativo que permite a formação de paradigmas e sua difusão, analisando os aspectos envolvidos neste ínterim e os elementos influenciadores de seu produto.

Especificamente, debruça-se sobre o Direito e as estruturas de poder e conhecimento conformadoras de suas ideologias, desmistificando as visões puristas, acríticas, partidárias e absolutistas para, a partir daí, demonstrar sua parcialidade e permeabilidade, criando as bases para evidenciar a precariedade da motivação das decisões judiciais.

2.1 LINGUAGEM E DISCURSO: VERDADE COMO CONSENSO

De que modo se estabelecem as relações humanas? É a questão que permeia, desde os primórdios e embriões de civilizações, a formação dos inúmeros processos cognoscentes e inter-relacionais entre ser humano-ser humano e ser humano-objeto. Como se desenvolvem mecanismos capazes de possibilitar a comunicação entre indivíduos e a apreensão intelectual do mundo exterior e quais os elementos micro e macrossociais que nesta influem contextual e simbolicamente, conformando-a?

De certo que não há respostas simples para tais questionamentos. Por óbvio, uma de suas explicações mais contundentes recairá no surgimento e evolução da linguagem como meio viabilizador de interação interpessoal por aceitação, transferência e propagação de símbolos que permitem uma compreensão mútua.

A construção de uma série de esquemas logicamente associados e difundidos, dentro de determinado grupo, como representativos de atos e fatos, bem como de atribuição significativa padronizada a

objetos, permite a apreensão e desenvolvimento de um conjunto de informações progressivas sobre estes e, por conseguinte, a formação de relações cognitivas entre possíveis interlocutores e destinatários de mensagens a respeito, dando origem, assim, à produção e evolução de sentidos e a uma troca de conhecimento social que, posteriormente, vem a tornar-se científico, quando dotado das noções de ingerência de uma metodologia controlada e específica. (WITTGENSTEIN, 2017):

A forma da proposição pode ser simbolizada da seguinte maneira: consideremos símbolos da forma 'xRy' aos quais correspondem primariamente pares de objetos, dentre os quais um tem o nome 'x' e o outro o nome 'y'. Os x e os y estão em várias relações mútuas e, entre outras, a relação R está incluída em algumas e em outras não. Determino o sentido de 'xRy' estabelecendo a regra: quando os fatos se comportam (behave) com referência a 'xRy' tal que a denotação de 'x' está na relação R com o sentido de 'y', digo então que esses fatos são 'de mesmo sentido' (gleichsinnig) que a proposição 'xRy'; no caso contrário, 'de sentido oposto' (entgegengesetzt). Correlaciono os fatos ao símbolo 'xRy', dividindo-os em aqueles de mesmo sentido e os de sentido oposto. A esta correlação corresponde a correlação do nome e da denotação. Ambas são psicológicas. Dêsse modo, compreendo a forma 'xRy' quando sei que discrimina o comportamento de x e de y conforme estejam ou não na relação R. Por êsse meio extraio dentre tôdas as possíveis relações a relação R, da mesma maneira que, por meio do nome, extraio sua denotação dentre tôdas as coisas possíveis (WITTGENSTEIN, 2017, p.46, grifos do autor).

Nesse sentido, a linguagem atua nas sociedades como o meio padrão de cognoscência, permitindo o surgimento de fórmulas que, por sua vez, embasam a construção cognitiva por meio de acoplamento

e intercâmbio das ideias que destas se desdobram. Isto posto, tem-se em mente que a linguagem surge a partir de uma operação lógica de atribuição de signos, mas se desenvolve por meio de permutas interpretativas entre sujeitos, suas percepções e inter-relações, dados os contextos que os envolverem (APEL, 1994; WITTGENSTEIN, 2017).

Isto ocorre devido à existência de fatores exógenos às estruturas racionais linguísticas relacionados aos contextos sociais, econômicos, políticos, educacionais e culturais que influenciam diretamente tanto em seus momentos de produção, mas, sobretudo, de reprodução. Destarte, o uso da linguagem prevê a reprodução de estruturas gerais, mas nela não se esgota, estando inserido em uma dinâmica que abrange tanto as ações léxicas e locucionárias quanto procedimentos não linguísticos, práticas, posturas, interpretações e valores próprios de seus agentes manejadores (APEL, 1994).

Implica dizer que a linguagem não é universal, mas fruto de aceitação e construção de grupos sociais e que não possui em seus signos uma total neutralidade *a priori*, haja vista sua inserção em um contexto determinado.⁴ Além disso, mesmo dentro destes, pode ainda assumir novos contornos ao adentrar em dada situação fática ou hipotética a depender dos sujeitos que a emitirem e absorverem, sendo que tais percepções se demonstram, se conectam ou se imbricam ainda com fatores internos e ideológicos dos envolvidos (APEL, 2000).

Ora, a linguagem atua, então, como principal meio viabilizador das relações humanas e, no desenvolvimento de seus esquemas característicos, está relacionada diretamente com a comunicação construtiva, além de compreensiva, entre sujeitos. A interação por meio da linguagem, pois, reúne um conjunto símbolos e fatores que permitem a troca de informações entre aqueles que compartilham

4 “Dêse modo, o juízo não tem um único objeto, a proposição, mas se defronta com objetos entrelaçados por uma relação em que o sujeito aparece como um dos termos. “Isto é vermelho”, por exemplo, se resolve em três termos: a mente, isto, e o vermelho —. de modo que até mesmo uma proposição da forma sujeito-predicado se transforma numa relação. Nada mais natural assim do que considerar a proposição como um termo incompleto, cujo complemento se oculta na ação do sujeito. Toda proposição se completa ~ente quando integra no seu sentido o ato de julgar.” (WITTGENSTEIN, 2017, p.37, grifos do autor).

conhecimento de sua estrutura e de seu substrato axiológico que funcionam como suas regras:

Ao entender-se entre si sobre uma situação, os participantes se encontram em uma tradição cultural da qual fazem uso e que simultaneamente renovam; ao coordenar suas ações através do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade suscetíveis de crítica, os participantes da interação se apoiam na pertença a grupos sociais cuja integração simultaneamente ratificam; ao tomar parte em interações com pessoas de referência, as quais já são agentes competentes, as crianças internalizam as orientações valorativas de seu grupo social e adquirem capacidades generalizadas de ação. (HABERMAS, 2012b, p. 227)

Neste ponto, assemelha-se a um jogo, o “jogo de linguagem”, pois tende a funcionar apenas quando há uma base mínima consensual nas esferas cognitivas que permita, pois, a concordância sobre pontos de partida para o desenvolvimento da comunicação. E, o processo de pôr em prática o jogo e suas regras, como forma de estabelecer um diálogo construtivo sobre determinado objeto, denomina-se de discurso.⁵

O discurso, pois, surge como esta interação social, compreendido como a interlocução relacional por meio do conhecimento prévio das regras de linguagem envolvidas na concepção de dado assunto, e permeado de práticas argumentativas persuasivas que partem de parâmetros de compreensão divergentes, parcial ou totalmente, sobre determinado objeto, através de percepções próprias deste, tencionando à busca de um consenso ou de uma construção dialógica progressiva e ao estabelecimento de um parâmetro que possa ser utilizado como base para o mesmo, repadronizando sua linguagem

5 “A prática comunicativa cotidiana, na qual o mundo da vida está centrado, alimenta-se de um jogo conjunto resultante da reprodução cultural, da integração social e da socialização, e esse jogo está, por sua vez, enraizado nessa prática.” (HABERMAS, 2002, p. 100).

até que outro dissenso ocorra. (HABERMAS, 2012a; WITTGENSTEIN, 2017).

Trata-se da argumentação e contra argumentação, tese e antítese, teoria e crítica próprias do desenvolvimento cognitivo que produz os conhecimentos e paradigmas que orientam a sociedade em todas as suas esferas de produção de saber. Dessa forma, o discurso e seu produto são resultado de construções dialógicas formadas pela superposição e afastamento de posturas convergentes e divergentes, respectivamente, de forma construtiva e harmoniosa, na direção de um acordo que será admitido como referência para determinado objeto cognoscível, segundo a interação social discursivamente formada (APEL, 2000, 2005).

O entendimento funciona como mecanismo de coordenação da ação do seguinte modo: os participantes na interação concordam sobre a validade que pretendem para suas emissões, quer dizer, reconhecem intersubjetivamente as pretensões de validade que reciprocamente se estabelecem uns aos outros (HABERMAS, 1982, p. 493).

A questão que surge neste ponto é a definir o consenso formado por meio do discurso como verdade: “[...] que se contrapone a la teoría de la verdad como una correspondencia, esto es, a las concepciones que entienden la verdad como una correspondencia entre enunciados y hechos” (HABERMAS, 1982, p. 151)⁶.

Ora, é certo que o objetivo do discurso é a obtenção de uma resposta que explique de forma razoável para os envolvidos o objeto em análise, mas sendo este formado e viabilizado pela linguagem e produzido por indivíduos, a partir de suas compreensões e contextos próprios, condições, competências e momentos de produção, não

⁶ Que se contrapõe à teoria da verdade como uma correspondência, isto é, às concepções que entendem a verdade como uma correspondência entre enunciados e fatos. (Tradução nossa)

obedece, então a um rigor de neutralidade, sendo, pois, influenciável por inúmeros aspectos (APEL, 2005). Destarte, o discurso, como forma de relação humana, se apresenta como nevrálgicamente atento ao contexto e às posições sociais e ideológicas dos sujeitos que o compõem.

Mais la composante performative (sémantique - autoréférencielle) d'une phrase, au sens de la double structure des phrases sémantiquement explicites, ne permet pas seulement d'élever une prétension à la vérité. Au moyen d'une phrase de la forme: "J'affirme par là que p" on n elève pas seulement une prétention à la vérité, mais également une prétention à l'exactitude normative de nature éthique.⁷ (APEL, 1994, 48, grifos do autor).

Isto leva, inevitavelmente, ao questionamento que diz respeito à existência ou não das verdades absolutas e das razões epistemológicas, ainda que setorizadas, que dirá universais, haja vista a constatação da possibilidade de compreensões diferentes de cada sujeito sobre os mesmos e determinados objeto.

Nesse sentido, somente seriam possíveis os acordos de verdade e apenas em situações de percepção e concordância plenas ou do abandono de posturas para a formação de um consenso sobre o objeto investigado, o que, não representa necessariamente uma razão, se é que existe uma, mas apenas uma resposta mais satisfatória e temporária para dada questão em determinado momento (HABERMAS, 2012a; WITTGENSTEIN, 2017).

Este é o ponto chave das teorias filosóficas. A problemática em seu entorno se refere ao fato de que a linguagem como capacidade que

⁷ Mas o componente performativo (semântico - auto referencial) de uma frase, compreendida a dupla estrutura das frases semanticamente explícitas, não permite somente elevar uma pretensão à verdade. No sentido de uma frase de formato "Por isso, afirmo que x" não se eleva a proposição apenas a uma pretensão de verdade, mas igualmente uma pretensão à exatidão normativa de natureza ética. (Tradução nossa)

gera condições para a cooperação e o entendimento social, encontra barreiras em seus próprios jogos de linguagem que reproduzem tantos significados quanto as situações experimentadas por seus sujeitos, conformando estes usos parciais e individuais de seus símbolos em face de suas próprias convicções, tornando suas noções destinadas ao alcance de verdades polarizadas em contrapartida à perene dúvida acerca da existência de verdades universais, dotadas de um grau natural de certeza ou justiça (HABERMAS, 2012a).

