

**A INFLUÊNCIA DO PRAGMATISMO JURÍDICO NA CONSTRUÇÃO
DAS DECISÕES JURISDICIONAIS: IMPORTÂNCIA DO ART. 20, DA LEI
DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, COMO
ELEMENTO IDENTIFICADOR DA CENTRALIZAÇÃO DO PROCESSO
NA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

**THE INFLUENCE OF LEGAL PRAGMATISM IN THE CONSTRUCTION
OF JURISDICTIONAL DECISIONS: IMPORTANCE OF ART. 20, OF THE
LAW OF INTRODUCTION TO THE RULES OF BRAZILIAN LAW, AS
IDENTIFYING ELEMENT OF THE CENTRALIZATION OF THE
PROCESS IN THE JURISDICTIONAL ACTIVITY**

Joseli Lima Magalhães*

Caroline de Carvalho Leitão Hidd**

RESUMO

O presente artigo jurídico tem como objetivo demonstrar que o pragmatismo jurídico tem sido cada vez mais utilizado/aplicado no ordenamento jurídico, seja por atuação legislativa, o que ocorreu com a construção do art. 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), seja (e principalmente) em decorrência da própria atividade jurisdicional, que coloca o juiz no centro da relação processual, ainda que tenha havido limitações à subjetividade, principalmente em decorrência do modelo decisório presente no novo diploma processual

* Graduação em Direito pela Universidade Federal do Piauí (1996), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Doutorado em Direito Processual pela PUC-MINAS. Atualmente é Professor Adjunto II da Universidade Estadual do Piauí, Professor Adjunto III da Universidade Federal do Piauí. Advogado na área cível e empresarial. Ex-Vice-Reitor da Universidade Estadual do Piauí. Ex Diretor Geral da Escola Superior da Advocacia do Piauí. Ex-Presidente da União Brasileira dos Escritores - Piauí. Coordenador da Pós Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Piauí. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. Parecerista de Revistas Jurídicas. Membro do Conselho Curador da Fundação Cultural e de Fomento à Pesquisa, Ensino, Extensão e Inovação - FADEX-PI. Joselimagalhaes@gmail.com

** Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2013). Advogada regularmente inscrita nos quadros da OAB. Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE-PI). Especialista em Direito Constitucional e Controle na Administração Pública (2016). Email: carolinecleitao@hotmail.com

civil. Quanto à metodologia de pesquisa, foi escolhida a pesquisa exploratória, cujo método escolhido é o da documentação indireta, em especial a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Pragmatismo Jurídico. Neoconstitucionalismo. Fundamentação. Decisão Jurídica. Lindb.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that legal pragmatism has been increasingly sedimented in the legal system, whether by legislative action, which occurred with the construction of art.20, of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, either (and mainly) as a result of the jurisdictional activity itself, which places the judge at the center of the procedural relationship, although there have been limitations to subjectivity, mainly due to the decision making model present in the novel civil procedural diploma. As for the research methodology, the exploratory research was chosen, whose chosen method was the indirect documentation, especially the bibliographic research.

Keywords: Legal Pragmatism. Neoconstitutionalism. Rationale. Legal Decision. Lindb.

1. INTRODUÇÃO

O processo precisou se adaptar aos novos parâmetros trazidos pelo “Neoconstitucionalismo”, passando a ser encarado como meio de realização dos ditames constitucionais, em especial dos direitos fundamentais. É por isso que o Código de Processo Civil – CPC dispõe, logo no art. 1º, que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

O novo cenário “neoconstitucionalista” trouxe alguns problemas, dentre eles o pouco peso ao dever de motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal – CF e, também, no art. 11 do CPC. Com efeito, a abertura e indeterminação dos textos normativos, característica dessa nova fase de pensar o Direito, têm sido utilizadas, muitas vezes, como escusa para julgamentos subjetivistas (ideia de justiça particular) e vagos, sem fundamentação sólida, mas sempre com o discurso de “obediência à Constituição”.

A fim de mudar essa situação, o CPC de 2015 enumerou, no art. 489, §§ 1º e 2º, alguns casos em que uma decisão judicial é considerada não fundamentada. A inovação legal veio em boa hora, pois serviu para tornar mais palpável e real o dever de motivação previsto na CF e que, até então, dependia de orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Posteriormente, a Lei nº 13.655/2018 introduziu o art. 20 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB¹ e pormenorizou ainda mais esse dever. Agora, o julgador precisa considerar as consequências práticas da sua decisão quando o pretender fazê-lo com base em valores jurídicos abstratos, devendo mostrar, na fundamentação, a sua linha de raciocínio, apontando os sentidos que podem ser extraídos do texto normativo e seus respectivos efeitos.

O fato é que o art. 20 da LINDB representa a sedimentação do pragmatismo jurídico no Brasil, pois se antes era apenas uma retórica ou mesmo uma sugestão teórica a ser seguida (ou não) pelos magistrados, com a modificação legal ficou evidente que passou a ser um dever a ser seguido pelos decisores, tornando-se aspecto de verdadeira política legislativa a mudar o comportamento inclusive das partes no processo.

¹ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. (BRASIL, Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.)

O presente artigo, portanto, apresenta elementos críticos a respeito deste novo modo de pensar e visualizar o ato jurisdicional decisório, agora ambientalizado e inserido nas diretrizes teóricas da escola realista do direito (pragmatismo jurídico), sem deixar de ter fortes conotações junto à formação do poder constituinte originário de cada país, mas que sofre limitações, como dito, na própria fundamentação das decisões jurisdicionais.

Com a exposição, sempre crítica, dos elementos que contêm este artigo jurídico, espera-se contribuir para alertar a atividade acadêmica (e também àqueles que labutam no dia a dia forense) a respeito do perigo que os jurisdicionados estão frente ao crescente manejo do pragmatismo jurídico, muitas vezes ao se utilizar da segurança jurídica como pano de fundo, deixando de lado elementos outros tidos como igualmente importantes, como é o caso da aplicabilidade do contraditório, ampla defesa, e senso de justiça em uma concepção menos utilitarista.

2. CARACTERIZAÇÃO E PERSPECTIVAS DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO E DO PRAGMATISMO JURÍDICO A INFLUENCIAREM A FORMAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE UM PAÍS

O pragmatismo filosófico apresenta-se de difícil identificação e definição em razão da diversidade de visões existentes dadas pelos próprios estudiosos da temática². O pragmatismo seria mais uma *tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina*. É por isso que seria mais adequado falar num certo “tom pragmático”, o que remonta à própria antiguidade clássica.

As ideias de Platão, que dominaram e ainda dominam o cenário intelectual e filosófico, pautadas na noção de raciocínio especulativo, não agradavam aos pragmatistas filosóficos, os quais se apresentavam como eminentemente apegados à investigação empírica. Posner chega mesmo a afirmar que a maneira mais simples de entender o pragmatismo é enxergá-lo como uma rejeição do platonismo.

