

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CICERO ALBERTO MENDES FERREIRA

**A FILOSOFIA JURÍDICO-PRAGMÁTICA COMO FUNDAMENTO PARA UMA
TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL**

Maceió-AL

2017

CICERO ALBERTO MENDES FERREIRA

**A FILOSOFIA JURÍDICO-PRAGMÁTICA COMO FUNDAMENTO PARA UMA
TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas, da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Elaine Cristina
Pimentel Costa

Coorientador: Prof. Dr. Adrualdo de Lima
Catão

Maceió/AL

2017

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

F383f Ferreira, Cícero Alberto Mendes.
 A filosofia jurídico-pragmática como fundamento para uma teoria do
 precedente judicial / Cícero Alberto Mendes Ferreira. ó 2017.
 157 f.

Orientadora: Elaine Cristina Pimentel Costa.
Coorientador: Adrualdo de Lima Catão
Dissertação (mestrado em Direito) ó Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Maceió, 2017.

Bibliografia: f. 151-159.

1. Direito ó Filosofia. 2. Pragmatismo. 3. Precedente judicial ó Teoria.
4. Abdução (Direito). I. Título.

CDU: 340.12



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



CÍCERO ALBERTO MENDES FERREIRA

“A FILOSOFIA JURÍDICO-PRAGMÁTICA COMO FUNDAMENTO PARA UMA TEORIA DO
PRECEDENTE JUDICIAL”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. ELAINE CRISTINA PIMENTEL COSTA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu
o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: aprovado - nota: 9,0 Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Julgamento: Aprovado (9,0) Assinatura: [Assinatura]

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas (UFPB)

Julgamento: Aprovado - nota 9,0 Assinatura: [Assinatura]

Maceió, 26 de maio de 2017.

Dedicado a Matheus e Nice pela compreensão e apoio incondicionais...

Filho, meu bem, amo vocês!

A família perfeita...

AGRADECIMENTOS

À Prof.^a Dr.^a Elaine Cristina Pimentel Costa, por ter me acolhido como seu orientando e me prestado todo o auxílio necessário para a conclusão do presente trabalho, superando todas as adversidades e contribuindo imensamente ao desenvolvimento da pesquisa agora apresentada. Obrigado pela paciência e pelo grande apoio!

Ao Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão, por desde o curso de Graduação sempre se fazer grande incentivador da pesquisa acadêmica, comprometido com o aprimoramento técnico e com o rigor da abordagem teórica no âmbito Ciência do Direito, sem jamais deixar de prestar o necessário apoio e orientação ao discente.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL –, pela grande contribuição ao desenvolvimento do presente trabalho ao longo de todo o curso.

Ao meu irmão, Dagoberto, grande companheiro, à Bia, Claudia e Claudiana, minhas cunhadas, a Quitéria e Cícero Moura, meus sogros, a Flávio Simões, meu concunhado e grande amigo, à Lara, minha sobrinha, pelo grande apoio para a consecução desse objetivo. Muito obrigado, família linda!

Aos meus pais Sebastião e Arlete, pelo apoio incondicional em todos os momentos, pela dedicação, paciência, perseverança e por sempre continuarem acreditando. Os melhores pais que alguém poderia ter! Muito obrigado por tudo, sempre!

Aos grandes amigos de curso, da nossa Turma Hart, Alysson Souza, Bruna Valente, Carlos Aley, Denarcy Souza Jr., Erick Lucena, Estácio Luiz Neto, Luiz Roberto, Maria Juliana Dionísio, Nathalia Ribeiro, Raisa Carmo, Raul da Silva Jr., pelo companheirismo, pelos produtivos debates acadêmicos e pela construção de uma forte e especial amizade.

A Matheus e Nice, simplesmente, por tudo...

Em algum remoto recanto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da ‘história universal’: mas, no fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns respiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram de morrer. Alguém poderia, desse modo, inventar uma fábula e ainda assim não teria ilustrado suficientemente bem quão lastimável, quão sombrio e efêmero, quão sem rumo e sem motivo se destaca o intelecto humano no interior da natureza; houve eternidades em que ele não estava presente, quando ele tiver passado mais uma vez, nada terá ocorrido. Pois, para aquele intelecto, não há nenhuma missão ulterior que conduzisse para além da vida humana. Ele é, ao contrário, humano, sendo que apenas seu possuidor e gerador o toma de maneira tão patética, como se os eixos do mundo girassem nele. Mas se pudéssemos pôr-nos de acordo com o mosquito, aprenderíamos então que ele também flutua pelo ar com esse *pathos* e sente em si o centro esvoaçante deste mundo. Na natureza, não há nada tão ignóbil e insignificante que, com um pequeno sopro daquela força do conhecimento, não inflasse, de súbito como um saco; e assim como todo carregador de peso quer ter seu admirador, o mais orgulhoso dos homens, o filósofo, acredita ver por todos os lados os olhos do universo voltados telescopicamente na direção de seu agir e pensar.