De forma muito aguçada, poder-se-ia dizer que a ‘filosofia primeira’ não é mais a investigação da ‘natureza’ ou da ‘essência’ das ‘coisas’ ou dos ‘entes’ (‘ontologia’), nem tampouco a reflexão sobre as ‘noções’ ou ‘conceitos’ da ‘consciência’ ou da ‘razão’ (‘epistemologia’), mas sim a reflexão sobre o ‘significado’ ou o ‘sentido’ de manifestações lingüísticas (‘análise da linguagem’). (APEL, 2000, p. 378, grifos do autor).

2.2 PARADIGMAS COMO VERDADE: O CONSENSO TEMPORÁRIO

Tal inquietação acima narrada repercute em todas as searas de formação do conhecimento, e, ainda mais fortemente no então objeto de estudo, o Direito, um dos mais importantes sistemas de conformação da realidade, imposição e controle do poder.

Ao longo da história de seu desenvolvimento e ainda hoje, várias teorias foram criadas na busca de explicar seus fundamentos de validade, isto é a existência de motivos determinantes e legítimos, uma verdade, que o justifique e informe.

Ora, por meio de seus mecanismos legais de organização social, não necessariamente corretos ou justos, mas imprescindíveis e auto justificáveis socialmente, o Direito influi e altera a realidade através de seu discurso, dotado de dinâmica própria, veiculado por suas normas

e por seus atores ao exercerem as prerrogativas e exigências de seu conjunto simbólico, necessitando, assim, encontrar um amparo de alicerce e aceitação social baseado em um paradigma de fundamento e operacionalização majoritariamente ratificado por seus produtores e destinatários (BOBBIO, 1995).

Logo, necessita o discurso jurídico de um aparato de verdade largamente aceito para que suas normas gozem da eficácia necessária ao seu funcionamento. Contudo, sua história mostra que, como qualquer outra ciência de natureza ciência social, o Direito obedece às variações contextuais e culturais que permeiam a produção de seus jogos de linguagem, fazendo com que seu processo de justificação não seja uno e rígido, baseado numa ideia universal de justiça, mas constante e cíclico, buscando adaptar-se às demandas da sociedade à qual responde e visa conformar.

A realidade é que o Direito encontra-se numa busca constante por adequação de suas verdades e de seus conceitos-chave, não sendo possível afirmar que deriva dessa ou daquela visão teleológica específica, mas que melhor se adapta a certos posicionamentos que lhe são mais adequados e convenientes dados os seus propósitos e a sua sobrevivência frente a certos momentos históricos e sociais (CAMPILONGO, 2011).

Tal não é uma característica da teoria do sistema jurídico apenas, mas da própria noção de ciência na qual se insere. O conceito de ciência representa, de maneira simples, um conjunto de conhecimentos sistemáticos sobre determinado objeto, produzidos a partir de metodologia própria. Mas a presença de um método de controle de produção deste tipo de conhecimento não inibe a relativização do produto, determinando apenas uma maior verificação do resultado obtido, não significando sua razão absoluta.

Importa dizer que o conhecimento científico não produz verdades. O saber produzido pelas ciências se origina dentro de determinados limites teóricos e práticos. Estes serão definidos tanto pelos métodos de pesquisa quanto pelos pesquisadores que os determinam e os põem em prática, além das estruturas exógenas às

suas pretensões iniciais que se inserem em sua construção a partir das compreensões de seus sujeitos ativos e da comunidade da qual fazem parte.

Com efeito, esta comunidade da qual se fala não se trata apenas da coletividade em que se inserem os pesquisadores como cidadãos, mas como profissionais da área da ciência, ou seja, a comunidade científica, formada pelo conjunto de atuadores que compartilham das mesmas teorias, hipóteses e métodos e trabalham em sintonia para o fomento de suas ideias, isto é fundamentam-se nos mesmos paradigmas, “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, 2018, p. 26).

Esta noção de paradigma remete à ideia de ciência normal⁸, ou em fase normal, que ocorre quando a pesquisa se encontra firmemente fundamentada em realizações científicas passadas, dos mesmos ou de outros pesquisadores, e aceitas como ponto de partida para o desenvolvimento do conhecimento que representa um aprimoramento, complemento ou aprofundamento das noções e fatos já desenvolvidos nestas: “essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para a sua prática posterior.” (KUHN, 2018, p. 26).

Os paradigmas funcionam como eixos de fundamentação e direcionamento da ciência, como sua “matriz disciplinar”, compondo-se de elementos com funções de modelos, exemplares, generalizações simbólicas, e valores, que juntos constituem uma teoria satisfatoriamente explicativa, resistente a testes e críticas e, portanto, amplamente aceita de determinado fenômeno. Consideram-se “paradigmas” as realizações científicas universalmente reconhecidas

8 “[...] “ciência normal” significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior.” (KUHN, 2018, p. 41, grifo do autor).

que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, 2018, p. 17).

Contudo, apesar de contarem de força um determinado nível de estabilização, os paradigmas não tem caráter perene, mas sim poderes de embasamento e sobrevivência provisórios. O que ocorre nas ciência é que há uma fase pré-paradigmática caracterizada pela inexistência de um consenso amplo entre os pesquisadores sobre dados fenômenos ou objetos, seus métodos de estudo, seus princípios teóricos, suas dinâmicas relacionais, sua descrição e classificação. É, portanto, um momento anterior à própria ciência, para sua preparação.

Na esteira, com o desenvolvimento da pesquisa, formam-se pontos de consenso que promovem a transição do senso comum para a fase científica, a partir de uma realização exemplar, que redefina e equilibre de modo mais ou menos satisfatório os pontos de divergência da fase pré-paradigmática. Esta conjectura constitui um “mapa” paradigmático que estabiliza provisoriamente a ciência, isto porque enquanto não se produzirem contra este críticas capazes de comprometer o a estrutura lógica e de retestes de sua teoria, persistirá e será tido como guia do conhecimento a si referente. Tal situação é absolutamente necessária para garantir o mínimo grau de confiança científica e permitir que o conhecimento avance numa perspectiva específica que proporcione uma limitação de fenômenos e objetos que, caso contrário, na ausência de uma moldura de direcionamento, cairiam numa busca infinita por sua razão.

Entretanto, ao passo em que o conhecimento se desenvolve, pode ocorrer o surgimento de questões e fatos para os quais o paradigma não consegue respostas satisfatórias. Estes são denominados de “anomalias” numa teoria científica e, ao passo em que se multiplicam, fazem incidir sobre si as críticas científicas. Se estas atingirem os preceitos principiológicos, pontos vitais de uma teoria, esta deixa de atender às necessidades científicas de uma comunidade devido à instabilidade que ocasionam em seu raciocínio lógico, passando-se a considerar a substituição do paradigma que a fundamenta.

As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com freqüência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução. (KUHN, 2018, p. 144)

Tal conjectura é vista como a crise que impulsiona uma revolução científica. É nesse momento em que os membros de uma comunidade de cientistas, partindo de suas compreensões, promovem a busca por paradigmas alternativos de resposta a dada situação. Instaure-se, desse modo uma fase de transição com o intenso debate sobre novos fundamentos para a ciência, tencionando-se atingir um nível que afaste o máximo de divergências e promova um novo acordo teórico base para o conhecimento científico que possa vir a finalmente permitir o abandono do paradigma vigente por um de valor superior, reestabilizando, assim a ciência.

Com efeito, o Direito, como forma de conhecimento, constitui a ciência jurídica e, portanto está inserido nas perspectivas de dada comunidade científica e fundamentado em paradigmas de apoio determinados. Ora, ainda que ciência, nada mais é do que produto da linguagem e das compreensões e relações humanas, obviamente determinado por seus conceitos e dinâmicas próprias, mas não sendo puramente formal ou livre de elementos alheios a seus símbolos e a seus instrumentos de pretensa conformação, mas influenciados por

aspectos externos a estes, relativos a contextos históricos, culturais, econômicos, políticos, entre outros.

Assim o discurso jurídico padece da verdade assim como todos os demais, representando seus referenciais de orientação não mais que consensos amplos de uma dada coletividade em determinado momento. Implica dizer que a própria noção de justiça da qual se vale é variável de acordo com inúmeros fatores exógenos à dinâmica do Direito, não havendo, pois, como se falar em certezas dentro do sistema normativo jurisdicional.

Nesse sentido, como então definir o correto dentro da lógica jurídica? De acordo com a Lei? A Lei é a verdade no Direito? Mas quem faz a Lei? Para quem ela é feita? Que paradigma a embasa? O paradigma reflete os anseios da sociedade? O paradigma é justo? O que é justiça? O que influi neste conceito? E se não houver Lei? Se a Lei for silente ou ambígua? Se a Lei for injusta?.

Adentra-se, pois, a questão mais complexas que ultrapassam a mera criação e subsunção formal de normas e fatos e chegam ao campo da hermenêutica e aplicação do Direito, o julgar. Como deve o juiz realizar a leitura da Lei e decidir de maneira fundamentada e correta se não existem verdades e se o conceito de justiça é fluido? Com base nas suas compreensões devido ao mérito que lhe foi conferido pelo cargo? E se seu pensamento contrariar a lógica sistêmica? Existem e quais são os limites de sua força de decisão? Como deve o julgador interpretar e aplicar valores? Eis as dúvidas que ininterruptamente pairam sobre a teoria do Direito e fundamentaram diversas discussões doutrinárias e construções legislativas como a em apreço a no presente estudo.

2.3 A PENETRABILIDADE CONTROLADA DO DIREITO E O SENSO COMUM JURÍDICO

Clara a ideia de que o discurso jurídico não é puro, lógico e neutro. Tendo como característica peculiar a de ser uma ciência social, o Direito se comporta como um sistema teórico e normativo

aberto. Isso quer dizer que recebe, ao longo do tempo, um influxo de ideias dos demais sistemas sociais e experiências históricas que funcionam, ainda que de forma controlada, como adaptadores de seus preceitos, haja vista a necessidade de conformação social por meio de resposta e aceitação coletiva de suas teorias (BAETA NEVES, 1997; BERTALANFFY, 2008)

Nesse sentido, constitui não apenas um sistema normativo, ou um puro conjunto de regras que encontra fundamento em si mesmo, mas, em verdade, um subsistema integrante de um regramento sistemático maior: a sociedade. Esta representa a lógica complexa informadora de todas as dinâmicas sociais que, por sua vez, se configuram em lógicas secundárias auto organizadas com condições e características específicas, geradas para conferir-lhes estruturação e autonomia própria, bem como eivadas de elementos externos, interconexos e comunicáveis de umas para com as outras (CAMPILONGO, 2011; LUHMANN, 1981, 1990)

Destarte, há uma mútua relação conceitual e prática entre diversos subsistemas “capaz de fornecer ao Direito a possibilidade de ultrapassar a falsa alternativa entre um sistema normativo autônomo ou um sistema decisional socialmente condicionado” (TEUBNER, 1993, p. 20), de sorte que se poderia definir suas relações como autopoieticas, reciprocamente influenciáveis.

No interior do sistema macro que constitui o corpo social, encontram-se diversos sistemas menores que o compõem, tais como a moral, a política, a religião, a ciência, a economia, a cultura, a arte, a escolaridade, dentre outros, estando estes numa situação de interconexão, ao passo que, apesar de fundados em estruturas próprias, ao se reproduzir e se desenvolver não possuem capacidade de suficiência plena apta a solucionar suas problemáticas internas e suas complexidades, de forma que não conseguem suprir-se conceitualmente para evitar a ingerência de fatores externos oriundos dos demais, uns sobre ou outros, configurando-se assim como sistemas relativamente abertos e seletivos de elementos de interesse,

terceirizados entre si, com vistas à auto conferência de seus mais altos graus de completude lógica (MELLO, 2006; LUHMANN, 1990, 1997):

O sistema é aberto cognitivamente para ser estimulado através de ruídos ou perturbações oriundas do ambiente. Com isso, obtém a energia necessária para alimentar suas operações internas. Não é aberto no sentido da teoria tradicional, já que a relação entre as provocações do entorno e as respostas do sistema não é causal e linear (a cada perturbação uma resposta do sistema); também não é aberto nos termos do modelo cibernético de input/output (a cada perturbação registrada na memória do sistema uma resposta). Mais bem, trata-se de uma abertura seletiva, enquanto relação de imputação derivada da auto-referencialidade: depois de observar o entorno e suas demandas, bem como a si mesmo e sua capacidade estrutural para redução da complexidade, o sistema seleciona aqueles ruídos (perturbações ou irritações) que serão recebidos e considerados como informação (aqueles dados que são reconhecidos pelo sistema como distinções segundo o código de programação binário) apta a gerar novas estruturas capazes de reduzir a complexidade externa. (LUHMANN, 1990, p. 57).