O próprio desenvolvimento e avanço da atividade comercial pode ser apontada como uma das causas para a perda da influência de Platão no meio acadêmico, considerando que os comerciantes pouco se interessam por discussões a respeito do que é ou não verdade, em especial quando o outro interlocutor é um cliente, mas sim por dinheiro, em auferir lucros na sua atividade comercial. O comércio, pois, é o ambiente onde as diferenças de opiniões

² POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 20.

pouco importam, onde as relações podem ser as mais amistosas possíveis³, ainda que existam muitos comerciantes patrocinadores e investidores de muitas atividades intelectuais, agindo como mecenas das artes, da cultura e muitos deles ligados à universidade.

Também contribuiu para a diminuição da influência de Platão junto à sociedade ocidental o advento da teoria evolucionista de Darwin, que aponta serem os humanos meros animais inteligentes nascidos para lidar com os problemas concretos que se apresentavam e não com questões abstratas e metafísicas. A inteligência humana, produto da evolução dos nossos ancestrais, seria essencialmente instrumental, isto é, de viés resolutivo e voltada à obtenção de certos resultados, como lidar com o frio, o calor e a fome. A seleção natural é, essencialmente, um processo de tentativa e erro – pura atividade experimental. Especificamente em relação à América, Posner destaca que o pluralismo religioso e ético foi mais um dos fatores que favoreceu a ascensão do pragmatismo⁴.

Isso não significa que o pragmatismo exclua o valor da metafísica, ele apenas afirma que as premissas metafísicas não podem ser comprovadas empiricamente, impossibilitando a obtenção de uma verdade, o que pode se tornar um problema numa sociedade de cultura aberta, diversa, cosmopolita e competitiva, tal como se apresenta a americana. Não apenas a metafísica, mas também a própria ciência, são passíveis de falhas e revisões, a ponto de Posner concluir ser melhor focar numa teoria que reconheça a importância de uma proposição a partir de suas consequências (reais, e não hipotéticas). Isso também torna o pragmatismo uma concepção antitradicionalista e voltada para o futuro, pois o passado só serve enquanto tem utilidade, isto é, as práticas passadas só devem ser levadas em conta a depender das consequências de trazê-las para o presente e para o futuro⁵. Não por outro motivo que o pragmatismo tem se desenvolvido em democracias mais recentes, a exemplo do que ocorrem com os Estados Unidos e países latinos, encontrando certa resistência em democracias já consolidadas há anos, com o caso da França, Espanha e Inglaterra.

Os pragmatistas podem ser considerados céticos ou relativistas se precisarem duvidar da veracidade do ceticismo e do relativismo, pois uma vez que questionam as entidades metafísicas e a ideia de uma verdade universal, são relativistas quando precisam dar um veredicto a respeito de um costume de uma cultura diferente, por exemplo. Portanto, o melhor método de investigação é o experimental, uma vez que apenas testando coisas

³ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 22.

⁴ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

⁵ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 30.

diferentes e avaliando as consequências de cada uma delas é possível descobrir qual abordagem é mais adequada para cada situação⁶, contudo, embora seja tentador acreditar que o pragmatismo jurídico seria uma mera aplicação do pragmatismo filosófico ao campo do Direito, Posner não enxerga o fenômeno desta forma. O autor explica que o pragmatismo por ele defendido (o pragmatismo cotidiano), não é simplesmente mais um tipo de pragmatismo filosófico, embora este último possa influenciar o primeiro e também se relacionar com ele. O processo de academização da filosofia acabou por distanciar o primeiro do segundo e a saída, segundo o autor, é o pragmatismo cotidiano.

Apesar de simpatizar com as premissas centrais do pragmatismo filosófico, Posner vê o pragmatismo cotidiano mais como um modo de pensar equiparável ao bom senso, impaciente com abstrações e preocupado com consequências, funcionando mais como um hábito natural e enraizado da cultura estadunidense, do que uma teoria propriamente, e acredita que a maioria dos juízes norte-americanos age pragmaticamente, no sentido cotidiano do termo e considera o pragmatismo o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial. Portanto, a melhor teoria normativa, assim como positiva do papel judicial⁷, passando a elencar e a esmiuçar alguns caracteres do processo de adjudicação pragmática, os quais serão mencionados os considerados mais importantes, inclusive quanto à sua aplicabilidade na seara processual.

Primeiro, destaca-se a preocupação com as consequências. Apesar de o pragmatismo imprimir especial destaque aos resultados específicos de cada caso, que afetam apenas as partes, a doutrina não ignora a importância das consequências sistêmicas, universais, que também devem ser consideradas para garantir a estabilidade do todo.

Segundo, zelo pela racionalidade (razoabilidade) quando da tomada da decisão judicial, não existindo uma regra específica a respeito de qual direção o juiz deve seguir, devendo o julgador avaliar todos os elementos favoráveis e contrários quanto ao caminho escolhido, que vai desde o sopesamento das consequências específicas da decisão até o desejo de preservar os valores da norma jurídica.

Terceiro, a ênfase na racionalidade diferencia o pragmatismo legal do consequencialismo (mais especificamente, do utilitarismo), pois esta doutrina julga as ações pelo valor ontológico de suas consequências, considerando a melhor ação como sendo aquela que desencadeia a melhor consequência, qual seja a maximização do bem-estar. Do ponto de

⁶ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32.

⁷ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 01.

vista pragmático, não é nem mesmo exigível que o magistrado leve em conta todas as consequências que possam advir do seu posicionamento, o que é visto como uma tarefa hercúlea. Enquanto o utilitarismo assume um compromisso com a maximização do bem-estar, o pragmatismo apenas toma isso em consideração junto com vários outros fatores⁸.

Quarto, os pragmatistas olham para frente, uma vez que a obediência às decisões passadas é mais uma necessidade (em razão do reconhecimento do seu valor social) do que propriamente um dever ético. O juiz não estaria, assim, nem obrigado e nem proibido a seguir as decisões anteriores, mas, caso opte por segui-las em detrimento de alguma consequência específica, o fará mais por uma questão pragmática do que moral, por reconhecer a importância que a previsibilidade e a segurança jurídica têm para a comunidade. Neste particular, as decisões judiciais têm pouca afeição à segurança jurídica, preocupando-se mais com o ideal do resultado prático alcançado, confundindo-se, de certa forma, com o próprio ideal de justiça. A propósito, o conceito de justiça, para os pragmatistas é por demais subjetivo e vai depender muito do caso concreto, não só do que pensam as partes, o juiz e, menos ainda, a sociedade.