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar, sob uma perspectiva pragmatista, a Teoria do Precedente Judicial, de modo a ponderar, em face da sistemática de observação dos precedentes judiciais inserida no arranjo jurídico-positivo brasileiro pelo novo Código de Processo Civil, acerca da estrutura inferencial idônea a estabelecer os fundamentos determinantes – *ratio decidendi* – de uma decisão jurídica capaz de distinguir-se parâmetro hermenêutico a ser tomado como ponto de partida em casos semelhantes posteriormente submetidos à apreciação do Poder Judiciário, nesse desiderato valendo-se da inferência abdutiva de Charles Sanders Peirce. O pragmatismo de Peirce, instrumentalizado pela abdução, é tomado como método de apreensão do direito sob um prisma antiessencialista, antifundacionalista e marcado pela contextualização da atividade interpretativa e mesmo da própria Teoria do Conhecimento, de sorte que as consequências práticas dos conceitos, ou seja, os efeitos sensivelmente verificáveis da utilização de uma ideia ante a necessidade de apresentação de soluções plausíveis para problemas reais, têm destacada relevância no âmbito do conhecimento jurídico, caracterizando a atividade do intérprete visando à atribuição de sentido ao direito em um contexto eminentemente criativo. Assim, a manifestação em sede de prestação jurisdicional visando à fixação do precedente judicial, considerada a partir do arcabouço filosófico pragmatista, caracterizar-se-ia a partir de uma inferência das consequências para as causas, promovendo a integração entre os contextos da descoberta e da justificação e entendendo a construção do conhecimento como decorrência de um *insight* criativo do sujeito cognoscente, implementado logicamente por meio do raciocínio abduutivo concebido no contexto da descoberta e justificado *a posteriori* – o que não indica uma precedência cronológica entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação, mas sim lógica, não obstante as manifestações em tais contextos sejam entendidas como expressões incindíveis no âmbito da Teoria do Conhecimento. Nesse sentido, o precedente identifica-se para além da concepção de parametrização da atuação do Poder Judiciário com arrimo na racionalidade e almejando um padrão de certeza conceitual fundado na ideia de estabilidade e coerência, identificada enquanto instrumento de consecução de um modelo de correção racional, pelo contrário, qualificando o conhecimento acerca do direito como uma expressão falível, veiculada a partir do levantamento de hipóteses verossímeis através da abdução, a observação do precedente judicial representa uma exigência prática de previsibilidade da atuação do Poder judiciário, sem com isso afastar-se do inexorável compromisso com a adequação dos conceitos aos objetivos sociais consolidados, sendo, outrossim, imprescindível o empreendimento de reiterados testes de falibilidade das referidas hipóteses conceituais ao paradigma sociopolítico, mesmo visando ao permanente aperfeiçoamento da própria ciência em uma sociedade aberta, plural e democrática.

Palavras-chave: Pragmatismo. Abdução. precedente judicial. Teoria do precedente judicial.

ABSTRACT

The present work has the scope to analyse, from a pragmatist perspective, the Judicial Precedent Theory, so as to consider, in the face of the systematic observation of judicial precedents inserted in the Brazilian legal-positive arrangement by the new Code of Civil Procedure, about the inferential structure that is capable of establishing the determinant foundations – *ratio decidendi* – of a juridical decision capable of distinguishing the hermeneutical parameter to be taken as a starting point in similar cases later submitted to the appreciation of the Judiciary, in this desideratum using the abductive inference of Charles Sanders Peirce. Peirce's pragmatism, manipulated by abduction, is taken as a method of apprehending law under an anti-essentialist, anti-foundationalist prism and marked by the contextualisation of the interpretive activity and even of the Theory of Knowledge, so that the practical consequences of concepts, the appreciable verifiable effects of the use of an idea in the face of the need to present plausible solutions to real problems have a relevant relevance in the juridical knowledge, characterizing the activity of the interpreter aiming at the attribution of meaning to the law in an eminent creative context. Thus, the manifestation in the jurisdictional provision aiming at the establishment of the judicial precedent, considered from the pragmatist philosophical framework, would be characterized by an inference of the consequences for the causes, promoting the integration between the contexts of discovery and Justifying and understanding the construction of knowledge as a result of a creative insight of the subject, logically implemented through abductive reasoning conceived in the context of discovery and justified posteriorly – which does not indicate a chronological precedence between the context of the discovery and the context of the justification, but rather logic, even though the manifestations in such contexts are understood as non-existent expressions within the scope of the Theory of Knowledge. In this sense, the precedent is identified in addition to the conception of parametrization of the Judiciary's performance with support in rationality and aiming for a conceptual certainty standard based on the idea of stability and coherence, identified as an instrument for the achievement of a rational correction model, on the contrary, by describing knowledge about law as a fallible expression, based on the assumption of credible hypotheses through abduction, the observation of the judicial precedent represents a practical requirement of predictability of the Judiciary, without departing from Inexorable commitment to the adequacy of the concepts to the consolidated social objectives, and it is also essential to undertake repeated tests of fallibility of the said conceptual hypotheses to the socio-political paradigm, even aiming at the permanent improvement of science itself in an open society. plural and democratic.

Keywords: Pragmatism. Abduction. Judicial precedent. Theory of judicial precedent.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | PRAGMATISMO JURÍDICO COMO MÉTODO DE ANÁLISE DO DIREITO | 15 |
| 2.1 | Uma filosofia da ação | 15 |
| 2.1.1 | A fixação da crença como instrumento balizador da ação..... | 19 |
| 2.2 | Acerca da falibilidade dos conceitos (ou por uma Teoria do Conhecimento não comprometida com a verdade) | 22 |
| 2.2.1 | A proposta pragmatista de superação do dualismo conceitual do racionalismo tradicional..... | 24 |
| 2.3 | Verossimilhança e abdução: a construção do conhecimento como uma inferência criativa | 27 |
| 2.4 | Pragmatismo jurídico e decisão jurídica | 34 |
| 2.4.1 | A distinção epistemológica entre ser e dever ser ante a perspectiva do pragmatismo jurídico..... | 35 |
| 2.4.2 | A decisão jurídica como uma manifestação antiessencialista..... | 38 |
| 2.4.3 | Decisão jurídica e vinculação aos precedentes..... | 46 |
| 3 | TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E CONSTRUÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> | 50 |
| 3.1 | Uma Teoria do Precedente Judicial pragmatista? | 50 |
| 3.2 | Conceitos fundamentais da Teoria do Precedente Judicial | 53 |
| 3.2.1 | <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> | 53 |
| 3.2.2 | A técnica de <i>distinguishing</i> como instrumento de aplicação prática do precedente judicial..... | 60 |
| 3.2.3 | Superação e readequação do precedente judicial: <i>overruling</i> e <i>overriding</i> | 63 |
| 3.3 | Os contextos da descoberta e da justificação e a construção da <i>ratio decidendi</i> na fixação do precedente judicial | 66 |
| 3.3.1 | A demarcação dos contextos da descoberta e da justificação no âmbito da Teoria do Conhecimento..... | 68 |
| 3.3.2 | Contexto da descoberta, abdução e <i>ratio decidendi</i> | 70 |
| 3.3.3 | A relação entre a abdução e o silogismo retórico do entimema..... | 73 |