Com efeito, o Direito bebe das mais variadas fontes na formação de seu código seletivo responsável pela eleição daquilo que se caracteriza como dentro e fora de seus regramentos (VILLAS BÔAS FILHO, 2009):

[...] a complexidade da realidade social, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção de uma 'para-realidade', codificada a partir do esquematismo binário 'Direito/não-Direito' (ou 'lícito/ilícito'), onde se prevê os conflitos que são

conflitos para o Direito e se oferece as soluções que são conformes ao Direito. (LUHMANN, 1990, p. 64).

Desde sua origem, o sistema jurídico influencia e é influenciado pela realidade social e pelas relações nesta desenvolvidas, sendo compreendido, pois, apesar de normativamente e operativamente fechado, remetido em sua atuação à rede de suas próprias lógicas internas, reproduzidor de si mesmo e relativamente autônomo em sua elaboração, como cognitivamente aberto e receptivo às variações sensíveis de natureza não estritamente legal em sua evolução, filtrando e acoplado estruturalmente a si os elementos necessários à sua adaptação social, estabilidade e continuidade temporal (CANARIS, 2012; LUHMANN, 1993):

O sistema jurídico, sob a ótica da autopoiese, e seguindo os ditames dessa, pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. Aberto às influências do meio externo que passam pelo processo de seleção realizado pelo código direito/não direito, juridicizando os elementos do meio que passam a integrar sua estrutura e servem de aparato para a manutenção da sua auto – referencialidade. Fechado no sentido de auto – referencialidade operativa, isso é, o direito se auto – regula através da sua identidade (código binário). (TRINDADE, 2008, p. 124).

Desse modo, o ordenamento jurídico se apresenta em sociedade como subsistema retroalimentado por suas premissas, mas comunicável, por seleção necessária à sua sobrevivência, com os postulados de outros sistemas sociais que lhes forem úteis e lhes garantam o funcionamento como mecanismo forte de contingenciamento dos demais sistemas, apesar de sua própria contingência por estes, dependente pois, além de uma coerência estrutural, de uma interpenetração externa de acordo com aquilo

que se é razoavelmente aceito em cada seara em que atuar (GUERRA FILHO, 1997; LUHMANN, 1990).⁹

Nesse sentido, experimenta, ao longo de seu desenvolvimento, momentos de adaptação dos elementos de sua estrutura científica, bem como de revolução geral desta, devido ao enfraquecimento de seus paradigmas teóricos face as necessidades sociais de determinadas épocas que exigiu a substituição destes por novas formas de se conceber e aplicar o poder normativo e coercitivo do Estado e as relações de seu interesse entre particulares com vistas a acompanhar a lógica dos demais subsistemas e conseguir manter-se legitimado como instrumento de efetivo controle social (KUHN, 2018).

Inicialmente, o Direito se baseava em um paradigma liberal, referente a uma época de afirmação de liberdades fundamentais, direitos políticos, autonomia privada, Estado absenteísta, separação de poderes, legalidade, como forma afirmação do particular frente ao poder público que correspondia às aspirações de uma sociedade recém saída do regime medieval e seu regime de soberania e vassalagem, necessitando o estabelecimento de limites mínimos de autoafirmação e garantias políticas de representatividade que os possibilitassem. (BARROSO, 2005a)

Num segundo momento, após a Declaração dos Direitos do Homem em 1789, na França, marco histórico da virada do pensamento liberal para o início do ideal social, surgiram fatores contextuais que tanto exigiam uma mudança de ponto de vista do sistema jurídico, quanto a propiciavam. Dentre estes, os choques mundiais face das atrocidades, protegidas pelo manto da legalidade, perpetradas pelos regimes totalitários e suas consequências humanas e sociais desastrosas, foram decisivos na tomada de uma postura mais

⁹ Direito e sociedade estão em relação de interdependência (acoplamento estrutural) recíproca: o Direito é uma estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade. Sua função essencial é reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade e, ao mesmo tempo, fazer com que esta alcance uma complexidade mais alta e estruturada. Em suma: o Direito é “uma construção de alta complexidade estruturada”, satisfazendo a necessidade de ordenamento na sociedade. Sem o Direito, não há orientação de condutas no meio social. (LUHMANN, 1990, p. 47).

consciente da salvaguarda de necessidades não apenas individuais, mas coletivas e de respeito à dignidade humana.

A partir de contextos marcados por um período de forte industrialização e crescimento massivo do comércio que se caracterizaram por uma precarização das relações humanas, sobretudo no que tange às relações trabalhistas, e a situações de forte desigualdade social, percebeu-se a necessidade de reformulação do paradigma para um que atendesse às novas demandas que o mesmo já não podia suportar.

Tem-se início a era do paradigma social de Direito que passou a incluir, nos sistemas jurídicos, os direitos coletivos e sociais e promoveu uma releitura dos direitos individuais para adaptá-los à nova conjectura. Nesse sentido, dá-se a ressignificação da legalidade estrita para uma noção de Lei como instrumento de justiça social, e a remodelagem do Estado para uma postura efetivamente interventora na busca pela similitude de condições e dignidade humana.

Contudo, o processo natural de evolução social vem a desestabilizar com o tempo o paradigma social pela própria impossibilidade de sua proposta de efetivação plena e isonômica. Aos poucos falha o Estado em ser onipresente e sustentáculo de seus cidadãos a todo momento, restando sobrecarregado e caindo em descrédito. Neste momento, percebe-se a necessidade de uma nova ruptura paradigmática que venha a estabelecer parâmetros razoáveis de atuação do Direito (BOBBIO, 1995).

É o início do processo de constitucionalização do Direito se relaciona diretamente com a forma de pensar típica do pós-positivismo e da pós-modernidade e suas influências na teoria jurídica, marcada pelo surgimento e afirmação dos direitos e garantias fundamentais, insculpidos em princípios constitucionais, que se sobrepõem e conformam as regras e a legislação ordinária.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de

olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. (BARROSO, 2005a, p. 27)

Dava-se espaço na pauta legalista para um pensamento mais humanizado, voltado para valorização do ser humano como ser peculiar e com demandas singulares além das necessidades vitais básicas, abrangendo aspectos psicológicos e transindividuais.

É o momento de fortalecimento das Constituições como centros dos ordenamentos jurídicos e definidoras de princípios fundamentais vinculantes, ideais axiológicos que devem orientar toda a lógica normativa e do aparato jurídico estatal. Ocorre, então, o deslocamento da importância de uma preocupação tipicamente individualista ou social para noções de coletividade e solidariedade.

Assim, entra em cena o paradigma democrático, agora pautado em uma perspectiva mais política e realista de oferecimento de condições mínimas de igualdade e cidadania e de meios de desenvolvimento pessoal, respeito e garantia às minorias. Além disso, trabalha com as novas necessidades evidenciadas nesse período, culturais, científicas, tecnológicas, dentre outras, criando novos direitos e mecanismos de proteção destas. É nesse paradigma, constitucional democrático, que se funda a ciência jurídica atual (BARROSO, 2005a, p. 27).

2.4 O ESTABELECIMENTO DE UM SENSO COMUM JURÍDICO: O CONTROLE E A ACOMODAÇÃO DO DIREITO

Bem se vê, pois, que aquelas ideias tidas como verdade durante um certo período, foram, ao longo da evolução das sociedades, relativizadas, não sendo, portanto, absolutas e definitivas.

A verdade é que não existiam verdades. O que há e sempre houve são posicionamentos largamente aceitáveis e adequados sob condições, competências e visões de determinados grupos em certos momentos, os paradigmas.

Para o Direito, estes se formam mediante o senso comum teórico da comunidade jurista, influenciado por inúmeros fatores políticos, econômicos, sociais e culturais que determinam um grau de poder simbólico a preceitos que visam consolidar em face às pessoas e instituições, conferindo-lhes efetividade:

Em nossas sociedades, a ‘economia política’ da verdade tem cinco características historicamente importantes: a ‘verdade’ é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas ‘ideológicas’). (FOUCAULT, 2014, 28, grifo do autor)

Por senso comum teórico, entendem-se a “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito” (WARAT, 1994, p. 13), partindo do pressuposto da construção de verdades e não de sua descoberta, ou seja, de sua existência como produto do discurso, precária e relativa.

Este senso comum, fundamentado numa série de símbolos e regras próprias, muitas vezes formado pela apropriação de partes de concepções, sentidos e teorias nos pontos em que coerentemente se aproveitem com relação ao fim buscado, disciplina o conhecimento acerca do sistema jurídico, reproduzindo suas compreensões de forma massiva e quase que automática, mitigando de modo amplo o questionamento e crítica sobre as raízes, fundamentos e interesses por trás das verdades que produz:

Enfim podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, eles rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o “senso comum teórico dos juristas” – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder. (WARAT, 1994, p. 15).

Tem-se, assim, admitidas um série de ideologias e costumes dentro do Direito que são tomadas como verdades e ratificam o comportamento de certos grupos que, por sua vez, por contarem com essa legitimidade, são detentores do poder de elaborar as normas e a doutrina jurídica, estabelecendo o paradigma que, ao mesmo tempo em que atenda as exigências sociais, melhor lhes pareça para sua manutenção em posição de domínio, criando muitas vezes direitos e institutos meramente simbólicos dentro de um novo paradigma para apaziguar os anseios divergentes (BOURDIEU, 1992).

Isso quer dizer que mesmo a revolução científica que determina a mudança de paradigma, não representa uma ruptura completa com o passado, persistindo resquícios de uma fase para outra próprios do senso comum teórico dos juristas, composto, além de paradigmas, de noções mais rígidas oriundas da sacralização de determinados hábitos, conceitos e institutos que atendam a interesses políticos, econômicos, sociais e culturais e que passam a figurar como bases teóricas e/ou práticas no sistema.

A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto — com custos consideráveis, se necessário. Por exemplo, a ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos. (KUHN, 2018, p. 32)

Tais dogmas enraizados e socialmente aceitos como verdades, legitimadores e mantenedores das estruturas de poder, utilizam-se de variáveis ao longo do tempo, visando, de forma geral, a hierarquização e o controle da sociedade e do próprio saber por meio da dominação através da criação de estruturas simbólicas de justificação da realidade e de auto fundamentação¹⁰.