Quinto, foco no empiricismo: muitas vezes é contraproducente tentar resolver uma questão apenas com base em interpretações de termos jurídicos (por exemplo, para saber se a eutanásia deve ou não continuar sendo banida), sendo mais eficiente avaliar as consequências da referida prática em países onde ela é autorizada do que discutir se o direito à vida deve prevalecer em relação ao direito à autodeterminação⁹. Muitas vezes o termo “pragmatismo” se confunde com o próprio termo “empirismo”, sendo comum a utilização de uma expressão por outra a projetar o mesmo significado.

Sexto, aversão ao uso da teoria moral e política abstrata no julgamento, mas isso não significa que o pragmatismo legal seja contra toda e qualquer teoria, mas apenas contra a teoria inútil, que nada acrescenta à discussão¹⁰. O pragmatista rejeita a abstração quando ela é vista como um fim em si mesma (uma rua sem saída), mas não quando é ferramenta da ciência empírica, na medida em que esta também faz uso de abstrações (as leis da física de Newton, por exemplo, são abstratas).

Sétimo, os pragmatistas têm afeição com a retórica grega, sendo que concordam com Aristóteles no sentido de ver vantagens no uso da referida estratégia (desde que algumas

⁸ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 60.

⁹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 63.

¹⁰ É preciso reconhecer que, muitas vezes, o jurista contribui mais para a resolução do caso estudando disciplinas extrajurídicas, tais como economia, imigração, finanças públicas, religião, etc., do que se debruçando exclusivamente sobre a teoria constitucional que, na prática, pouco afeta a vida das pessoas.

técnicas indignas não sejam utilizadas), – sendo que somente a retórica é capaz de persuadir o interlocutor em áreas que os raciocínios exato e lógico não são capazes de convence, por si só¹¹.

Por fim, o *pragmatismo legal* é diferente do positivismo de H. L. A. Hart, não sendo um complemento deste, – uma doutrina que deve ser utilizada somente quando o material convencional (a lei, o contrato, a jurisprudência, etc.) se mostrar insuficiente no desfecho da causa. Segundo Richard Posner, Hart vê a lei como um limite de atuação jurisdicional, pois o que vale é o que o Legislativo diz que vale, só havendo espaço para participação do magistrado (para a atividade legislativa do magistrado) quando a linguagem do texto é dúbia, ainda que se saiba que um “Supremo Tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava ‘errado’ não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém”¹².

Por outro lado, o juiz pragmático enxerga o dever de decidir como sendo o mais importante, de modo que, para ele, a fronteira entre aplicar a lei e criar a lei é inexistente – o pragmatista legal pode ir, inclusive, contra a lei, a jurisprudência, o contrato, pois o material convencional não tem uma prioridade necessária em relação às outras fontes de informação que dizem respeito às prováveis consequências do julgamento, daí o caráter essencialmente subjetivista que o pensamento pragmático congrega, por isso mesmo apresenta-se a fundamentação de suas decisões um ponto a limitar e amainar esta subjetividade.

Especificamente quanto à presença do pragmatismo no mundo jurídico do Brasil, tem-se observado que nos últimos anos, principalmente em razão da influência sofrida junto ao direito norte americano (bem mais que europeu) a concepção de dimensionar o que é o Direito no país tem caminhado para acolher as teses do realismo norte americano, havendo supervalorização da atividade judicante e colocando os Tribunais, principalmente o STF, como verdadeira Casa identificadora do que é *realmente* o Direito.

Ao abordar a questão relativa à influência exercida pela Escola Histórica do Direito, com forte conteúdo e conotação do pragmatismo, especificamente quanto ao realismo norte-americano capaz de influenciar a Suprema Corte brasileira, o processualista Joseli Lima Magalhães¹³ aduz ter sido um dos principais expoentes do realismo norte-americano Oliver

¹¹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 70.

¹² HART, Herbert L. A.. *O Conceito de Direito*. 2ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 155.

¹³ MAGALHÃES, Joseli Lima. O ativismo judicial como mecanismo de decisionismo à luz do Estado Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXVIII, n. 121, p. 181-200, mar./2011.

Holmes (1841-1936), para quem “a vida real do Direito não tem lógica senão na experiência”, sendo de sua inspiração que as necessidades sentidas em sua época, as teorias morais e políticas predominantes não podem ficar meramente vinculadas ao silogismo de uma decisão, mas buscar-se a verdadeira regra pelas quais os homens se governam. Para o realismo jurídiconorte-americano o Direito é aquilo que os Tribunais decidem, nesta configuração: i) o Direito se encontra em constante evolução; ii) o Direito é um meio para fins sociais (a sociedade caminha, por sua vez, mais rapidamente do que o Direito). Assim, o jurista deve observar o que dizem os tribunais e cuidar para obedecer as decisões judiciais. Já na vertente escandinava, centraliza-se na idéia de que o Direito é o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade – trabalha no plano da eficácia –, o Direito é uma realidade social, uma realidade de fato¹⁴. No fundo, o Direito, no Brasil, cada vez mais tem se apresentado com sendo aquilo que os magistrados dizem ser, em especial o que dizem os ministros das Supremas Cortes. Na mesma direção, outro grande referencial do pragmatismo jurídico, muitas vezes designado realismo jurídico, na sua versão americanizada (e não escandinava), Benjamim Cardozo aduz que o poder de declarar a lei

traz consigo o poder e, dentro de certos limites, o dever de criar a lei quando não existe nenhuma, não pretendo alinhar-me com os juristas que parecem acreditar que, na realidade, não existe lei alguma a não serem as decisões dos tribunais. Penso que a verdade está a meio caminho entre os extremos representados, numa ponta, por Coke, Hale e Blackstone e, na outra, por autores como Austin, Holland, Gray e Jethro Brown. A teoria dos autores mais antigos era que os juízes não legislavam de modo algum. Havia ali, embutida no corpo do direito costumeiro, uma regra preexistente, porém oculta. Os juízes tinham apenas de retirar o envoltório e expor a lei aos nossos olhos¹⁵.

Ainda a respeito da concepção *do que é o direito*, Eduardo Couture¹⁶ bem aponta que a Suprema Corte dos EUA já deixava bem claro que a Constituição é aquilo que os magistrados dizem que ela é, contendo o excesso de todas as teorias voluntaristas do direito, mas que contém profundo conteúdo de realidade vital, e se o direito é mesmo o que os juízes dizer que é, “como poderemos dispensar o juiz, como elemento necessário, na criação e produção do direito? Como poderemos separar a decisão do juiz de seus impulsos, de suas ambições, de suas paixões, de suas debilidades de homem”¹⁷?

¹⁴ MAGALHÃES, Joseli Lima. O ativismo judicial como mecanismo de decisionismo à luz do Estado Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXVIII, n. 121, p. 181-200, mar./2011.