| | | |
|------------|---|------------|
| 4 | PREVISIBILIDADE DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO DO PRECEDENTE JUDICIAL: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ABDUÇÃO PEIRCEANA NA NOVEL SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA..... | 78 |
| 4.1 | A fixação do precedente judicial como uma atividade racionalmente justificável..... | 80 |
| 4.2 | Pragmatismo e previsibilidade do direito: a relevância da inferência abduativa no âmbito da Teoria do Precedente Judicial..... | 92 |
| 4.2.1 | A ideia de estabilidade como uma necessidade prática de previsibilidade do direito..... | 93 |
| 4.2.2 | A fixação do precedente judicial como manifestação incindível do intérprete nos contextos da descoberta e da justificação..... | 95 |
| 4.2.3 | A contribuição da abdução para a fixação do precedente judicial..... | 99 |
| 5 | A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES COMO CORTES DE PRECEDENTES..... | 119 |
| 5.1 | Os tribunais superiores como cortes supremas no Brasil: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça como cortes de precedentes..... | 122 |
| 5.2 | A <i>ratio decidendi</i> como expressão de uma manifestação jurisdicional efetivamente colegiada no âmbito de uma corte de precedentes..... | 127 |
| 5.3 | Pragmatismo e a atuação das cortes de precedentes..... | 136 |
| 6 | CONCLUSÃO..... | 141 |
| | REFERÊNCIAS..... | 146 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de versar acerca da Teoria do Precedente Judicial, analisando o processo criativo empreendido em sede de prestação jurisdicional visando à fixação do precedente judicial a partir de uma perspectiva filosófica pragmatista.

A filosofia pragmatista será tomada como instrumento metodológico sob paradigma hermenêutico antiessencialista, marcado pela contextualização da atividade interpretativa quando da prestação jurisdicional, de sorte que os efeitos, ou seja, as consequências práticas dos conceitos, têm relevância determinante, caracterizando a atividade do intérprete em um ambiente eminentemente criativo.

Analisar-se-á a sistemática de observação obrigatória dos precedentes judiciais disciplinada pelo novo Código de Processo Civil¹, ponderando acerca das consequências práticas das definições conceituais prescritas, bem como suas possibilidades de consecução em face do estado de técnica acerca da matéria no âmbito da Teoria do Direito.

Para tal, tomar-se-á o pragmatismo como método de apreensão do direito, distinguindo-se uma perspectiva antifundacionalista, contextual e consequencialista, de modo a afastar da abordagem da Ciência do Direito a busca por certeza conceitual e estabelecendo uma concepção epistemológica comprometida com o levantamento de soluções tão-somente verossímeis para problemas jurídicos reais, que de forma contingente adequem-se às necessidades verificadas no tecido social.

Neste diapasão, considerar-se-á como problema a insuficiência dos tradicionais métodos indutivo e dedutivo, enquanto inferências lógicas, para estruturar a construção da *ratio decidendi* de uma dada decisão jurídica que se pretenda estabelecer como precedente judicial a ser observado em casos futuros semelhantes em sede de prestação jurisdicional e apresentar-se-á como hipótese que tal desiderato é satisfatoriamente alcançado por meio da inferência abduativa desenvolvida por Charles Sanders Peirce com arrimo nos estudos lógicos de Aristóteles nos Analíticos Anteriores, entendendo que as manifestações visando à atribuição de sentido ao direito caracterizam-se a partir do levantamento de hipóteses conceituais contextuais, em um processo criativo empreendido pelo sujeito cognoscente marcado por destacada preocupação com os efeitos práticos em longo prazo da adoção dos conceitos, afastando-se do ideal de certeza e correção racional e compreendendo a ciência, de

¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015.

modo geral e a Ciência do Direito, em particular, como um espaço de discussão que se caracteriza pela falibilidade do próprio conhecimento.

O pragmatismo é um movimento filosófico originariamente norte-americano, que sobremaneira influenciou o desenvolvimento daquele Estado ², o que não afasta a viabilidade de considerar seus pressupostos, destacadamente a proposta de superação de concepções eminentemente metafísicas acerca da verdade e da correção em sede de prestação jurisdicional no espectro jurídico brasileiro, sem que isso indique adoção irrefletida de teorias estrangeiras estabelecidas em contexto absolutamente diverso do verificado no Brasil. No presente trabalho, pelo contrário, pretende-se analisar, sobremaneira em face das modificações institucionais introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, as condições de possibilidade de se estabelecer um paradigma de comensurabilidade entre uma perspectiva filosófica voltada à ação humana, com destacado protagonismo do Poder Judiciário, e as condicionantes históricas, políticas e ideológicas, que, em conjunto, individualizam o arranjo sociopolítico local.