10 “Esse aspecto genético do paralelo entre o desenvolvimento científico e o político não deveria deixar maiores dúvidas. [...] As revoluções políticas visam realizar mudanças nas instituições políticas, mudanças essas proibidas por essas mesmas instituições que se quer mudar. Conseqüentemente, seu êxito requer o abandono parcial de um conjunto de instituições em favor de outro. E, nesse ínterim, a sociedade não é integralmente governada por nenhuma instituição. De início, é somente a crise que atenua o papel das instituições políticas, do mesmo modo que atenua o papel dos paradigmas. Em números crescentes os indivíduos alheiam-se cada vez mais da vida política e comportam-se sempre mais excentricamente no interior dela. Então, na medida em que a crise se aprofunda, muitos desses indivíduos comprometem-se com algum projeto concreto para a reconstrução da sociedade de acordo com uma nova

Através dos meios dinheiro e poder, os subsistemas da economia e do estado são diferenciados fora de um complexo institucional estabelecido dentro do mundo da vida; surgem domínios de ação formalmente organizados que, em última análise, não são mais integrados através dos mecanismos de entendimento mútuo mas que se desviam dos contextos do mundo da vida e congelam-se num tipo de sociabilidade livre de normas. Com essas novas organizações surgem perspectivas sistêmicas, das quais o mundo da vida é distanciado e percebido como um elemento do meio ambiente do sistema. As organizações ganham autonomia através de uma demarcação que as neutraliza frente às estruturas simbólicas do mundo da vida. Tornam-se peculiarmente indiferentes à cultura, à sociedade, e à personalidade (HABERMAS, 2012b, p. 307).

A produção do conhecimento, então, está vinculada aos ditames da razão estrutural e instrumental e autolimitada por seus produtores e objetivos, distanciando-se, assim, da suposta neutralidade e

estrutura institucional. A esta altura, a sociedade está dividida em campos ou partidos em competição, um deles procurando defender a velha constelação institucional, o outro tentando estabelecer uma nova. Quando ocorre essa polarização, os recursos de natureza política fracassam. Por discordarem quanto à matriz institucional a partir da qual a mudança política deverá ser atingida e avaliada, por não reconhecerem nenhuma estrutura supra-institucional competente para julgar diferenças revolucionárias, os partidos envolvidos em um conflito revolucionário devem recorrer finalmente às técnicas de persuasão de massa, que seguidamente incluem a força. Embora as revoluções tenham tido um papel vital na evolução das instituições políticas, esse papel depende do fato de aquelas serem parcialmente eventos extrapolíticos e extra-institucionais. O restante deste ensaio visa demonstrar que o estudo histórico da mudança de paradigmas revela características muito semelhantes a essas, ao longo da evolução da ciência. Tal como a escolha entre duas instituições políticas em competição, a escolha entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária. Por ter esse caráter, ela não é e não pode ser determinada simplesmente pelos procedimentos de avaliação característicos da ciência normal, pois esses dependem parcialmente de um paradigma determinado e esse paradigma, por sua vez, está em questão. Quando os paradigmas participam — e devem fazê-lo — de um debate sobre a escolha de um paradigma, seu papel é necessariamente circular. Cada grupo utiliza seu próprio paradigma para argumentar em favor desse mesmo paradigma.” (KUHN, 2018, p. 132-133, grifo do autor).

superioridade científica, baseando-se em postulados pré-concebidos, e não em uma força motriz gnoseológica, o que “limita, maldosamente a percepção dos efeitos políticos das verdade”, retroalimentando um sistema cognoscente não cognitivo, o senso comum teórico, caracterizado como uma “episteme convertida em doxa”, ignorante e alienadora que imortaliza os estudos rasos como aprofundados e imortaliza o saber comum, revestido de ciência, em que se baseiam. (WARAT, 1988, 1994):

Analisando o jogo estratégico desse discurso comprovamos o esvaziamento do seu núcleo conceitual, o qual passa a ser um mero significante em um contexto fragmentado de conotações disfarçadas por um controle lógico descontrolado. Quando a vigilância lógico-conceitual é invocada em nome de uma ordem de relações políticas, produz um exorcismo semiológico o qual impede a detecção dos efeitos políticos de um discurso. No mesmo sentido, podemos dizer que as regras epistemológicas tornam-se marcas sagradas, que roubam das relações conceituais a sua função referencial, tornando-as abertas aos efeitos do poder. (WARAT, 1982. p. 49).

Ora, o conhecimento jurídico científico, assim como os demais, não se reveste de pureza, antes representa um compilado de posições e produções de caráter ideológico e axiológico, que vem a ganhar força por se reproduzirem de forma generalizada em seu discurso, formadas e influenciadas pelas mais diversas áreas de saber, ainda que, epistemologicamente, haja uma tentativa de negação deste fato. “O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme.” (WARAT, 1982. p. 12).

Solidifica-se, dessa forma, uma espécie de conhecimento sacralizado que se configura como um campo fértil para métodos de

produção e evolução evasivos e partidários que permitam a perenidade dominatória de certas ideologias e/ou grupos, em certa medida desvinculados de inquirições de ordem gnoseológica.

Consequência disto é a retroalimentação de discursos aparentemente autossuficientes e que encontram em si mesmos todas as soluções necessárias aos conflitos, acomodando o pensar e o agir humanos em busca da manutenção dos interesses morais, sociais, políticos e econômicos, que informam os sistemas de crenças jurídicas e tencionam sua estabilização. (FREIRE, 1991; 2003; SOUZA, 2015).

Isto se dá, sobretudo, através do controle da crítica.¹¹ Destarte, o homem, ao fazer ciência, reage aos anseios e modificações sociais e reformula seus paradigmas, mas muitas vezes o faz superficialmente, ignorando completamente suas dimensões e as atitudes efetivas a serem tomadas para concretizar as mudanças esperadas, de forma tão somente simbólica e adaptável, acrítica (KANT, 2003, 2016.).

O mesmo ocorre no processo de aceitação social das ideias, tão revestidas que são as massas em cápsulas de insegurança e conformismo, adaptadas aos sistemas autoresolutos, aguardando que as mudanças se operem por terceiros, minorias, criando um círculo vicioso do medo do novo e do receio de buscar o desejado, bem como de perpetuação das opressões legalmente e historicamente instituídas que a estes fomenta (BOBBIO, 1995; FROMM, 1986)¹²

A precariedade da crítica origina-se, então, tanto do interesse quanto do desinteresse, este causado pelo pavor ao esclarecimento e ao impulso cognoscente por conformidade com o que está posto aliado

11 A ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma freqüentemente nem são vistos. Os cientistas também não estão constantemente procurando inventar novas teorias; freqüentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros. Em vez disso, a pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma. (KUHN, 2018, p. 49).

12 A observação e a experiência podem e devem restringir drasticamente a extensão das crenças admissíveis, porque de outro modo não haveria ciência. Mas não podem, por si só, determinar um conjunto específico de semelhantes crenças. Um elemento aparentemente arbitrário, composto de acidentes pessoais e históricos, é sempre um ingrediente formador das crenças esposadas por uma comunidade científica específica numa determinada época. 22

ao temor da mudança, quando esta, imprevisível por natureza, pode significar alcançar metas coletivas desejáveis, mas, indiretamente, respingar em núcleos duros da consciência coletiva cuja mitigação fará parecer menos importantes as esferas de bem estar que possivelmente seriam atingidas, sendo preferível, pois, apegar-se ao status quo sem profundos questionamentos (FREUD, 2011; KANT, 2003).

Dessa forma, estabelece-se um limbo de conforto científico e social em relação a determinados dogmas, expressos ou não, garantindo-se o reconhecimento tanto jurídico quanto comunitário concomitante à preservação de uma moral ou de interesses individuais, sem questionamentos amplos sobre as razões por trás das dinâmicas sociais, tampouco, a respeito dos fundamentos das posturas diante destas tomadas (KANT, 2016.).

O vício do conhecimento, independentemente da época e do paradigma, é, pois, a fuga ao esclarecimento que aqui não se confunde com a verdade, mas com a crítica. A sociedade encontra-se frequentemente em estado letárgico, de pouca ação ou de atuação simbólica, que restringe sua esfera de consciência, seja por comodismo, leniência, poder, temor ou oportunismo (KANT, 2003, 2016.).

O esclarecimento se constituiria, em contrapartida, na própria causa e consequência da liberdade e forma única de fuga das verdades impostas, configurando, mais do que uma necessidade individual, um compromisso moral para com a comunidade acolhedora dos conhecimentos cientificamente produzidos (KANT, 2003, 2016.).

Outra indicação de que não se pode consumir o ‘esclarecimento’ [Aufklärung] pela redução de todas as formas de saber à do setor técnico-científico está no simples fato de que os propagandistas da racionalidade técnico-científica – ao mesmo tempo que cultivam a crítica à metafísica, à cultura e à sociedade – não aplicam quaisquer métodos ‘isentos de valor’, no sentido da racionalidade científicotecnológica, mas, ao contrário, envolvem-se profundamente com problemas metodológicos da hermenêutica

normativa (ideológica?) e da crítica ideológica. (APEL, 2005, p. 25, grifo do autor).

A consequência disto não poderia ser diferente da acomodação e alienação generalizadas, a produção em massa de juristas reprodutores fiéis do senso comum, com parca ou nula capacidade crítica já que constantemente incentivados a deixar para trás as posições investigativas e adotar portes subjugados às autoridades paradigmáticas e funcionais, bem como a reprodução de seu pensar pelos demais atores sociais, realimentando um ciclo de saber raso e precário produzido e alimentado por poucos de acordo com seus interesses ou ideologias (BITTAR, 2006; FOUCAULT, 2012).

Percebe-se, assim, que o discurso jurídico não se reveste de qualquer purismo, estando antes sujeito a todos os desvios próprios dos jogos de linguagem na formação de seus discursos e postulados. Trata-se, pois, sua sistemática, não de compreender quais as razões fundamentais do Direito ou da justiça, haja vista ser esta persecução nada mais que a busca por uma verdade superior, aqui refutada de pronto pela imperiosidade social do Direito como organização humana de sobrevivência em constante desenvolvimento, sujeita a influências externas, mas da forma como seus postulados se permitem ser lidos e seus limites, dadas as inúmeras possibilidades de apreensão de seus signos, e a forma como estes estão postos e são impostos e como são influenciados por outros sistemas e contextos e pelos sujeitos que os manipulem, ou seja, de como se dá a interpretação e a hermenêutica do Direito que, no momento de sua aplicação, influi diretamente na realidade.

3

O DISCURSO JURÍDICO E A FORMAÇÃO DE PROVIMENTOS: ASPECTOS FORMAIS

Neste tópico, pretende-se tratar do objeto de referência para análise das questões filosóficas propostas no presente trabalho, a formulação de um novo Código de Processo Civil brasileiro com mudanças e acréscimos de texto no que toca à motivação das decisões judiciais.

O que se objetiva verificar é se tais alterações possuem o condão de regulamentar de forma eficaz a fundamentação dos provimentos jurisdicionais ou se atuam de modo meramente formal e simbólico, sem força real de conduzir o convencimento dos magistrados.

3.1 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Posta a relativização da concepção puramente dogmática do Direito permitida pela abordagem multidisciplinar de sua sistemática ao se perceber a influência de fatores alheios a seu controle, adentram na dinâmica de seu discurso, paulatinamente, a par das concepções estritamente legalistas e metodológicas, noções voltadas à busca de valores e princípios que pudessem vir a informar e direcionar, com certo grau de estabilidade, a interpretação jurídica e a formação de seus postulados e provimentos.

Certo que não há verdades absolutas, mas, para garantir seu funcionamento e ratificação, o Direito necessitava em sua legitimação de referenciais simbólicos e ideológicos majoritariamente aceitos. Estes surgiram como resposta à satisfação de condições mínimas após períodos de crise e correção de desigualdades que fomentavam a instabilidade social e, portanto, jurídica, com base nos direitos humanos e fundamentais oriundos de compreensões ideológicas humanitárias fundadas, sobretudo, nas noções de justiça e equidade.

Iniciava-se um momento de apego axiológico para corrigir injustiças históricas, criando campo fértil para a criação dos princípios como nortes de atuação estatal e jurídica na busca do bem comum. Estes, surgiram envolvidos no processo de constitucionalização dos

ordenamentos normativos, como fundamentos de todo o ordenamento e ganharam força como os responsáveis pela conferência às cartas jurídicas superiores dos Estados, antes tão somente políticas, de força cogente em face do restante do ordenamento jurídico, mormente no que tange a seus dispositivos referentes às garantias individuais e sociais, por indicarem valores superiores a serem perseguidos pelo Direito (BOBBIO, 1994, 1995).