¹⁵ CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.

¹⁶ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 58.

¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 58.

Todos estes aspectos irão ter sérias consequências junto ao regime jurídico (positivo) adotado no país, devendo-se, por isso mesmo, serem pesquisadas e perquiridas as conexões existentes entre o pragmatismo jurídico e a fundamentação das decisões jurisdicionais, a amainar este viés construtor do direito pela autoridade judicial, além, claro, de serem dimensionados os aspectos do poder (assembléia) constituinte originária e do próprio neoconstitucionalismo.

3. CONEXÕES ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS, O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

A barbárie e os horrores provocados pela II Guerra mundial remodelaram o lugar da Constituição e a influência desta sobre o ordenamento, as instituições e a sociedade. Até então, prevalecia, de certa forma, no velho continente, a cultura de centralidade da lei, pois esta era considerada a principal fonte normativa do Estado. Como consequência, as Constituições não tinham força normativa, sendo vistas apenas como direcionamento e fonte de inspiração para o legislador (este sim o verdadeiro protagonista). Ao Judiciário não era reconhecido o papel de guarda da Constituição e os direitos fundamentais só tinham valor quando amparados pelo direito posto, ainda que a teoria do direito já vinha ensaiando a desconstrução do Direito elaborado pelas Casas Legislativas e apostando no Judiciário como referência maior não só da aplicação do Direito mas, sobretudo, na construção dele, o que aliás já havia sido apontado por Nicola Picardi, o qual, no capítulo primeiro da obra **Jurisdição e Processo**¹⁸, aponta que o

século XXI é vocacionado para a jurisdição, e que para Savigny o século XIX foi vocacionado para a legislação, apresentando-se a técnica da elaboração de leis por meio de códigos como sendo a melhor para um país, apesar da célebre batalha acadêmica que travou com Thibaut, o qual era a favor de que a Alemanha elaborasse, o quanto antes, um código civil. Savigny não era propriamente contra um código civil para a Alemanha, mas sim que aquele momento histórico por que passava o país não era propício. Picardi aduz, ainda, que nos fins dos anos 30, do século passado, Mariano D'Amelio retoma essa idéia da necessidade de codificar as leis e que nos anos 70, do mesmo século, Natalino Irti, na obra “L'età della decodificazione”, fala que a técnica legislativa mais apropriada é a decodificação¹⁹

¹⁸ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-32.

¹⁹ MAGALHÃES, Joseli Lima. Técnica normativa estrutural das decisões no Estado Democrático de Direito. In *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPRO)*. Belo Horizonte: Forum, Ano 15, n. 59, jul./set. 2007, p. 124.

Era necessário, contudo, abandonar as velhas ideias a impedir que erros do passado fossem repetidos no futuro, e neste contexto uma nova forma de pensar o direito chamada “Neoconstitucionalismo” surgiu na Europa²⁰.

Costumam-se apontar como transformações trazidas por este movimento, as seguintes:²¹ a) aproximação entre Direito e Moral; b) reconhecimento da força normativa da Constituição; c) desenvolvimento de uma teoria dos princípios, que passaram a ter status de norma jurídica; d) consagração de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição; e) constitucionalização do Direito; f) transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento da insuficiência dos tradicionais critérios de interpretação constitucional e o surgimento de novos; g) afirmação do papel criativo do juiz na aplicação do direito e, por fim, h) a expansão da jurisdição constitucional.

Todas estas mudanças só ocorreriam no Brasil anos mais tarde, precisamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988²². Autoproclamada Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), a República Federativa do Brasil previu, em sua Lei Maior, um extenso catálogo de direitos fundamentais e fortaleceu sobremaneira a jurisdição constitucional²³. Tem-se que afastar a concepção de que, com a instalação da Assembleia do Poder Constituinte Originário, funda-se nova ordem constitucional compatível com as transformações do cenário jurídico pelo exercício da livre vontade do legislador constituinte como agente naturalmente capaz de criar normas jurídicas, quando se sabe por continuadas pesquisas que os

resquícios do poder constituinte originário é que nos remetem, em planos históricos mais remotos, ao horizonte mítico, tradicional e utópico dos atualmente chamados direitos materiais (maternais) surgidos de poderes, juízos ordálicos, simulacros, forças onipotentes, vontades coletivas naturais e de sistemas normativos de fundo organicista, num sincretismo fundante (ativação) de uma imaginária maternidade (matricialidade) normativa em que os pontos jurídicos se operam num total anonimato que ganha nome, nas metáforas criticistas e sociologistas, de liberdade de pensamento e de “relações humanas e sociais” a criarem uma pauta primordial de

²⁰ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009, p. 06-07.

²¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009, p. 03-14.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, 2005, p. 03.

²³ Na visão do processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal, o termo “jurisdição constitucional” constitui verdadeiro pleonasmo, porquanto toda jurisdição é constitucional se realmente estiver inserida em um estado tido democrático de direito. Ao que parece, a expressão ganhou muita força principalmente a partir dos anos 90, podendo até mesmo ser considerada um fetiche quando são abordados conteúdos constitucionais relacionados à jurisdição, uma espécie de distinguir da “outra jurisdição – a não constitucional – como se se pudesse realmente ser feita esta “separação”.

direitos a ser recebida, como adequada, por uma suposta sociedade política ou transmitida em forma de leis parlamentarizadas para o povo praticar e cumprir²⁴.

O poder constituinte pela suposta livre vontade do legislador é mítico, tópico-retórico, autocrático, possibilitando infinitas interpretações do sentido das normas produzidas pela livre e exclusiva escolha da autoridade decisora, tendo em vista a ausência de uma teoria processual da lei em sua base construtiva que ensejasse a todos igual direito fundamental de interpretação à caracterização de uma democracia jurídica contemporânea identificadora do Estado Constitucionalizado de Direito Democrático em concepções neoinstitucionalistas.

O pior de tudo é que o Neoprocessualismo, entendido como “o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico”²⁵, se adequa perfeitamente a este ambiente nefasto de supervalorização do Judiciário, agora atrelado (e o que é pior ainda) aos comandos dos principais institutos constitucionalizados, o que acaba por imprimir um grau de maior legitimidade e probabilidade menor de ser combatido. Se não bastasse isto, ainda se concebe e se afirma que o “direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, serve, atende e volta-se para a concretização do direito material”²⁶, sendo que aquele é quem concretiza este, e “se deixa influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nessa perspectiva, o direito processual civil desempenha a finalidade de instrumento do direito material”²⁷. No fundo, estas concepções dogmáticas de apontar o direito processual em uma escala de dependência e de inferioridade frente ao direito material infelizmente ainda é a dominante, quando se sabe que, pela teoria neoinstitucionalista do processo

a norma de processo é precedente-originária e legiferativa (criadora) do ainda apelidado direito material que só se constitui de conteúdos institutivos do ser, ter e haver, pela teoria lingüística do discurso processual, não se limitando, como querem os antigos juristas, aos significados do proceder para conduzir e aplicar o material direito material pela atividade judicial (judicacional) dos juízes. A teoria da norma no direito processual democrático não acolhe uma deontologia prescritiva imanente, porque o devido da norma é posto no devir de seus enunciados criativos (princiologia do processo) como direitos fundamentais de conjectura e refutação sobre as causas, efeitos e riscos, dos atos a serem juridicamente criados quanto à

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do Poder Constituinte Originário. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, p. 296.

²⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 55.

²⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 96.

²⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 96.

preservação continuada da discursividade jurídico processual de vida, liberdade e dignidade humanas²⁸.

A par desta crescente constitucionalização do direito (e do processo) sem que se tenha ainda auferidos ganhos sistêmicos ou mesmo dogmáticos a respeito do poder e função da instalação da Assembleia Constituinte originária, passando-se a ideia de que tudo pode e que tudo agrega, não se pode deixar de serem mencionados os aspectos e resultados pragmáticos desta mesma neoconstitucionalização – como deve ocorrer a interpretação constitucional destes novos direitos galgados a nível constitucional.

Em obra de poucas páginas mas de envergadura profunda, o saudoso professor José Alfredo de Oliveira Baracho, ao tratar no capítulo 5 da Jurisdição Constitucional e Poder Judiciário, aponta que a interpretação constitucional tem passado por diversas modificações, havendo indagações a respeito dos postulados da teoria da interpretação nas seguintes questões:

- a) Deve-se esperar que os juízes permaneçam dentro dos limites da Constituição, para cuja interpretação foram designados?
- b) Existem métodos de aproximação ao texto constitucional que nos permitam distinguir entre a interpretação legítima e a invenção pura e simples?
- c) Podem-se reconhecer os casos em que um juiz, excedendo-se dos limites assinalados na primeira questão, acabou “criando”, em lugar de interpretar?²⁹

Estes questionamentos científicos realizados por Baracho, já no ano de 1995, e até hoje ainda não solucionados, demonstram mais do que nunca o quanto se apresenta conflituosa a temática, no sentido de ainda não se ter uma definição, ainda que relativamente precisa, a respeito dos poderes do juiz na atividade interpretativa, fortemente ligado ao aspecto decisional. O Neoconstitucionalismo e, na esteira deste, o Neoprocessualismo tentaram à moda das teorias dominantes do pós segunda guerra mundial, ora diminuir esta elasticidade interpretativa, ora até mesmo aumentá-la, mas de forma estratégica sem que os jurisdicionados ou mesmo os legisladores percebam. Para isso, há algumas décadas antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, foi instituído (na Europa e, depois, com relativa penetração na América Latina) o conhecido *modelo constitucional do processo civil*, o qual, na visão de Baracho, apresenta certas características:

²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do Poder Constituinte Originário. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, p. 296-297.

²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 58.

- a) na expansividade: consiste no reconhecimento da posição primeira da norma constitucional, tendo em vista a hierarquia da fisionomia condicionada do singular procedimento jurisdicional, estabelecido pelo legislador ordinário, que deverá ser compatível com o modelo constitucional;
- b) na variabilidade: assume forma diversa, dentro da adequação ao modelo constitucional, inspirador e determinador da obra do legislador ordinário;
- c) na perfeitabilidade: designa sua idoneidade, com o aperfeiçoamento da legislação subconstitucional, que demanda conseguir um objetivo particular³⁰.

A grande questão é que o modelo constitucional do processo presente no Brasil endereçou à Suprema Corte a palavra última de interpretar e dizer o direito, o que acabou gerando a aplicabilidade das próprias concepções pragmáticas do direito, da implantação cada vez mais premente do realismo jurídico, como teoria muito forte junto à dogmática e cultura jurídica a partir dos anos 90, aumentando-se, via de consequência, os poderes dos magistrados, em especial dos ministros do STF, ainda que se saiba que deve haver obediência ao clássico mas sempre atual preceito romano *quaestio jûris/quaestio facti*, na medida em que

Interpretação, integração e aplicação do Direito são tarefas técnicas de agregação afetiva de elementos fáticos ao contexto normativo, por isso que a individualização executada na atividade jurisdicional nos conduz a salientar que só há, a rigor, um método jurídico específico de construção e realização do Direito, aquele por meio do qual se opera a subsunção³¹.

Imbuído desse espírito, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe no art. 1º, que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”³², incluindo uma perigosa metalinguagem – o que é valor – porquanto traz em si um alto grau de subjetividade na própria expressão. Para Welder Queiroz dos Santos, a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito pela Constituição influencia na maneira pelo qual o processo deve se desenvolver. Se é função do “Poder Judiciário interpretar e aplicar o direito à luz da Constituição, bem como criar a norma jurídica para o caso concreto, nada mais justo que o próprio processo judicial, como método de atuação estatal, também seja um ambiente democrático”³³, sendo que esse ambiente democrático é garantido através dos princípios do devido processo legal e do contraditório.

³⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 58.

³¹ MATTA, Emmanuel. *O realismo da teoria pura do direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994, p. 24.

³² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

³³ SANTOS, Welder de Queiroz dos. *Direito Processual Civil: Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

Mas não basta isto, certamente o mais importante é saber medrar as próprias normas jurídicas, sejam constitucionais ou não, sejam ou não processuais ou materiais. Neste ponto, apresenta-se importante o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da CF; art. 11 do CPC), também encarado pela dogmática como garantia e direito fundamental do jurisdicionado, sendo uma exigência do Estado de Direito³⁴. O princípio da fundamentação das decisões judiciais guarda forte conectividade com o princípio do contraditório e, conseqüentemente, com o princípio do devido processo legal – o primeiro é corolário do segundo³⁵.

Jordi Ferrer Beltrán³⁶, ao questionar o que significa a palavra “motivar”, afirma que a resposta depende do tipo de concepção de motivação que se adota. De acordo com a concepção psicológica, a motivação consiste na simples exposição dos motivos que levaram à decisão; já para a concepção racionalista, uma decisão motivada é aquela que expressa as razões que a embasam, isto é, que a justificam. Embora possam parecer sinônimas, as duas concepções de motivação não se confundem.