Enquanto grupo precursor do pragmatismo nos Estados Unidos da América, merece destaque o Clube Metafísico de Boston – composto por estudiosos como Charles Sanders Peirce, William James, Oliver Wendell Holmes Jr., John Dewey, etc. – que, não obstante a denominação, tinha o objetivo de afastar da Teoria do Conhecimento a abstração excessiva que predominava a época, empreendendo, metodologicamente, tentativa de analisar as questões então discutidas de forma ampla e contextualizada, estabelecendo novos fundamentos ao pensamento sociopolítico norte-americano. ³

O Clube Metafísico de Boston, destacando-se as figuras de Peirce, James, Holmes e Dewey, apresentou-se como uma contraposição cética ao aprofundamento filosófico em nível abstrato, o que não significa que o pragmatismo distinguisse uma escola filosófica, ou mesmo um segmento filosófico homogêneo, mesmo entre os pensadores componentes do Clube. Entretanto, verificam-se características comuns no âmbito de desenvolvimento das posições empreendidas pelo referido grupo, quais sejam, a concepção de contextualização do conhecimento filosófico, que assinala o caráter indissociável da relação entre a ação e suas consequências como fundamento basilar da inquirição científica, tendo como desiderato a solução de questões eminentemente práticas, afastando considerações ideológicas e

² BROWNE, George. **Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr.** Disponível em: <<http://www.browne.adv.br/publicacoes/filosofia/001.html>>. Acesso em: 16 fev. 2014. p. 1.

³ *Ibidem*, p. 3.

argumentos transcendentais, de sorte que o conhecimento não se distingue produto de contemplação racionalista, mas da experiência em inter-relação com o ambiente linguístico em que se faz inserto o sujeito cognoscente.⁴

Nesse sentido, as manifestações dos membros do Clube Metafísico de Boston visavam à superação de um paradigma metafísico no âmbito da Teoria do conhecimento, de modo que as explicações para os problemas reais verificados na sociedade se apresentassem como contextuais e, dessa forma, como juízos conceituais falíveis.

Assim, o pragmatismo propõe-se como uma perspectiva contrária a busca da verdade, enquanto padrão absoluto, imutável e infalível de descrição da realidade, como desiderato da Teoria do Conhecimento, caracterizando-se por destacado ceticismo epistemológico, que se aperfeiçoa na máxima pragmática de Peirce, em que os conceitos distinguem-se em face de sua utilidade prática e de que o conhecimento é proveniente de uma atividade criativa do sujeito, que para Peirce se aperfeiçoa por meio da abdução.

Nesse sentido, analisar-se-á em que medida o pragmatismo, através do raciocínio abduativo de Peirce, pode ser relevante no processo criativo de estabelecimento da *ratio decidendi* e, por conseguinte, de fixação do precedente judicial, entendendo a decisão jurídica como atividade criativa na qual o sujeito assume posição de destaque, haja vista que a interpretação, afastando-se da ideia de essência do direito, aperfeiçoa-se como produto da cultura e, nesse sentido, caracteriza-se eminentemente contextual.⁵

Desse modo, o presente trabalho será exposto em quatro capítulos subdivididos em itens, perseguindo a pretensão de analisar as condições de possibilidade da utilização da abdução de Peirce como inferência lógica adequada ao desenvolvimento da Teoria do Precedente Judicial, considerada sob uma perspectiva pragmatista do direito.

O primeiro capítulo estabelecerá o marco teórico do presente trabalho, distinguindo os pressupostos do pragmatismo filosófico, tomando como elemento central neste mister as manifestações de Charles Sanders Peirce acerca da Teoria do Conhecimento a partir da abdução e sua repercussão no direito de modo geral e, particularmente, no âmbito da decisão jurídica e da fixação do precedente judicial.

Nesse desiderato, pretende-se estabelecer o pragmatismo como uma filosofia da ação, em que a relevância dos conceitos distingue-se inexoravelmente relacionada à apresentação de soluções plausíveis para problemas verificados no mundo real, afastando-se do dualismo conceitual entre pensamento e existência, característico da filosofia racionalista tradicional e

⁴ *Ibidem.* p. 4-6.

⁵ CATÃO, Adualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: EdUFAL, 2007, p. 23.

propondo a construção do conhecimento como um processo criativo marcado pela falibilidade dos próprios conceitos.

No segundo capítulo discorrer-se-á acerca do estabelecimento da Teoria do Precedente Judicial enquanto teoria particular da Teoria Geral do Processo, delimitando conceitualmente seus elementos fundamentais em consonância com uma perspectiva epistemológica pragmatista e discutir-se-á o processo criativo incumbido de conceber a *ratio decidendi* de um precedente judicial por meio de uma inferência abduativa no contexto da descoberta.

No terceiro capítulo serão analisadas as possibilidades de aplicação de uma sistemática de vinculação obrigatória ao precedente judicial visando à previsibilidade no que diz respeito às manifestações do Poder Judiciário em sede de prestação jurisdicional, nos termos definidos pelo novo Código de Processo Civil, discutindo a adequação de um modelo teórico no qual a decisão jurídica é marcada por juízos de verossimilhança decorrentes do levantamento de hipóteses conceituais concebidas pelo intérprete no contexto da descoberta através do raciocínio pragmatista – abdução de Peirce –, de modo a superar a perspectiva de estabelecimento da decisão correta a partir de um processo de desenvolvimento da Ciência do Direito comprometido com a objetividade e a racionalidade conceituais, concebidas argumentativamente.

No quarto capítulo procurar-se-á, valendo-se do instrumental teórico pragmatista, analisar a função exercida pelos tribunais superiores – destacadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – enquanto cortes supremas, incumbidas de atuar como condutoras do processo de atribuição de sentido ao direito, vinculando os juízos inferiores à observação de suas decisões e, nesse sentido, atuando como cortes de precedentes.