Nesse contexto, as Constituições, ao adquirirem capacidade de ingerência ampla no complexo conjunto de normas de um Estado por meio dos princípios, ensejaram, aos poucos, a sujeição das leis e regramentos infraconstitucionais a seus ditames, inclusive aqueles historicamente regidos pela autonomia privada (ZAVASCKI, 2005).

Tal processo foi permitido tanto pela inclusão formal de dispositivos axiológicos cogentes nos textos das referidas normas, quanto, e sobretudo, pela ressignificação hermenêutica dos conceitos e efeitos oriundos de suas regras de aplicabilidades práticas, isto é de seu processamento jurisdicional concretista (STRECK, 2011a;BOBBIO, 1995).

Destarte, o Direito, como sistema aberto, recebeu ao longo do tempo um influxo de ideias de outros sistemas sociais transformador de suas concepções liberais e individuais puras, resultando em tais aspirações democráticas e pós positivistas insculpidas nas Constituições como valores fundamentais (TRINDADE, 2008).

Ao mesmo tempo, como sistema operacionalmente fechado, agiu de forma autocontrolada, transferindo os preceitos axiológicos inseridos nos textos constitucionais às regras materiais infraconstitucionais, mas também às suas normas de efetivação, como forma de garantir sua coerência real e sua legitimação interna, acompanhando as transformações e necessidades dos demais sistemas sociais (BOBBIO, 1995).

Ora, o Direito necessitou adaptar-se com o tempo para ver garantida sua estabilidade e encontrou nos princípios, por meio das Constituições, uma válvula de escape. Isto se deu tanto a âmbito teórico quanto prático, isto é, quando de suas manifestações concretas,

provimentos jurisdicionais. Se antes valia a Lei e o julgador como seu mero aplicador, agora sobrepõem-se os princípios e o juiz como intérprete e efetivador da justiça teleológica constitucional.

Neste diapasão, tomando como referencial o Processo Civil, formador e regulamentador de grande parte das decisões jurisdicionais, tais influências podem ser facilmente percebidas e se manifestam de maneira forte, tanto nas exigências estritamente práticas que garantem o devido processo legal formal e a ampla defesa através de regras gerais, neutras e abstratas, logicamente verificáveis, quanto no que toca à dinâmica da motivação decisional, relacionada aos aspectos de justiça, isonomia e equanimidade, que envolve, por sua vez, para além de uma análise de subsunção e obediência prática de preceitos, um estudo mais aprofundado das questões sistemáticas e subjetivas que influenciam o julgador no momento da formação de seu convencimento, posto que abrangem aspectos além à dogmática jurídica, de ordem individual, a serem controlados pelo regramento positivo afim de afastar-se da parcialidade e a sujeição ao pensamento individual, elementos estes tidos como viciados e completamente estranhos à dinâmica proposta pelo Direito num estado democrático (NOJIRI, 2000; STRECK, 2011a, SLAIB, 2013).

Fato é que em relação ao ditames normativos que garantem a formalidade processual impõem-se regras de observação racional lógica, as quais deixam pouco ou nenhum espaço de discricionariedade ao julgador, o que de forma alguma ocorre de forma amplamente controlada com a dinâmica da fundamentação das decisões processuais em seu caminho de demonstração do resultado obtido como conclusão necessária de um caso concreto em análise (NERY JÚNIOR, 2009; TARUFFO, 1975).

Nesse contexto, pode-se compreender o ato de fundamentar do magistrado à sentença como a atividade de atribuição de razões, de fato e de direito, substanciais e formais, pois, às decisões judiciais que representem além do exercício da lógica intelectual do juiz, sua imparcialidade do juiz e sua submissão às regras positivadas e aos

propósitos do Estado de Direito e aos princípios constitucionais (NERY JÚNIOR, 2009; NOJIRI, 2000).

Nesse toar, torna-se imprescindível em tal exercício que a postura do julgador seja determinada pelo Direito e não determinista ou ideológica, mas ao mesmo tempo complexa e holística, axiológica, de forma que o juiz promova uma abordagem “justa” da situação concreta (WATANABE, 2012; ZAVASCKI, 2005).

Com efeito, a partir da definição proposta, de fácil percepção que tem-se na etapa motivacional do processo a possibilidade nítida de influência de aspectos subjetivos do julgador, inclusive daqueles relacionados não apenas ao caráter legal do feito, mas oriundos dos demais subsistemas sociais o que, apesar de em certa medida necessário à alimentação do sistema como um todo na busca de sua estabilização, pode representar a si graves riscos se desvirtuados os objetivos jurídicos desta abertura e privilegiado seu caráter puramente ideológico, muitas das vezes completamente afastado das finalidades do complexo normativo e afeito apenas a seu próprio sistema (NEVES, 2005; STRECK, 2011a).

Com vistas a evitar tal desiderato, tanto quanto na medida do possível, ou ao menos simbolicamente propor sua proibição através da transparência e da publicidade de motivos de formação do convencimento, no sentido de permitir sua confrontação com as regras do devido processo legal, ampla defesa e teleologia constitucional, no contexto brasileiro atual, prevê o texto constitucional (WATANABE, 2012):

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988, s.p.)

Contudo, ao tratar de norma específica, dispunha o então revogado diploma, Lei 5.869 de 1973: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 1973, s.p.)

E, quando deveria expor aspectos mais concretos de regulamentação quanto às exigências relativas às sentenças, tão somente, que as decisões fossem fundamentadas, em atenção aos fatos e em subsunção ao direito posto aplicável ao caso concreto:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 1973, s.p.)

Percebe-se que, contextualmente, tal disposição se coadunava com o pensamento ainda eivado de alta influência do positivismo arraigado e das concepções tipicamente liberais, compreendendo a figura do magistrado como mera boca da Lei, desconsiderando a possível influência de suas convicções pessoais, ideológicas, sociais, econômicas, políticas, culturais, desde seu posicionamento estivesse em consonância com a legalidade estrita (BRASIL, 1973, PORTANOVA, 2003).

Ora, com o influxo de ideias humanistas e valorativas para o Direito, não mais se fazia suficiente a crença da legalidade como único sustentáculo da razão jurídica, sendo necessário o reconhecimento da sensibilidade do sistema por meio de seus atores, sobretudo dos magistrados, principais agentes jurisdicionais das garantias

insculpadas na busca da nova roupagem democrática aos ordenamentos normativos (BRASIL, 1988; DWORKIN, 2007).

Assim, imperiosa se fazia uma regulamentação que acompanhasse a nova tendência protetiva ao instituto das sentenças, de sorte possibilitar, ou sugerir a existência, de mecanismos de controle do convencimento do magistrado naquele espaço a ser preenchido pela internamente à moldura legal.

[...]

3.2 O NOVO CÓDIGO CIVIL: INOVAÇÃO, SIMBOLOGIA, FORMALISMO

O processo, como principal veículo de efetivação das normas jurídicas, deve acompanhar a evolução da teoria do Direito, permitindo sua efetividade e não mero simbolismo, revestindo-se de novos elementos e exigências com vistas à busca de provimentos justos e equânimes, compatíveis com os valores sistêmicos da dinâmica jurisdicional.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro experimentou recentemente aquilo que foi visto pela doutrina pátria como um reforço, na onda teleológica garantística do Direito, amplamente festejado, a âmbito do Processo Civil, cuja legislação codificada sofreu reforma, vindo a entrar em vigor com a Lei 13.105, no ano de 2015, responsável por “nova” disciplina à sistemática processual das decisões compreendidas como devidamente motivadas (NOJIRI, 2000; WATANABE, 2012).

Referido diploma trouxe inovações vistas como substanciais no instituto da motivação e fundamentação das decisões. Dispôs: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” (BRASIL, 2015, s.p.) e, na esteira, determinou o mesmo ainda em inúmeras passagens, específicas e gerais:

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz **motivará seu convencimento de modo claro e preciso.**

[...]

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e **indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.** (BRASIL, 2015, s.p.)

De forma mais minuciosa aduziu ainda que:

Art. 489. São **elementos essenciais** da sentença:

[...]

II - **os fundamentos**, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

§ 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;

[...]

§ 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.

§ 3º A decisão judicial deve ser **interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos** e em **conformidade com o princípio da boa-fé**. (BRASIL, 2015, s.p., grifo nosso)

Ante a leitura dos textos normativos nítidos restam dois requisitos trazidos pelo novo texto em acréscimo ao revogado, a saber: motivação/fundamentação das decisões e de demonstração clara e precisa do convencimento do julgador; e ausência de argumentos e indicações restritivas de motivos (STRECK, 2011a, 2011b).

Entende-se, pois, o objetivo dos dispositivos, a partir do primeiro requisito, e suas limitações a partir do segundo. Imperioso questionar-se, finalmente sobre, paralelamente a este e perpendicularmente aquele, o “como?” (NERY JÚNIOR, 2009).

Determina-se que o Poder Judiciário atender às exigências da motivação e fundamentação das decisões, distanciando-se de práticas meramente repetitivas, indeterminadas, ou incompletas, mas quais os passos a serem observados para tanto e como deve ser a caminhada em busca de uma decisão ideal, adequada e legalmente motivada? Essa é a incógnita que orbita toda a esfera do poder jurisdicional e, talvez, uma das maiores responsáveis pela desestabilização legitimatória do Direito (WATANABE, 2012).

É certo que uma decisão deve se fundamentar nas referências legais postas e, em casos mais simples, estas resolvem bem a questão na forma de subsunção lógica positivista. Contudo, ao se deparar com os denominados casos difíceis ou *hard cases*, o simples texto normativo quando contraposto às noções de justiça, equidade e o rol de princípios e garantias que originam, se torna precário e insuficiente para dirimir matematicamente a situação, de sorte que passa a atuar o juiz em sua esfera de discricionariedade. E é justamente nesse momento em que se revela a dificuldade da exigência motivacional de sentenças,

haja vista a inexistência de requisitos claros e vinculativos para tanto (STRECK, 2011a, 2011b; WATANABE, 2012).

Destarte, a Lei utiliza como parâmetro para tanto os conceitos de “ponderação” e “boa-fé”, mas tem-se que mesmo estes são demasiado abertos e subjetivos, retornando o julgador à estaca zero: algo o vincula em sua decisão quando a Lei é silente, inadequada e insuficiente? Se sim, o quê, como e em que medida?

Esta é uma questão que diz respeito não apenas a como são formadas as decisões judiciais, mas à própria operacionalização do Direito como sistema, no que tange tanto à sua lógica interna quanto à legitimação de seu exercício de poder, e também à sua relação com os demais sistemas, na medida em que estes podem influenciar o julgador diante de uma ausência de parâmetros jurídicos. (SLAIB, 2013; ZAVASCKI, 2005)

Nota-se facilmente que a tentativa elaborada pela nova legislação em adequar-se ao enfoque principiológico conferido por ingerência às normas jurídicas pelas doutrinas neoconstitucionalista e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, reformou-se o dispositivo, inserindo-lhe uma série de critérios teoricamente aptos a controlar a formação de uma decisão devidamente motivada.

Contudo, a questão que se põe aqui é a de se, efetivamente, atuam tais limites na conformação do discurso jurídico produzido no seio do processo e até que ponto realmente conduzem e conformam o provimento jurisdicional dado pelo magistrado responsável pelo caso na busca pelo valor da justiça e em atenção à legalidade.