A concepção psicológica se baseia em enunciados linguísticos descritivos que não são capazes de justificar uma decisão judicial, pois a justificação pertence ao âmbito normativo e não é possível basear uma conclusão jurisdicional em enunciados descritivos. A enunciação dos motivos do decidir pode, no máximo, levar o leitor a entender o que levou o juiz a pensar de determinada forma, mas nada acrescentará para fins de justificação da decisão. Jordi Ferrer Beltrán critica esta aceção de motivação ao argumento de que existem inúmeros fatores que podem influenciar o julgador no momento final (posicionamento político, religião, pressão da mídia, por exemplo), afirmando que não entende muito bem qual seria a relevância social e jurídica de expor numa decisão tais motivos, além de que o conhecimento dos motivos que levaram à decisão é parcialmente inacessível até mesmo para

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK. Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: SARAIVA/ALMEDINA, 2013, p. 520.

³⁵ “É esta a conexão existente entre o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Primeiro tem que acontecer em um espaço democrático, não pode ser um espaço nu; segundo, as partes, na preparação para a formação do provimento final, devem estar investidas de poderes tais que não haja disparidade entre elas, o que implica na aplicação de princípios como o contraditório, ampla defesa, isonomia, direito de advogado; terceiro, o magistrado não pode formar seu juízo arbitrariamente (a decisão tem que ser construída pelas partes); por fim, esta decisão precisa ser fundamentada exatamente tomando como esteio as questões suscitadas pelas próprias partes no desenvolvimento do processo, entendido este como o procedimento realizando-se ‘em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”’. (MAGALHÃES, Joseli Lima. A fundamentação das decisões jurisdicionais e suas relações com o contraditório: da origem à presença marcante no novo CPC. *In O processo e os impasses da legalidade*. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 41-42).

³⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, n. 34, p. 87-107, 2011, p. 02.

o próprio juiz da causa, já que muitas vezes só temos condições de identificar e descrever a ponta do *iceberg* das circunstâncias que nos levam a acreditar em algo³⁷.

Já a concepção racionalista entende que fundamentar uma decisão judicial é justificá-la, ou seja, apontar as razões do julgamento de forma analítica, expressando-as através da linguagem na sentença (não basta que um julgado esteja baseado em motivos adequados e suficientes, sendo necessário, também, que tais motivos estejam expressos e devidamente analisados no corpo do *decisum*). Afirma-se que uma decisão judicial está motivada quando ela decorre logicamente das premissas fáticas (fatos da causa) e normativas (normas aplicáveis) levantadas e formuladas durante todo o julgamento³⁸.

Tradicionalmente afirma-se³⁹ que é na fundamentação da decisão o lugar em que o juiz lança as bases do raciocínio jurídico perfilhado, onde são analisadas as questões de admissibilidade e de mérito, bem como as questões de fato e de direito, sendo um escudo contra possíveis arbitrariedades. O importante é que a motivação seja racional, isto é, pautada nas regras do raciocínio jurídico, não devendo ser confundida com um simples cálculo matemático, mas sim como a proibição de um discurso vago, meramente retórico e fruto da adivinhação.

Lênio Streck e Igor Raatz enxergam o dever de fundamentação das decisões como uma decorrência direta e inafastável do princípio do contraditório (direito de influência e participação efetiva e real), só podendo-se falar numa fundamentação “completa” e que atenda ao disposto nos artigos 10 e 489, §1º, do CPC, quando a decisão explicita os motivos pelos quais o julgador recusou e desconsiderou os argumentos trazidos pelas partes no bojo do processo. Nesse ponto, os juristas chamam a atenção para o fato de que defender uma fundamentação “completa” não significa compreender o fenômeno da fundamentação de maneira “forte”, isto é, da maneira como realmente deve ser e acontecer, sendo que muitos estudiosos entendem o dever de fundamentação de uma maneira “fraca”, repartindo o momento da fundamentação e da decisão, como se fossem coisas diferentes⁴⁰. Para os partidários da concepção “fraca”, fundamentar é simplesmente apontar justificativas racionais para a decisão judicial, de forma que o magistrado primeiro decide e apenas depois procura os

³⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, n. 34, p. 87-107, 2011, p. 03.

³⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, n. 34, p. 87-107, 2011, p. 04.

³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 320.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 160-179, 2017. p. 04-10.

fundamentos que sejam mais adequados para embasar de alguma forma a sua conclusão, estando sujeito ao encobrimento dos reais motivos do seu posicionamento.

Os autores⁴¹ advogam, entretanto, a tese da fundamentação “forte”, por acreditarem não ser possível separar o momento decisório do momento da fundamentação, posto que o segundo é pressuposto para o primeiro: o julgador somente deve decidir quando já encontrou o fundamento. De fato, a fundamentação no sentido “fraco” confunde o fundamentar com o justificar e dá margem ao arbítrio e ao subjetivismo, pois permite que o magistrado faça escolhas que podem ser justificadas racionalmente, enquanto a fundamentação no sentido “forte” seria a fundamentação por excelência, uma vez que o magistrado, em contato com as circunstâncias da causa e com todo o arcabouço normativo do sistema, se deixa ser influenciado e permite que o fundamento aplicável ao caso floresça e apareça. O fundamento é preexistente à decisão, sendo antecipado ao julgado, existindo uma resposta correta para cada caso, em respeito ao princípio da integridade previsto no art. 926 do CPC.

Na lição de Michele Taruffo⁴², o dever de fundamentação das decisões judiciais deve ser visto como uma garantia de controle democrático da Justiça, na medida em que os pronunciamentos judiciais são proferidos, em última análise, em nome do povo. Além de uma função endoprocessual, dirigida às partes, aos advogados e aos órgãos de apreciação superior, a motivação possui uma função extraprocessual, dirigida à opinião pública.

O dever de fundamentação das decisões jurisdicionais não é uma temática apenas inerente ao Neoconstitucionalismo, ainda que se saiba que um houve um resgate epistemológico da teoria do direito em relação ao direito processual de sempre serem buscados elementos mais teleológicos quando da justificativa de decisões, contudo a própria teoria do processo se orienta no sentido de diminuir esta janela interpretativa de subjetividade, não é à toa que o novo CPC apresenta situações concretas quando não é considerada fundamentada a decisão e, portanto, considerada nula. Já é um avanço, ainda que se saiba que, pragmaticamente, nem sempre estas diretrizes teóricas são respeitadas.

A abertura e indeterminação dos textos normativos somada à expansão da jurisdição constitucional contribuíram para que o dever de motivação adequado ficasse em segundo plano, pois “normas de caráter genérico destinadas a iluminar o caminho do

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 160-179, 2017. p. 04-10.

⁴² TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 355-356.

aplicador do direito e a indicar os rumos a serem seguidos foram confundidas com portais de abertura para a discricionariedade”⁴³. Na mesma linha, Daniel Sarmento explica que a euforia com os princípios e o descuido quanto ao dever de fundamentação vem desencadeando “decisionismos” judiciais, o que agride valores perseguidos pelo Estado Democrático de Direito⁴⁴.