Empreender-se-á uma análise das manifestações de cortes desse jaez visando à fixação do precedente judicial. Nesse sentido distinguindo a imprescindibilidade de que as decisões proferidas caracterizem-se como expressões efetivamente colegiadas no âmbito de tais órgãos jurisdicionais para que seja possível a consecução de um sistema de observação dos precedentes, de modo que tal sistema caracterize-se por manifestações em que sejam identificáveis os motivos determinantes, adotados majoritariamente pelos membros de tal corte suprema, para a consolidação do entendimento do tribunal sobre um determinado tema jurídico, caracterizando o estabelecimento da *ratio decidendi*.

Por fim, serão apresentadas as conclusões do presente estudo, não como forma de encerramento da discussão, mas com o fito de abrir espaço para a continuação do debate acerca da matéria.

2 PRAGMATISMO JURÍDICO COMO MÉTODO DE ANÁLISE DO DIREITO

2.1 Uma filosofia da ação⁶

O pragmatismo, enquanto teoria desenvolvida no âmbito da Ciência do Direito, distingue-se como uma visão comprometida com a aplicação da norma jurídica em espectro de maior complexidade que aquele decorrente da concepção, ainda não totalmente superada, de subsunção de instrumentos normativos em abstrato. O Direito é expresso como uma realidade da vida – e não apenas como uma imposição legislativa –, de modo que a perspectiva hermenêutica se estabelece para além do racionalismo e do mecanicismo, sob estrutura epistemológica de adequação conceitual da própria ciência às necessidades reais e cotidianas visando à regulação das condutas intersubjetivas.⁷

Dessa feita, o prisma filosófico do pragmatismo assinala paradigma de apreensão do conhecimento no qual a ação é elevada a uma posição de destaque. A Teoria do Conhecimento, neste contexto, tem o desiderato de empreender delongado sopesamento acerca das consequências práticas dos conceitos sobre a conduta humana, afastando de seu âmbito de inquirição considerações eminentemente abstratas e, por conseguinte, caracterizando-se como instrumento de influência concreta na esfera de atuação social do sujeito, tendo em vista o desenvolvimento de soluções factíveis para demandas reais.⁸

Outrossim, o pragmatismo aspira à superação da tradição contemplativa da filosofia, empreendendo uma filosofia da ação⁹, tendo a função de indicar as consequências quando da tomada deste ou daquele conceito, sob um aspecto prático, preocupada em

[...] assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente. [Propondo-se a] interpretar cada noção traçando as suas consequências práticas respectivas. Que diferença praticamente haveria para alguém se essa noção, de preferência àquela outra, fosse verdadeira? Se não pode ser traçada nenhuma diferença prática qualquer, então as alternativas significam praticamente a mesma coisa, e toda disputa é vã. Sempre que uma diferença é seria, devemos estar

⁶ NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães. **Pragmatismo: Uma filosofia da ação**. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/VI.encontro.2010/GT.20/GT_20_01_2010.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

⁷ CATÃO, Adrualdo De Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. *In*: CATÃO, Adrualdo De Lima; PEREIRA NETTO, Antonio Alves; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coords.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade: Pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades**. Curitiba: Juruá, p. 15-28, 2014, p. 19-20.

⁸ NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães. *Op. Cit.*, p. 2.

⁹ SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. **Direito e humanismo nas obras de Marx no período 1839-1845**. Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: <http://www.bdttd.ufpe.br/bdttd/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5163>. Acesso em: 26 mar. 2014, p. 154.

em condições de mostrar alguma diferença prática que decorra necessariamente de um lado, ou o outro está [sic] correto.¹⁰

A Teoria do Conhecimento, nesta senda, procura afastar-se de discussões metafísicas, concebidas de forma hermética e excessivamente em abstrato. Os conceitos não são tratados como representações intelectivas da realidade, provenientes de um processo de investigação que implique a descoberta da verdade universal e imutável.

O conhecimento está intimamente relacionado a um modelo de assimilação marcado pela plausibilidade dos conceitos, considerados não como axiomas peremptórios, mas valorados a partir da utilidade de sua aplicação em termos práticos.¹¹ Em outras palavras, o pragmatismo compromete-se com as consequências práticas dos conceitos de forma ampla e contextualizada, com a ação, o efetivamente realizado.¹²

Assim, a filosofia que deriva de pragmatismo tem a experiência ocupando lugar central, como critério de validação da teoria. O feito, a ação, são concebidos não só como atos do homem sobre a natureza e outros homens, mas é ação de todos os elementos do cosmos sobre todos os elementos do cosmos.¹³

A distinção da relevância prática de posicionamentos filosóficos caracteriza-se sob um prisma humanista, voltado à conduta humana, de sorte que a importância atribuída aos conceitos faz-se destacadamente permeada por um entrelaçamento histórico contextualizador que impõe à investigação, ainda que de forma não expressa, as preferências do sujeito cognoscente; mesmo a experiência não se faz alheia aos reflexos da volitiva criação humana.¹⁴

Aspira-se à contextualização do conhecimento, assinalando o caráter indissociável da relação entre a ação e suas consequências como fundamento basilar da inquirição científica, tendo como desiderato a solução de problemas reais e afastando considerações ideológicas e argumentos transcendentais, de sorte que o conhecimento não se aperfeiçoa como um produto da contemplação racionalista, mas da experiência em inter-relação com o ambiente linguístico em que se faz inserto o sujeito cognoscente.¹⁵

[...] Seu âmago é [...] uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de em conceitualismos, generalidades e *slogans*. Entre as crenças rejeitadas está

¹⁰ JAMES, Wiliam. **Pragmatismo. (Pragmatism and Other Essays)**. Tradução de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006. (Coleção a Obra-Prima de Cada Autor, 188), p. 44.