Outrossim, o novo Código de Processo Civil, em seu festejado diploma acima transcrito, determina os fatores que, se presentes, constroem uma decisão não fundamentada. Mas, como deveria ser, afinal, uma decisão fundamentada? De que se origina? Quais os elementos seriam necessários para compô-la? Em suma, o que pode ser alegado pelo magistrado como fundamento de um provimento jurisdicional?

Ora, por inferência dedutiva lógica, sabe-se que uma decisão fundamentada deve explicar, especificadamente, sua relação com o

caso concreto, enfrentando todos os argumentos contrários à conclusão do julgador, sem se limitar à mera invocação legal ou jurisprudencial ou sem justificar sua não aplicação, observando ainda, em casos de colisão de princípios, a ponderação.

Nesse sentido, entende-se que o magistrado não possui a liberdade de convencimento sobre sua apreciação judicial, devendo atuar de forma justificada em face do um novo modelo processual cooperativo que retira as decisões do domínio do juiz para o domínio da justiça, englobando as partes na formação dos provimentos jurisdicionais, de sorte que passam todos a atuar em conjunto, participativamente, através do sistema de provas e do contraditório, no resultado do processo.

Com efeito, as provas trazidas para o bojo do processo, bem como as partes e o magistrado constituem elementos formadores de uma dinâmica procedimental discursiva, onde dialogam entre si. Destarte, atua o juiz tanto como um mediador, quando dialoga precipuamente com as partes, quanto como intérprete, ao dialogar essencialmente com as provas por estas produzidas no processo, para a formação de uma decisão (WATANABE, 2012).

Assim, o provimento jurisdicional nada mais é do que um tipo específico de discurso e, como tal, portanto, se encontra sujeito a regras argumentativas, a jogos de linguagem próprios e aos substratos de formação de seus sujeitos, dentre estes seus interessados diretos e, abstratamente, o Estado, mediante o juiz.

Neste ponto, fato é que o magistrado atua no Poder Judiciário como um representante legítimo do poder estatal a ele conferido pelo povo mediante a doutrina legal que orienta a composição do sistema de julgamento. Contudo, forçoso reconhecer que a parte isto, possui uma identidade determinante que deste não se pode apartar nos momentos de exercício profissional (STRECK, 2011a, 2011b).

O que se quer demonstrar é que todos, as partes com suas visões polarizadas sobre os fatos e o juiz com sua interpretação sobre estes, interferem no discurso de forma diversa e trazem para o interior deste, inevitavelmente, suas convicções.

Durante muito tempo, quis-se refutar tal assertiva aos juízes, utopicamente alegando-se que estes seriam dotados de imparcialidade e funcionariam como meros bocas da Lei. Hoje, entretanto, devido à evolução pragmática experimentada pela ciência jurídica, de Estado Liberal para Estado Democrático, reconhece-se estes como sujeitos sensíveis e cognoscentes e não meros expectadores do discurso jurisdicional, no sentido de que possam dirigir o Direito à satisfação da justiça e dos valores neste insculpido (PORTANOVA, 2003; STRECK, 2011a).

Abandona-se, assim, a ideia de um juiz compromissado tão somente com a Lei, para apegar-se à noção de um julgador ideal comprometido, por sua vez, com os valores jurídicos e sociais de uma coletividade, bem como para com aqueles tidos como universais. Tem-se uma virada ideológica no campo processual que confere maior autonomia aos julgadores para a persecução destes, o que, num primeiro momento, revela-se necessário e adequado a coibir os abusos fundados no legalismo estrito (STRECK, 2011a, 2011b; WATANABE, 2012).

Contudo, ao vincular-se os responsáveis pelos provimentos jurisdicionais à Lei, mas permitindo uma ampla interpretação desta baseada em juízos de valor, aos poucos as agravantes do discurso começam a se tornar evidentes: os diversos fundamentos de argumentação, as diferenças econômicas, educacionais, sociais, culturais, ideológicas, dentre outras, dos interlocutores e os inúmeros jogos de linguagem existentes, de forma que, ao largo de cumprir um papel de uniformização axiológica de uma sociedade, revela discrepâncias, vícios e desvios nesta irracional busca por uma só verdade. (KAUFMANN, 2010; STRECK, 2011b)

Com efeito, num extremo oposto, na busca de uma concepção de justiça moral e não social e política, passa-se a ter decisões com forte cunho ideológico ou pessoal, pautadas em noções de justiça subjetivas e variáveis, baseadas em princípios amplos e maleáveis que vem a gerar inúmeros sentidos para uma mesma regra, causando insegurança jurídica ou escapando totalmente àquilo que seria a solução mais

sensata, estável e restaurativa da contenda para os envolvidos por ausência de aderência ou sensibilidade ao caso concreto devido a pré compreensões distantes do que este apresenta, num caminho extremamente oposto aquilo pregado pelas doutrinas de responsáveis por tal conjectura (RORTY, 2007; UNGER, 1999).

É nesse contexto que se modifica o referido dispositivo do Código de Processo Civil, numa tentativa de regulação e retomada de certos parâmetros limitativos da subjetividade nas decisões judiciais. Contudo, ao buscar este controle, percebe-se que o faz de modo estritamente formal, atento a vinculações legais e institucionais sem, entretanto, estabelecer preceitos realmente importantes de adstrição e atenção caso concreto e transformação do conflito com o maior alcance possível de bem estar para as partes envolvidas.

Se é certo que o juiz é sujeito ativo do discurso jurídico, assim como as partes, isso significa a existência de um diálogo efetivo no bojo de um processo e não simplesmente de uma observação distanciada e neutra que resulte num provimento legalmente adequado, mas alhures às reais necessidades dos jurisdicionados, pautada em juízos de valor abrangentes e eivados de compreensões próprias.

Isso quer dizer que, os princípios e valores insculpidos no ordenamento jurídico com a tendência neoconstitucionalizadora e da teoria dos direitos humanos, não se apresentam de maneira uniforme numa dada sociedade, mormente numa coletividade plural como é o caso do Brasil, revelando diversas acepções de satisfação da justiça a depender de seus destinatários e intérpretes.

Desse modo, não há como se estabelecer, numa abordagem meramente formal, o que representa uma decisão realmente fundamentada, posto que esta depende não apenas da obediência à norma, mas de elementos de efetivo alcance da melhor resolução da demanda com vistas a pacificação eficaz da contenda bem como de estabilização social (NOJIRI, 2000; STRECK, 2011b).

À parte das formalidades processuais, entende-se que a dinâmica motivacional das decisões envolve fatores paralelos à pureza jurídica, adstrito a compreensões sociais, filosóficas, ideológicas, políticas,

religiosas, artísticas, dentre outras que, apesar de comporem o macrossistema da sociedade, não podem adentrar ao Direito de forma frouxa como parece ser permitido ocorrer nas situações acima elucidadas, pela precariedade de controle que revelam os direcionamentos legais, sob pena do comprometimento da lógica do sistema por vício de legitimação e finalidade (STRECK, 2011a, 2011b).

Com efeito, deve-se analisar de que modo atua cada sistema ao irradiar-se por sobre o Direito e em que parcela pode contribuir satisfatoriamente para a formação de decisões adequadas à finalidade jurídica, sem desvirtuá-la de seu papel legal e, concomitantemente, aproximando-a da situação que mais próxima chegue da noção de justiça em determinado momento na história de uma comunidade: tal busca se traduz como pedra de toque do sistema jurídico, ponto que alimenta seu teor filosófico e prático desde os primórdios e ainda deveras longe de encontrar solução satisfatória.

[...]

3.3 A PERSISTÊNCIA DO LIVRE CONVENCIMENTO NO SENSO COMUM DO JURISTA: JURISPRUDÊNCIAS DO STF E STJ

Este tópico visa analisar a persistência no ideário do sistema jurisdicional da noção de livre convencimento dos magistrados inculpada e perpetuada pelo Código de Processo Civil de 1973.

Para tanto, será levada em conta a pesquisa jurisprudencial pelo termo “livre convencimento” na área de Processo Civil desde 18 de março de 2016, início da vigência do novo código de Processo Civil, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

4

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: ASPECTOS SUBJETIVOS

Neste capítulo, busca-se demonstrar a influência de aspectos subjetivos na formação dos provimentos jurisdicionais que, sem parâmetros, podem vir a comprometer os objetivos almejados pela legislação vigente.

Há destaque para dois pontos em especial, meritocracia e solipsismo, por representarem o novo paradigma ideológico da modernidade e sua derivação viciada, respectivamente, ambos firmemente entranhados no sistema jurídico e nos ideais de produção de justiça.

4.1 MERITOCRACIA E A INFLUÊNCIA DO PODER SIMBÓLICO NAS DECISÕES

Aqui se pretende trabalhar com a noção de Poder Simbólico de Bourdieu e o surgimento do paradigma da meritocracia como sinônimo e eficiência, lisura, merecimento e justiça e seus efeitos benéficos tanto quanto nocivos ao sistema jurídico.

4.2 SOLIPSISMO E CONSCIÊNCIA DO JULGADOR

Entende-se que a moral, como portadora de uma dinâmica singular de retroalimentação operacional e condicionamento humano, constitui, ao lado do Direito, mais um dentre os microsistemas sociais, responsáveis por conferir uma forma de funcionamento específica a certa sociedade, condicionando-a e informando-a, bem como interferindo, considerando a comunicação e abertura própria do mecanismo de sistemas, em outros ramos de atuação humana, influenciando-os e destes recebendo igualmente doses controladas de ingerência (CALAMANDREI, 2015; DWORKIN, 2005, 2007).

Em linhas gerais, a moral de uma sociedade diz respeito à dinâmica dos conceitos, tradições e símbolos daquilo que se processa internamente ao indivíduo, no plano de sua consciência. Com efeito, apesar de se referir a questões de foro íntimo, seus valores são

historicamente alicerçados como universais em dada comunidade através de padrões de conduta socialmente aceitos como de um homem médio em dado contexto e, assim, passam a representar fundamentos de determinadas práticas e também requisitos de ratificação de outras, ao passo em que impõem a subsunção a moldes axiológicos de comportamento reconhecidos como virtudes políticas e sociais gerais de uma coletividade (DWORKIN, 2007).

Destarte, em se considerando o Direito também como sistema em parte aberto, forçoso reconhecer o caráter axiológico moralista presente em muitos de seus postulados, direta ou indiretamente. Fato é que as posturas assumidas pelo poder normativo do Estado não podem ser compreendidas em subsunção aos regramentos moralistas e tradicionais de uma sociedade, mas, tampouco, de forma completamente dissociada de seus efeitos irradiadores, já que compõe componente de enorme relevância à conformação e aceitação pelo pensamento coletivo das ordens emanadas do sistema jurídico e, de certa forma, requisitos de sua ratificação e perpetuação (CALAMANDREI, 2015; STRECK, 2011a, 2011b).

Com efeito, negar que o sistema jurisdicional receba influência dos contextos morais que determinam a vida em sociedade seria rejeitar o próprio caráter aberto do Direito, compreendendo-o como estrutura autossuficiente em si. Tal constatação falha ao afastar a própria origem deste sistema, já que oriundo do pensamento humano e, portanto, amplamente susceptível a ajustamentos de ordens diversas de seus objetivos estritamente estruturais, assim, inconcebivelmente livre ao ponto de se desvincular completamente dos demais aspectos da realidade coletiva e individual que não os necessários ao controle político ou utilitário do comportamento social (MAXIMILIANO, 2009; STRECK, 2011a, 2011b).