No intuito de contornar essa realidade, como dito, o legislador previu, nos §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC, hipóteses em que as decisões judiciais são consideradas não fundamentadas, tornando mais palpável o dever de fundamentação insculpido no art. 93, inciso IX, da CF. Até o advento do novo CPC, não existiam “requisitos mínimos para se averiguar se uma decisão judicial estava fundamentada, o que resultava em insegurança jurídica, posto que o órgão julgador poderia deliberar com ampla discricionariedade, sendo uma afronta a democracia”⁴⁵.

O rol do referido dispositivo não é taxativo, havendo outras hipóteses, dentro do Código e fora dele, em que uma decisão é considerada não fundamentada. Se a ideia é fortalecer o compromisso com a Constituição, nada impede que o legislador se comprometa ainda mais com este dever. Foi o que aconteceu com a Lei nº 13.655/2018, que inseriu o art. 20 na LINDB e impôs ao órgão julgador (não importa se jurisdicional, administrativo ou controlador) o dever de observar as consequências práticas da decisão quando pretender tomá-la com base em valores jurídicos abstratos, sob pena de a decisão ser havida por não fundamentada⁴⁶.

O art. 20 da LINDB dá início ao postulado hermenêutico do pragmatismo, “segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoraçãoe da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto”⁴⁷. A proeminência do dispositivo está não apenas na parte em que ele exige que as consequências sejam consideradas como também na parte em que ele exige que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar até elas. Agora,

⁴³ HELLMAN, Renê Francisco. Sobre como será difícil julgar com o novo código de processo civil (PLC 8.046/2010). *Revista de Processo*. v. 239, n. 2015, p. 97-103, 2015, p. 04.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; DA FONSECA, Juscelino Pires. Fundamentação da decisão judicial no Código de Processo Civil. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 4, n. 25, p. 413-426, 2020, p. 04.

⁴⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, p. 99-120, 2019.

⁴⁷ DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, R. A. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019, p. 08.

além de pensar nos possíveis sentidos que podem ser extraídos do texto normativo, o julgador deve cogitar as consequências práticas que cada um desses sentidos pode gerar.

De modo geral, a intenção do dispositivo foi continuar o projeto já iniciado pelo novo CPC, no sentido de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade ao sistema, ainda que para isto se aposte, com de fato tem ocorrido, na figura do magistrado como elemento central do processo, colocando, muitas vezes, os demais sujeitos do processo como verdadeiros protagonistas desta relação.

4. A FORTE PRESENÇA DO PRAGMATISMO JURÍDICO JUNTO AO ART. 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E SEU CARÁTER ESTRATÉGICO

Entretanto, colocar as consequências como o centro do processo decisório pode favorecer a ocorrência de vícios de leitura pelo intérprete, pois este passa a não interpretar o texto em abstrato, mas sim sob as lentes da consequência por ele considerada ideal. Dessa maneira, incide-se no mesmo erro de outrora: decisões subjetivistas, que dificultam ou inviabilizam o controle, descreditando o Judiciário. Além disso, qual seria o limite dessa cadeia consequências? O critério de escolha não seria variável de sujeito para sujeito, a depender de suas convicções pessoais?

Vale lembrar, igualmente, que as partes não estão preocupadas com os possíveis impactos da decisão na comunidade, mas sim em sua própria esfera jurídica. Colocar os interesses do sistema em primeiro lugar, em razão das possíveis e indesejáveis consequências práticas da decisão, pode fazer com que o processo não atinja o seu escopo social, traduzido pela pacificação social do conflito.⁴⁸ De fato, “os escopos sociais relacionam-se intimamente com a ideia de justiça, de paz social, de apaziguação, de permitir aos cidadãos e à sociedade como um todo as fruições garantidas desde o plano do direito material”.⁴⁹

Do mesmo modo, ao enxergarem a legislação e os precedentes apenas como uma diretriz, isto é, como algo que não deve ser necessariamente seguido, os pragmáticos correm o risco de proferirem decisões contra direitos fundamentais, violando os princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica, acaso considerem ser melhor evitar as consequências indesejáveis do que realizar o direito constitucionalmente assegurado ou

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 101.

mesmo preservar a estabilidade, a coerência e a integridade da jurisprudência (arts. 926 e 927 do CPC).

Cogita-se, também, num conflito normativo entre o art. 20 da LINDB e o art. 371 do CPC, na medida em que aquele impõe ao magistrado a consideração de consequências que ainda não ocorreram e podem não ocorrer, ao passo que este determina que o juiz trabalhe somente com as provas já produzidas e que constem dos autos do processo. Ora, como fazer prova de algo que ainda não aconteceu? Mesmo que o juiz leve ao conhecimento das partes as consequências por ele vislumbradas, a fim de garantir o contraditório e evitar a decisão surpresa (art. 10 CPC), como podem aquelas convencer o julgador de que tais consequências não irão se efetivar se elas ainda nem existem no mundo real? Neste ponto, vale lembrar da regra da congruência (arts. 191 e 492 do CPC), pois a decisão que é proferida com base em fundamento de fato não trazido pelas partes ou não levado ao conhecimento delas pode ser considerada *extra petita* ou *ultra petita*, a depender do caso, sendo passível de anulação por *error in procedendo*.⁵⁰ Enfim, nos termos do que dispõe o art. 371 do CPC, é possível julgar com base em possibilidades?

Ademais, o dever de considerar as consequências práticas da decisão pode consistir em empecilho à duração razoável do processo e ao acesso à justiça, já que tornaria o trabalho do juiz mais dificultoso e demorado, contribuindo para agravar a crise de efetividade do Judiciário brasileiro. Vale lembrar da relação de complementariedade que existe entre o direito material e o direito processual, na medida em que aquele, quando impedido de realizar-se por si mesmo, necessita deste para ser concretizado. Considerando que a CF comina pena de nulidade às decisões não fundamentadas (art. 93, inciso IX), é preciso que os julgadores motivem suas decisões seguindo as determinações constitucionais e processuais caso não desejem inviabilizar ou mesmo retardar a realização do direito. De fato, para muitos doutrinadores, decisão não fundamentada é decisão inválida (e não inexistente), passível, inclusive, de ação rescisória.

Por fim, não custa lembrar que pensar em resultados e soluções para a sociedade normalmente é função típica do Executivo e Legislativo, instâncias de poder democraticamente eleitas e formadas por pessoas com experiência e *know how* na gestão da coisa pública, e não do Judiciário, conforme preconiza o princípio da separação dos poderes. Vê-se, portanto, como a aplicação do art. 20 da LINDB pode se mostrar difícil e problemática

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225.

no cotidiano forense. O desencontro entre o dispositivo e o ordenamento jurídico brasileiro lança dúvidas sobre a sua constitucionalidade. Na prática, o juiz acaba se tornando um verdadeiro “adivinhador”.