¹¹ *Ibidem*, p. 112-114.

¹² FREITAS, Lorena de Melo. Um diálogo entre pragmatismo e direito: Contribuições do pragmatismo para a discussão da ideologia na magistratura. In: **Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia**. v. 4. n. 1, São Paulo: Centro de Estudos do Pragmatismo – Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jan.-jun. 2007. p. 10-19, Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/viewFile/5715/4047>>. Acesso: em 23 fev. 2014, p. 13.

¹³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴ JAMES, Wiliam. *Op. Cit.*, p. 137.

¹⁵ BROWNE, George. *Op. Citty.*, p. 4-6.

a ideias de perfectibilidade humana; a concepção pragmática da natureza humana é desiludida. Entre os conceitualismos rejeitados estão a teoria moral, legal e política quando oferecida para guiar o processo de tomada de decisão legal e outros processos de tomada de decisão oficiais.¹⁶

O Direito é tomado como instrumento para a solução de problemas reais e seu conteúdo decorre da experiência¹⁷, superando discussões metafísicas acerca da verdade que tenderiam a disputas teóricas intermináveis.¹⁸

Interessa compreender, assim, que ante o marco filosófico pragmático, a discussão acerca da verdade não tem cabimento na ciência, os conceitos são construções que se aperfeiçoam linguisticamente e em consonância com o estado de técnica no qual se insere o sujeito cognoscente, como hipóteses contextuais e contingentes, destinadas a solucionar demandas atuais mediante reiterados testes de adequação ao contexto social.¹⁹

Nesse sentido, a produção do conhecimento tem como ponto de partida o plexo de crenças do sujeito, que tendo em vista superar a concepção que indica respostas ontologicamente peremptórias aos problemas filosóficos, deve reiteradamente submeter os conceitos a testes de adequação. Diferentemente do método cartesiano, para os pragmatistas, o conhecimento inicia-se a partir de certezas, ainda que, a rigor, estas sejam relativas.²⁰

Com o escopo de aferir as consequências práticas de conceitos filosóficos, Charles Sanders Peirce propõe a superação de formas modernas de conhecimento – dedutiva, em Descartes e indutiva, em Bacon – sob um paradigma cético e não de verdade, enquanto fundamento de certeza.²¹

Peirce considera como imprescindível para a Teoria do Conhecimento estabelecer concepções filosóficas, ou – como prefere – ideias claras. Nesse intuito procura afastar a concepção filosófica que caracteriza uma ideia como clara se das demais existentes puder inexoravelmente distinguir-se, de sorte que seja identificada inequivocamente em qualquer

¹⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia** (*Law, pragmatism and democracy*). Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.2.

¹⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Op. Cit.*, p.17.

¹⁸ POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁹ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://www.bdttd.ufpe.br/bdttd/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1090>. Acesso em: 24 fev. 2014.p. 44.

²⁰ É imprescindível distinguir que o relativismo acerca do ponto de partida da investigação científica, ou seja, da produção do conhecimento, não é epistemológico – ‘a verdade é algo que não há, e, portanto, qualquer conteúdo pode tornar-se verdade, inclusive o que não corresponda à realidade verificável’ –, mas se relaciona ao paradigma sócio-cultural-temporal-espacial do sujeito cognoscente – a verdade é um reflexo do mundo objetivo na realidade –, portanto, o conhecimento é contextual e suas hipóteses, como tais, devem ser inexoravelmente passíveis de verificação. SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. *Op. Cit.*, p. 157-162.

²¹ *Ibidem*, p. 150-154.

situação e que não ocorrendo tal individualização, por assim dizer, não haveria clareza e, por conseguinte, ter-se-ia obscuridade.²²

Assim, Peirce desconsidera a distinção como um requisito para consecução da clareza conceitual, haja vista que tal critério implica uma dificuldade que consiste na definição *a priori* dos conceitos filosóficos. Isto é, considerar uma ideia como clara a partir de sua distinção requer um juízo metafísico acerca do próprio objeto de investigação, exige conceber o que uma coisa é em essência, independentemente da experiência – a clareza confundir-se-ia com a verdade universal e infalível acerca do objeto – o que, para o pragmatismo, não atende à demanda primeira da investigação científica, qual seja, balizar a atuação humana sobre o mundo exterior, o que não pode ser definido em abstrato, mas tão-somente contextualmente.

Assinala-se que fundamentar a discussão filosófica na busca da verdade metafísica caracteriza um desafio insuperável, porque alcançar um estado de certeza insofismável independe das consequências dos conceitos e mesmo de sua utilidade no mundo sensível, de modo que em razão da impossibilidade de verificação a verdade seria absolutamente desprovida de sentido no mundo. A verdade para o pragmatismo peirceano caracteriza-se como um apaziguador da dúvida, como crença – não no sentido de certeza absoluta ou representação da realidade, mas como construção conceitual contextual e contingente –, capaz de estabelecer um hábito intelectual que se caracteriza como fundamento para a ação.²³

Não há pretensão de se estabelecer uma separação definitiva entre verdade e falsidade, irrelevante no âmbito da inquirição pragmática de Peirce, o que não torna o discurso imprestável – por não se fundar na opinião de que a investigação está destinada à consecução de um consenso que espraie seu alcance universalmente –, busca-se uma resposta racionalmente aceitável à investigação empírica empreendida. Nesse sentido, verifica-se a relatividade, nos moldes supramencionados, da verdade, em âmbito de verossimilhança e probabilidade, de modo que os temperamentos humanos fazem falhar a perfeição das categorias do raciocínio consequencialista, que implicariam conclusões adrede esperadas, ratificando-se a falibilidade do desenvolvimento filosófico. A verdade, sob este prisma, está visceralmente ligada à própria destinação da investigação, que evidentemente não se faz

²² PEIRCE, Charles S. Como tornar as nossas ideias claras (*How To Make Our Ideas Clear*). *Collected Papers V*, 388-410. Tradução de António Fidalgo. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014. p. 1-2.