Por outro lado, a aceitação plena da subsunção de um sistema ao outro, inclusive com a hierarquização do Direito à moral, demonstra outro lado da moeda igualmente perigoso ao sistema de regras legais. Tal compreensão se baseia na ideia de Direito como integridade proposta por Ronald Dworkin, renomado filósofo norte-americano,

comprometida com noções ético valorativas na elaboração e, sobretudo, na aplicação das normas, vinculando-se fielmente à busca por uma noção idealizada de justiça social na prática jurídica. Para o autor, há uma relação de simbiose do Direito para com a moral:

Até o momento, minha argumentação não contestou a idéia tradicional de que ‘moral’ e ‘direito’ designam domínios de pensamento em princípio diferenciados, mesmo que talvez sejam interdependentes em diferentes sentidos. [...] poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Compreendemos a teoria política dessa maneira: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais diferenciadas. (DWORKIN, 2010a, p.56)

Nesse toar, inserem-se no âmbito do Direito, sobretudo de sua aplicação, os conceitos de justiça, liberdade, igualdade e equidade e as acepções principiológicas que atualmente embasam as tendências democráticas, pós-positivistas e constitucionalizantes dos ordenamentos jurídicos.

Assim, a concepção de integridade refere-se a uma virtude política, no sentido de compromisso axiológico do legislador e do governo para com seus cidadãos, afim de satisfazer os padrões exigidos por uma perspectiva de equidade nas relações sociais, bem como, e especialmente, aos magistrados, em seus papéis de concretizadores diretos e imediatos dos efeitos das normas, de sorte impor-lhes a necessidade de interpretação construtiva do Direito, sobretudo ao depararem-se com o problema de encontrar a melhor resposta a uma complexa situação jurídica, em relação à qual restam dúvidas quanto à solução que melhor perfaria uma solução justa e equânime (DWORKIN, 2005, 2007).

Com efeito, tal visão pressupõe a existência de princípios, extrajurídicos, portanto, superiores ao caráter meramente legal, de ordem valorativa, vinculadores de todo o ordenamento jurisdicional, fundamento de uma regra de reconhecimento do próprio regramento jurídico, que representam uma mitigação prévia à discricionariedade quando de sua aplicação e são responsáveis por limitar as ingerências estatais naquelas que se entendem como garantias fundamentais dos seres humanos em determinado corpo coletivo, de acordo com suas tradições amplamente enraizadas, e em relação às compreensões universalmente aceitas de dignidade humana (DWORKIN, 2005, 2007).¹³

Les dénommées clauses générales ou concepts juridiques indéterminés contiennent des termes ou expressions de construction ouverte et malléable, qui fournissent à l'interprète un début de signification devant être complété par ce dernier, en prenant en considération les circonstances du cas concret. La norme abstraite ne contient pas en elle l'intégralité des éléments de son application. L'interprète, confronté à des locutions telles qu'ordre public, intérêt social ou bonne foi, devra procéder à une analyse objective et subjective de la réalité factuelle de façon à définir la portée et le sens de la norme. Comme la solution ne se retrouve pas intégralement dans l'énoncé de la norme, la fonction de l'interprète ne peut se limiter à découvrir son contenu; il devra

13 “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.” (BARROSO, 2005, p. 13)

aller au-delà en intégrant le contenu normatif à sa propre évaluation (BARROSO, 2005b, p. 10)¹⁴

Neste diáspora, há um enfoque ao papel desempenhado pelos juristas na satisfação do modelo de integridade ao Direito, haja vista a função de freio e contrapeso que podem efetivamente representar face aos atores dos demais poderes estatais. Assume, desse modo, o juiz, em seu âmbito de poder decisional, a figura central na busca da pretensão de Direito como elemento da moral, ao passo que responsável imediato dos provimentos judiciais e da interpretação e conformação da norma ao caso concreto, com a possibilidade real de aprazimento das necessidades axiológicas que devem nortear o sistema jurídico com vistas ao respeito daqueles que deveriam ser os próprios fundamentos do contrato social que o embasa (DWORKIN, 2005, 2007).

Defende-se que o magistrado, ao elaborar uma sentença, mormente em casos de aparente colisão de princípios, de conflito entre princípios e regras ou de aparente ausência de regramento efetivo da situação concreta, deve observar certos passos com vistas à preservação dos preceitos morais valorativos de justiça e equidade insculpidos numa sociedade, primeiramente selecionando as teorias coerentes sobre os direitos envolvidos em conflito a partir dos preceitos elencados, expressa ou implicitamente, nas posturas do legislativo ou do executivo, em seguida elaborando as hipóteses de solução que se mostrassem adequadas à interpretação construtiva da regra e do histórico dos casos semelhantes para, a partir de então, encontrar a

14 As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação (Tradução do autor) .

hipótese mais acertada principiologicamente ao caso, vinculando-se à concepção de Direito como sistema coerente de princípios embebidos de justiça e equidade, afastando as acepções puramente utilitaristas, dogmáticas ou pragmáticas, satisfazendo assim a busca o equilíbrio entre o poder jurisdicional e o sociológico moral de uma coletividade (DWORKIN, 2005, 2007).

Ora, a falha de tal compreensão, apesar de diametralmente oposta, não se mostra em conflito estrutural com a que se indica para uma noção estritamente positivista do Direito. O afastamento de qualquer influência moral na lógica jurídica não é menos grave que a pretensão de subsunção total desta àquela, já que retira do Direito suas características fundamentais que o permitem atuar como conformador do comportamento social na busca de finalidades gerais, políticas, econômicas, administrativas, todas aquelas que não meramente relativas a noções culturais ou tradicionalistas, essenciais ao funcionamento de um corpo coletivo em perene harmonia (WATANABE, 2012; WITTEGENSTEIN, 2017).

Se, por um lado, é um erro desconsiderar a irradiação dos fatores morais por sobre o campo de decisões judiciais, por outro, não se pode olvidar de que os ditames moralizadores de uma sociedade constituem paradigmas de conhecimento que, em diversas circunstâncias, sofrem variações, podendo inclusive estas coexistirem em determinado momento numa mesma sociedade o que, de fato, num país formado por inúmeras identidades culturais como o Brasil, é uma realidade notória (CALAMANDREI, 2015; MOREIRA, 2004).

Nesse contexto, tem-se que os dogmas sacralizados como majoritários e gerais da moral não atendem senão aos interesses daqueles que se inserem em suas bases formadoras, restando excluídos desta análise que contraditoriamente pressupõe os valores de justiça e equidade os ideais minoritários de certos grupos com posturas ou identidades dissociadas das compreensões universalizantes (PORTANOVA, 2003; PRADO NETO, 2003).

Com efeito, a própria regra de reconhecimento do modelo de Direito como integridade torna-se insuficiente para explicá-lo e

atender a seus próprios valores da mesma forma como ocorre com o positivismo normativo que combate.

Ademais, ponto nevrálgico de tal teoria se situa na possibilidade de o resultado interpretativo construtivista do Direito ser influenciado pelas convicções morais, ideológicas e filosóficas de cada juiz, como sujeito pensante. Numa tentativa de minimizar tal ingerência, dispõe-se há uma mitigação da liberdade subjetivista do magistrado ao passo em que, ao tomar suas decisões, deve estar adstrito aos princípios superiores e aos valores da moral pública, bem como ao histórico político da comunidade a que serve (MAXIMILIANO, 2009; WATANABE, 2012).

Em contrapartida, reconhece que a tarefa decisória proposta pelo Direito como integridade pressupõe, em sua forma ideal, características sobre-humanas de capacidade e paciência do juiz para analisar todos os desdobramentos de uma situação de fato, bem como sua adequação aos ideais sociais axiológicos de forma imparcial, sendo mesmo definida como muito provavelmente inalcançável e incapaz de ser executada por um magistrado em sua rotina exaustiva do cotidiano judiciário, sobretudo o brasileiro, sobrecarregado de processos e carente de servidores:

Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. (DWORKIN, 2010b, p. 287)

Nesse sentido, não há por este caminho quaisquer garantias de existência de apenas uma solução correta e ideal para um caso concreto, tampouco uma formulação viável de método para o alcance ainda que existisse uma.

Imperioso cogitar, portanto, a existência de certos graus de solipsismo moral legitimado no bojo das decisões judiciais quando se parte de uma visão de integridade do sistema. Ora, ao passo em que se reconhece como inafastável a possibilidade de elementos de percepção do julgador que, ao final, percebe-se que nada mais são que análises subjetivas influenciadores dos pronunciamentos jurídico finais num processo, abrem-se as portas para o desenvolvimento deste mecanismo de pensamento (MORENO, 2000, 2001; WATANABE, 2012).

Com efeito, a prática do solipsismo jurídico decisional constitui-se numa ideologia, muitas vezes inconsciente, baseada em percepções e sensações próprias e superiores, por uma falsa sensação de poderes e capacidades elevadas por ilusões meritocráticas, que terminam por relegar os fatos e elementos variações da realidade a papéis de meros partícipes sem existências próprias na formação das compreensões de seus responsáveis cognoscentes que findam, por sua vez, enxergando-se como centros autossuficientes de decisão no processo.

Tal conjectura se dá em virtude de toda a lógica decisional permissiva e que busca como ponto de apoio estas figuras, atribuindo-lhes funções de verdadeiros cavaleiros da justiça, desatenta às suas indissociáveis naturezas humanas e, portanto, às influências inevitáveis que recebem de outros sistemas sociais que não o meramente jurídico (HABERMAS, 2012, 2014; WITTGENSTEIN, 2017).

Destarte, em sendo o juiz o principal ator dos provimentos jurisdicionais e considerando que este possui caráter subjetivo e individual, tal qual todo ser cognoscente, e, portanto, sensível, analítico, dotado de cargas experimentais acumuladas por seus históricos e percepções pessoais, nada mais natural que reconhecer sua influência nas posturas concretistas que assume na lógica processual (MORENO, 2000).

A problemática da questão não está, pois, em aceitar ou não a existência deste fato, já que inevitável, assim como a ingerência da moral no Direito, mas em suas limitações, se é que estas existem, e como se impõem na sistemática procedimental

Percebe-se, pois, que a busca pela satisfação da justiça pregada por uma concepção moralizante do Direito, isto é, de submissão do sistema jurídico ao sistema moral, não é suficiente, como quer, para revelar metas e requisitos suficientemente fortes para as decisões jurisdicionais, ao passo que se baseia, tal qual os dispositivos normativos, justamente por ser destes inspirador, em conceitos demasiado abertos que deixam a cargo do magistrado elevado grau de discricionariedade em sua atuação em busca daquilo que considera como justo . (PRADO NETO, 2003; STRECK, 2011a).

Outrossim, considerando-se os limites determinados pela experiência e pela linguagem obtidas e associadas por cada indivíduo, percebe-se que igualmente limitada é sua compreensão de justiça e equidade em dadas situações concretas, ao passo em que parte de suas próprias percepções subjetivas sobre o tema (HABERMAS, 2012, WITTGENSTEIN, 2017).

Nesse sentido, não é razoável, tampouco aceitável admitir que apenas as compreensões de princípios superiores, razão prática e valores políticos norteiem a formação das decisões judiciais, mormente em casos de difícil subsunção lógica à Lei, sob pena de abrir-se um leque de opções ao magistrado fora do controle operacional do sistema jurídico, que pode se revelar em fundamentações de interesses ou compreensões individuais longe das aspirações de bem comum ou de melhor adequação ao caso concreto, convertendo--se, assim, os provimento dados pelo Direito, como instrumento da sociedade, as conflitos que possui, em verdadeiros instrumentos de poder, totalmente dissociados das noções de justiça, democracia e equidade.

[...]

5

**ABORDAGEM NEOPRAGMATISTA
DE MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS**

Como possível alternativa e solução aos vícios então apresentados no discurso jurídico, meritocracia e solipsismo, defende-se uma abordagem neopragmática tanto dos requisitos formais, quanto dos aspectos materiais de uma decisão.

Parte do reconhecimento e não da negação de fortes influências e interesses de outros ramos no Direito, para, a partir disto promover meios sinceros, em atenção à realidade e histórico da comunidade, de promoção de justiça no caso concreto.