Não foi outro o motivo que levou José Vicente Santos de Mendonça, em ensaio crítico sobre a inovação legislativa, a apontar três possíveis caminhos na aplicação do art. 20 da LINDB. No primeiro, há otimismo, ou seja, o dispositivo será bem recepcionado e totalmente aplicado, transformando a atuação administrativa e judicial. Todavia, esse futuro é muito improvável, em virtude de todos os problemas e dificuldades que rodeiam o dispositivo. O segundo é o emprego desleal do texto normativo. Isso porque a fundamentação adequada dos julgados acabaria por diminuir o poder das autoridades e fortalecer o poder do povo, não sendo interessante para quem está no poder. Por fim, o terceiro seria um meio- termo entre os dois primeiros, na medida em que representa uma sinalização de mudança na forma de fundamentar as decisões, um começo de transformação de tradição⁵¹.

Todos estes aspectos, contudo, levam à certeza de que foram construídos estrategicamente com o escólio de serem mantidos, ou até mesmo aumentados, os poderes do magistrado não só quando da sua atividade de dizer o direito no caso concreto, mas como verdadeira política legislativa, em contramão ao contemporâneo disciplinamento processual dominantes nos países europeus, onde o processo é cada vez mais visto em uma situação de co-participação onde as partes participam, inclusive, em simétrica paridade à construção do provimento final (Élio Fazzalari).

5. CONCLUSÃO

O art. 20 da LINDB possibilitou a implementação, cada vez mais premente, do pragmatismo jurídico no Brasil. Se antes a teoria era mencionada de forma isolada por magistrados, na comunidade acadêmica universitária ou mesmo por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, ou podia ser vista como pano de fundo em alguns dispositivos normativos⁵², atualmente, ela vem tratada em lei, devendo ser observada por todos aqueles a

⁵¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 02-04.

⁵² Na lei, menciona-se a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, conforme art. 27 da Lei nº 9.868/99 (GABARDO, Emerson; DE SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, n. 81, p. 97-124, 2020. p. 09). No Supremo Tribunal Federal – STF, alguns ministros já haviam feito menção expressa a essa doutrina, a exemplo

quem se dirige, tornando-se, pois, aspecto determinante de política legislativa a ser implementada no estado democrático de direito.

O dimensionamento e a implementação do pragmatismo no Brasil não ficou imune a críticas. Ao colocar as consequências das decisões como centro do processo decisório, propiciou favorecer a ocorrência de vícios interpretativos. Do mesmo modo, ao enxergarem a legislação e os precedentes apenas como uma diretriz, isto é, como algo que não deve ser necessariamente seguido, os pragmáticos correm o risco de serem proferidas decisões na contramão dos direitos fundamentais. Cogita-se, também, num conflito entre o art. 20 da LINDB e o art. 371 do CPC e no risco de agravamento da crise de efetividade no Judiciário brasileiro.

Toda essa neblina ao redor do art. 20 da LINDB, inspirado na controversa doutrina do pragmatismo judicial, evidencia a importância na investigação do tema, em conformidade com os dispositivos da CF e do CPC, afinal, estando a lei em vigor, deve ser cumprida até que o Judiciário a declare inconstitucional ou até que o Legislativo a modifique ou revogue. Enquanto isso não ocorrer, estudos e pesquisas acadêmicos acerca do dispositivo legal se mostram como o melhor caminho para orientação dos aplicadores do direito e, para tanto, será levado em consideração a doutrina do pragmatismo jurídico, não apenas capitaneada por Richard Posner, mas também pelos adeptos da escola realista do direito, a qual tanto tem influenciado na construção do direito teórico/dogmático com fortes conotações no dia a dia forense.

Todos estes elementos identificadores da presença cada vez mais marcante do pragmatismo na cultura jurídica nacional, em especial a construção do citado art. 20 da LINDB, associado recentemente à filtragem constitucional da recente modificação presente no ambiente do Recurso Especial, onde cada vez mais são apresentados elementos obstaculativos à apreciação deste recurso pelo STJ, e igualmente com a introdução legislativa dos Precedentes no CPC atual e, ainda, da já sedimentada presença do instituto das Súmulas Vinculantes (EC/45), apenas para citar estes exemplos dentre tantos construídos ou pelos

do voto do ministro Luís Roberto Barroso no RE 635.659, no qual se discutia a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio (BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Recurso Extraordinário 635.659. Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.) e o discurso de posse do ministro Fux como Presidente do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 set. 2020. 36 p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/discurso-posse-fux-stf.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021).

legisladores ou mesmo pela atividade jurisdicional de dizer o direito no caso concreto, apontam a forte presença do pragmatismo no país, cujo movimento não é inerente apenas ao Direito, mas também se verifica na cultura, na religião, na política, nos esportes e na economia, entre outros, a demonstrar, de fato, que o Estado Democrático de Direito precisa conviver e superar muitos obstáculos a ele direcionados com o escólio de solucionar os inúmeros e cada vez mais conflitos existentes em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania*: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Recurso Extraordinário 635.659. Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, 2005.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, n. 34, p. 87-107, 2011.
- CANOTILHO, J.J Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK. Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, R. A. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GABARDO, Emerson; DE SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 81, p. 97-124, 2020.
- HART, Herbert L. A.. *O Conceito de Direito*. 2ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HELLMAN, Renê Francisco. Sobre como será difícil julgar com o novo código de processo civil (PLC 8.046/2010). *Revista de Processo*. v. 239, n. 2015, p. 97-103, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do Poder Constituinte Originário. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008.

MAGALHÃES, Joseli Lima. A fundamentação das decisões jurisdicionais e suas relações com o contraditório: da origem à presença marcante no novo CPC. In *O processo e os impasses da legalidade*. Teresina: EDUFPI, 2018.

MAGALHÃES, Joseli Lima. O ativismo judicial como mecanismo de decisionismo à luz do Estado Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXVIII, n. 121, p. 181-200, mar./2011.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Técnica normativa estrutural das decisões no Estado Democrático de Direito. In *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPRO)*. Belo Horizonte: Forum, Ano 15, n. 59, jul./set. 2007, p. 124-140.

MATTA, Emmanuel. *O realismo da teoria pura do direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia; DA FONSECA, Juscelino Pires. Fundamentação da decisão judicial no Código de Processo Civil. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 4, n. 25, p. 413-426, 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 02-04.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, p. 99-120, 2019.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SANTOS, Welder de Queiroz dos. *Direito Processual Civil: Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 160-179, 2017.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

Submetido em 10.07.2022

Aceito em 10.12.2022