²³ PEIRCE, Charles S. *Qué es el pragmatismo (What pragmatism is)*. *Collected Papers V*, 411-437. Tradução castelhana de Norman Ahumada. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/WhatPragmatismIs.html>>. Acesso em: 5 fev. 2016. p. 4-5.

alheia a pré-compreensões e se estabelece inequivocamente contextualizante, em última instância, conduzindo à crença, enquanto ente apaziguador da irritação do pensamento.²⁴

2.1.1 A fixação da crença como instrumento balizador da ação

Nos moldes do pragmatismo peirceano, a Teoria do Conhecimento tem a função de alcançar a clareza de pensamento, superando a ideia metafísica de distinção tradicionalmente utilizada pela filosofia. O pensamento é movido pela irritação decorrente da dúvida, que é apaziguada quando se alcança a crença, esta considerada enquanto decisão acerca da ação. Logo, a função do pensamento é o estabelecimento da crença.²⁵

A dúvida é o marco inicial do desenvolvimento metodológico pragmatista²⁶, estabelecendo um nível de irritação que incita o movimento do pensamento, desenvolvido por meio da combinação de objetos de que se tem consciência imediatamente e outros de que se tem consciência mediadamente. O conhecimento é o produto do pensamento, que apenas mediadamente está presente no arranjo mental, haja vista que se constitui um encadeamento de sensações, estas tomadas como elementos de que se tem consciência imediata.²⁷

Há de se destacar que a dúvida, no presente contexto, não é absoluta e abstrata, tal como se verifica na máxima cartesiana, onde o mote da inquirição consiste, ao fim e ao cabo, na retomada dos conceitos inicialmente desconsiderados apenas de modo formal. A dúvida pragmática, da qual trata Peirce, é real e considera o conjunto de pré-compreensões do sujeito, mesmo como marco inicial da investigação acerca do objeto visando alcançar ideias claras.²⁸

A dúvida aqui referida caracteriza-se como uma irritação do pensamento verificada quando um conceito não é mais capaz de adequar-se ao contexto do intérprete e indicar soluções para seus problemas, sendo, portanto, um problema real e não uma inquirição eminentemente abstrata acerca de asserções sobre as quais não há atual controvérsia. A

²⁴ PEIRCE, Charles S. Como tornar as nossas ideias claras. *Op. Cit.*, p. 20-24.

²⁵ *Ibidem*, p. 6.

²⁶ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Por uma metodologia do direito de base pragmatista: O raciocínio abduutivo no direito. In: XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Recife. Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_flavianne_nobrega.pdf>. Acesso em 8 Ago. 2016, p. 4.

²⁷ PEIRCE, Charles S. Como tornar as nossas ideias claras. *Op. Cit.*, p. 7-8.

²⁸ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 16-17.

dúvida genuína de Peirce faz iniciar-se a investigação, que tem o objetivo de apresentar conceitos que melhor se adequem às presentes necessidades do ser humano.²⁹

O raciocínio desenvolvido a partir da irritação do pensamento decorrente da dúvida genuína tem por objetivo a construção de conhecimento novo a partir do que já é conhecido pelo sujeito e não de questionamentos sobre tudo que há, o que em nada seria proveitoso para o desenvolvimento do processo em tela. As premissas consideradas pelo sujeito – suas próprias pré-compreensões, das quais não se faz razoável duvidar – constituem-se os fundamentos iniciais para a formação dos conceitos objetos da inquirição, de modo que a dúvida deve ser real e não mero exercício intelectual.³⁰

A cessação da dúvida aperfeiçoa a ação do pensamento. Tem-se um sistema intelectual de relações que visa fixar a crença, cada sensação é conhecida imediatamente e de forma autônoma, acurando-se de *per se*. Tal processo completa-se apenas quando se verifica a congruência das sensações, ou seja, a crença, que ao sossegar a irritação do pensamento provocada pela dúvida, tende a balizar uma regra de atuação, um hábito.³¹

Neste diapasão, a Teoria do Conhecimento de Peirce tem como ponto de partida não a estéril abstração de questionar tudo para depois ratificar os conceitos questionados, dos quais, diga-se, apenas formalmente se duvidou. A inquirição nos moldes peirceanos tem como marco inicial a inquietação do pensamento decorrente da dúvida genuína, idônea a promover a fixação da crença, enquanto hábito condutor da atuação humana.³²

Sabemos geralmente quando queremos perguntar uma questão ou pronunciar um julgamento, pois existe uma dissemelhança entre a sensação de duvidar e a de acreditar.

Mas não é apenas isto que distingue a dúvida da crença. Existe também uma diferença prática. As nossas crenças guiam os nossos desejos e moldam as nossas acções. Os Assassinos, ou Seguidores do Velho da Montanha, costumavam precipitar-se na morte ao seu mínimo comando, porque acreditavam que obedecer-lhe lhes asseguraria uma felicidade interminável. Tivessem duvidado disso, e não teriam agido como agiram. Sucede o mesmo com toda a crença, segundo o seu grau. O sentimento de crença é uma indicação mais ou menos segura de se encontrar estabelecido na nossa natureza algum hábito que determinará as nossas acções. A dúvida nunca tem tal efeito.