Como contraponto e crítica, se pretende utilizar as teorias utilitaristas e econômicas que atraem a corrente neopragmatista, demonstrando que com esta não se confundem.

5.1 O DISCURSO NEOPRAGMATISTA: ASPECTOS GERAIS

Neste primeiro tópico, serão abordados os aspectos gerais da teoria neopragmatista que orientam seus postulados, contrapondo as compreensões positivistas e jusnaturalistas numa postura mais voltada à prática social e à efetividade.

5.2 A APLICAÇÃO DA POSTURA NEOPRAGMÁTICA NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O processo se apresenta como a forma mais próxima de discurso direto, entre o Poder Judiciário e seus jurisdicionados, a âmbito do Direito, efetivado por meio de seus agentes, magistrados, e as partes de uma demanda. Neste sentido, não está livre, sendo atingido diretamente pelos desafios e limites da linguagem que se revelam de forma nítida nos desníveis dialógicos contextuais dos sujeitos envolvidos numa relação processual ao comporem uma relação jurídica comunicativa.

Tais obstáculos são ainda mais difíceis de transpor ao se desejar compreender em tais dinâmicas a figura do juiz como ser pretensamente imparcial com o condão (e obrigação) a dar uma

solução a um caso concreto oriundo de uma situação de realidade da qual não fez parte e por meio de uma leitura pretensamente jurídica pura. A questão se agrava se a este forem permitidas convicções pautadas em valores axiológicos supremos. Isto porque nem a Lei, tampouco a moral carregam em si acepções de justiça e verdade tão abrangentes que representem um consenso absoluto.

Destarte, a inovação legal imposta pelo Novo Código de Processo Civil buscou coibir a subjetividade da atuação do julgador em seus provimentos, afastando o decisionismo judicial originado do movimento dos direitos humanos, contracorrente do dogmatismo radical próprio das posturas liberalismo antecessoras. Contudo, o que se verifica é que sua atuação se manifesta de forma absolutamente formal, levando ao risco de cair o ordenamento jurídico num ciclo histórico em vista da busca de soluções por meio de exageros teóricos distantes da realidade prática.

É nesse sentido que se defende a tomada de posição crítica do neopragmatismo como caminho viável para contornar tal perspectiva assustadora. Não há que se fazer do Judiciário uma extensão da academia, discutindo-se questões relativas à filosofia do Direito, numa inesgotável procura por uma verdade universal inexistente, mas que se buscar sua harmonização com os demais poderes estatais no sentido de equilibrar os fundamentos democráticos e garantir uma atuação mais próxima dos cidadãos, mais comprometida e efetiva, em busca de medidas que, de fato, promovam o progresso, a harmonização e a estabilização de uma sociedade.

Superando o paradigma de justiça axiológica ensejador de uma situação de decisionismo judicial fomentadora não da efetivação do Direito, mas de sua apropriação, na direção de uma noção de justiça, política e social, mais flexível e compromissada com a realidade, surge a abordagem neopragmatista que, ao invés de confiar à compreensão do magistrado à satisfação dos valores jurídicos, reconhece que este é um ser humano, passível de transplantar suas percepções para o processo, sobretudo quando se alicerça em conceitos abertos e teleológicos, e propõe uma nova forma de se perceber a relação

jurídica, antes voltada para aspectos transcendentais, agora, então, atenta a questões práticas e históricas com vistas a encontrar a melhor solução da demanda que garanta sua satisfação, não reincidência e fortalecimento das instituições democráticas através da harmonização social (KAUFMANN, 2010; RORTY, 2002).

Destarte, refuta-se a ideia do mero argumento de autoridade para resgatar a legitimação do próprio poder oriundo do povo, sem anular as vozes minoritárias por perspectivas morais universalizantes, mas analisando aquilo que melhor responde social e contextualmente ao caso concreto. Em outras palavras, desconsidera os questionamentos sobre a possibilidade de afirmar que certas proposições ligadas à moral são verdadeiras ou falsas, de definir o certo e o errado, atendendo-se, finalmente, às necessidades reais das partes numa demanda e à soluções que representem uma melhor resposta à coletividade, observadas suas trajetórias histórica e contextual, no sentido de resolver problemas e equilibrar forças, “em outras palavras, conceitos como o de “verdade” ou de “justiça” passam a ser prospectivos e práticos e apenas fazem sentido aliados à noção de utilidade e eficiência.” (KAUFMANN, 2010, p. 71)

O que defende esta abordagem é a análise sensível das normas e princípios e não a meramente retórica em que o juiz assume um papel de filósofo e não de jurista, mais preocupado em teorizar ideias com vistas a definir verdades do que em resolver os conflitos que, de fato, lhe são postos por meio de um consenso político e social mediano e prático que satisfaça os anseios das partes, bem como do nós, da sociedade, respondendo a suas carências reais e não se atrelando a expressões e teorizações importadas de outras realidades, tão somente divagando sobre estas, mantendo-se alheio ao contexto efetivo sob sua responsabilidade.

Nesse contexto, reconhece-se que os indivíduos são resultado de processos complexos que envolvem inúmeros fatores e, portanto, não podem ser englobados em sequências uniformes e racionais, antes devendo ser analisadas suas interações por meio de uma abordagem histórica e prática e inter-relacionadas com seus espaços e ambientes

próprios, assim construída suas apreensões hermenêuticas (UNGER, 2001).

Dessa forma, compreende-se o juiz como sujeito sensível do discurso jurídico a âmbito do processo e determina que sua atuação deve ser antes intuitiva, prática, realista, política e sensível que formal, filosófica e legalista, guiando suas decisões pelas carências e exigências sociais, naquilo em que se represente o bem comum, deixando de lado uma postura que retroalmente um falso sistema garantístico e valorativo, ou pior, permita o retorno a acepções puramente positivistas, para ingressar num paradigma, de fato, democrático (KAUFMANN, 2010).

Assim, foge a postura neopragmatista dos conceitos legais processuais rígidos, o que inclui uma estruturação meramente formal de fundamentação de provimentos jurisdicionais, voltando-as para uma noção contextual e consequencialista, com vistas à estabilização progressiva do sistema jurídico e ao bem estar coletivo, ao mesmo tempo atenta à historicidade das instituições e normas, mas apenas na medida em que estas permitam o efetivo progresso social, e não como mecanismos vinculantes de atrelamento às ferramentas de manutenção de poder. Igualmente, não se entrelaça a ideias rígidas de princípios e direitos humanos, mas as constrói e reconstrói em relação às necessidades das partes no processo que determinem decisões que guiem a sociedade no sentido da maior satisfação coletiva possível e do fortalecimento dos fundamentos democráticos de participação e representatividade (RORTY, 2005, UNGER, 2001).

[...]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

APEL, K.O. **Le logos propre au langage humain**. Paris: Éditions de L'Éclate, 1994

_____. **Transformação da Filosofia 1:** filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. **Transformação da Filosofia 2:** o a priori da comunidade de comunicação. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

BAETA NEVES, C. E. Niklas Luhmann e sua obra. In: BAETA NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Universitária, 1997.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:** O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005a. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf><http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 de maio de 2017.

_____. **Le néoconstitutionnalisme et la constitutionnalisation du droit:** Le triomphe tardif du droit constitutionnel. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005b. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf><http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

BERTALANFFY, L. von. **Teoria geral dos sistemas**. 3. ed. Petrópolis, Vozes, 2008.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico:** Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A Teoria das formas de governo**. 7. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

BOURDIEU, P. **Langage et pouvoir symbolique**. Paris: Seuil, 2001. Ed. bras.: O poder simbólico. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. **Diário Oficial**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 nov. 2017.

----- Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. **Diário Oficial**. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 13 nov 2017.

----- Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. **Diário Oficial**. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 nov 2017.

BUNGE, M. **Epistemologia**: curso de atualização. São Paulo: T. A. Queiroz: EDUSP, 1980.

CALAMANDREI, P. **Eles os Juízes, vistos por nós os advogados**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPILONGO, C. F. **O direito na sociedade complexa**. 2.ed. São Paulo: Max Linonad, 2011.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

DE GEORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **O império do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FREUD, S. **O mal-estar na civilização**. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

FROMM, E. **O Medo à Liberdade**. 14 ed. São Paulo: Guanabara, 1986.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

_____. **Pensamento Pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Teoria de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Cátedra, 1982.

_____. **Teoria do Agir comunicativo, 1**: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012a.

_____. **Teoria do Agir comunicativo, 2**: Sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012b.

KANT, E. **Critique de la raison pure**. Paris: QUADRIGE/PUF, 1993

----- **Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

----- **Resposta à pergunta: Que é esclarecimento?. O que é esclarecimento?.** Rio de Janeiro: Via Verita, 2016.

KAUFMANN, R. de O. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação da UnB, Brasília, 2010.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 13 ed. São Paulo: Perspectiva, 2018.

LUHMANN, N. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011.

----- **Por que uma “Teoria dos sistemas”?**. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.

----- **Remarques préliminaires en vue d’une théorie des systèmes sociaux**. Critique, n° 413: Paris, 1981.

----- **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

MATOS, Daniel Ortiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Do juspositivismo ao neoconstitucionalismo**: Porque ainda apostamos na discricionariedade. In: BERNARDI, Renato; NEVES, Fabiana. **Função Política do Processo II**. Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito).

MELLO, M. P. de. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner**. Tempo Social: Revista de Sociologia. USP. São Paulo, v. 18, n.1, p. 351-373, junho.2006.

MOREIRA, J. C. B. Prueba y motivación de la sentencia. In **Temas de Direito Processual**. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORENO, A. R. **Wittgenstein e os valores: do solipsismo à intersubjetividade**. Natureza Humana. v. 5, n. 2, 2001.

_____. **Wittgenstein: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório**. São Paulo: Moderna, Editora da Universidade de Campinas, 2000.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, R. F. **Acolamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. 149f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2005.

NOJIRI, S. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

POPPER, K. S. **A lógica da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1975a.

PORTANOVA, R. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POSNER, R. A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRADO NETO, Bento. **Fenomenologia em Wittgenstein: Tempo, Cor e Figuração**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2003.

QUEIROZ, Marisse Costa de Queiroz. **O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia jurídica.** Revista Sequência, n. 46, p. 77-91, jul. 2003.

RORTY, R. **Contingência Ironia e solidariedade.** Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

----- **Objetivismo, relativismo e verdade: Escritos filosóficos 1.** Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

----- **Pragmatismo e Política.** Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOUZA, J. **A tolice da inteligência brasileira.** Rio de Janeiro: Leya Casa da Palavra, 2015.

SOUZA SANTOS, B. de. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 14 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

STRECK, L. L. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

----- **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

----- **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

----- **Lições de crítica hermenêutica de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

----- . **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

----- . **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile.** Padova: CEDAM, 1975

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoietico.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UNGER, R. M. **A constituição do experimentalismo democrático.** Revista de Direito Administrativo, vol. 257, p. 57-72, maio-ago. 2001.

----- . **Democracia Realizada: a alternativa progressista.** Trad. Graieb, Grandchamp e Castanheira. Rio de Janeiro: Ed. Boitempo, 1999.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade.** Curitiba: Juruá, 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

WARAT, L. A. **As vozes incógnitas das verdades jurídicas.** Tradução Horácio Wanderlei Rodrigues. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/as%20-vozes.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

----- **Saber crítico e senso comum teórico do jurista.** Revista nº 5. Junho de 1982.

----- **O outro lado da dogmática jurídica.** In: Rocha, Leonel Severo (org.) Teoria do direito e do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 81-95.

WATANABE, K. **Da Cognição no processo Civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEBBER, Suelen da Silva. **O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial.** In: Revista Eletrônica de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013.

WITTGENSTEIN, L. **Tractatus Logico-Philosophicus.** 3. ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 2017.