Também não devemos descurar uma terceira diferença. A dúvida é um estado de desconforto e insatisfação do qual lutamos para nos libertar e passar ao estado de crença; enquanto este último é um estado calmo e satisfatório que não desejamos evitar, ou alterar por uma crença noutra coisa qualquer. Pelo contrário, agarramo-nos

²⁹ SILBERSTEIN, Emília. Ciência como ação criativa em Eugenio d’Ors e Charles S. Peirce. In: RUSSI, Pedro (Org.). **Eugenio d’Ors e Charles S. Peirce: Jogo e pragmatismo em ação**. Sapuraí: OJM, p. 140-161, 2016, p. 142.

³⁰ PEIRCE, Charles S. A fixação da crença (*The fixation of belief*). **Popular Science Monthly** 12, Nov. 1877, 1-15. Tradução de Anabela Grandim. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_a_fixacao_da_crenca.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014, p. 9.

³¹ PEIRCE, Charles S. Como tornar as nossas ideias claras. *Op. Cit.*, p. 9.

³² NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 17.

tenazmente, não meramente à crença, mas a acreditar exactamente naquilo em que acreditamos.

Assim, tanto a dúvida como a crença têm efeitos positivos sobre nós, embora muito diferentes. A crença não nos faz agir imediatamente, mas coloca-nos numa posição em que nos comportaremos de certa forma, quando surge a ocasião. A dúvida não tem qualquer efeito deste tipo, mas estimula-nos a agir até que é destruída [...].³³

Nesse sentido, dúvida e crença são concepções características do pragmatismo, enquanto filosofia da ação, que se manifestam distintamente, mas conduzem inexoravelmente à atuação do homem. Aquela se constitui irritação do pensamento que se distingue como ponto de partida para a ação no sentido de suprimir inadequações conceituais visando ao estabelecimento da crença; esta consiste em um condutor da ação humana quando da ocorrência de problemas reais solucionados contextualmente mediante conceitos – ideias claras – que para além de elucubrações acerca da verdade, caracterizam-se como apaziguadores contingentes das dificuldades práticas em uma sociedade complexa.³⁴

O pensamento, sob o paradigma de uma filosofia da ação, tem o condão de conduzir a um hábito de ação, de modo que os conceitos aperfeiçoam-se no mundo sensível e de forma contingente, sendo fundamental a possibilidade de verificação prática de suas consequências, o que implica em destacada falibilidade da própria ciência.³⁵

O que não se relaciona à ação está para o pensamento tão-somente como seu complemento e é mesmo despiciendo para a Teoria do Conhecimento sob o viés pragmático.³⁶

[...] Tenhamos presente que a função global do pensamento consiste em produzir hábitos de acção; e que qualquer coisa que esteja ligada com um pensamento, mas que seja irrelevante para o seu objectivo, é um acréscimo, mas não parte dele. Se há uma unidade entre as nossas sensações que não têm referência ao modo como devemos agir numa determinada ocasião, como por exemplo quando ouvimos uma peça de música, a isso não chamamos pensamento. Para desenvolver o seu significado, temos, portanto, de simplesmente determinar quais os hábitos que produz, pois que o que uma coisa significa são simplesmente os hábitos que ela encerra. Ora a identidade de um hábito depende de como ele nos induz a agir, não só nas circunstâncias em que provavelmente surgiram, mas também naquelas que poderão ocorrer, não importa quão improváveis elas sejam. Aquilo que o hábito é depende do quando e do como ele nos leva a agir. No que toca ao quando, qualquer estímulo para a acção provém da percepção; no que toca ao como, todo o objectivo da acção é o de produzir um resultado sensível. Assim, chegamos ao que é tangível e concebivelmente prático como sendo a raiz de qualquer distinção real do pensamento, independente de quão subtil ele for; e não há distinção de significado por mais fina que seja que não consista numa possível diferença da prática.³⁷

Essa concepção que fundamenta a Teoria do Conhecimento em possibilidades destaca um paradigma epistemológico probabilístico e de destacada falseabilidade dos conceitos.

³³ PEIRCE, Charles S. A fixação da crença. *Op. Cit.*, p. 7-8.

³⁴ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 19.

³⁵ *Ibidem*, p. 18.

³⁶ PEIRCE, Charles S. Como tornar as nossas ideias claras. *Op. Cit.*, p. 11.

³⁷ *Ibidem*, p. 11-12.

Peirce, aspirando a ideias claras, não entende a fixação da crença como afastamento da dúvida e estabelecimento de hábito condutor da ação humana peremptoriamente. Tal processo é contínuo e renova-se cada vez que os conceitos, submetidos a testes práticos de adequação a realidade viva, mostram-se insuficientes e, por conseguinte, ensejam a dúvida genuína e a demanda por clareza conceitual mediante o estabelecimento de nova crença.³⁸

Assim, a concepção de conhecimento de Peirce é caracterizada por destacado falibilismo, em flagrante oposição às concepções da filosofia eminentemente metafísica. Afastando a possibilidade de certeza insofismável, a verificação passa a constituir-se elemento essencial à investigação científica. Nestes termos, Peirce insere a máxima pragmática, que considera indissociáveis ideia e suas consequências práticas, estas consideradas como desdobramentos empíricos que se espraiam a partir da conduta do sujeito sobre o objeto cognoscente.³⁹ Em outras palavras, a concepção das consequências práticas de uma ideia, para que esta seja clara, constitui-se mesmo a própria concepção do objeto.⁴⁰

2.2 Acerca da falibilidade dos conceitos (ou por uma Teoria do Conhecimento não comprometida com a verdade)

Como vem sendo destacado no presente trabalho, a Teoria do Conhecimento, nos moldes pragmáticos, distingue-se como uma busca por clareza de pensamento, visando superar o essencialismo metafísico que tem o escopo de descobrir a verdade, em face de um modelo epistemológico contextualizante em que há permanente submissão dos conceitos a novos testes de adequação à realidade, considerando as consequências práticas da utilização dos conceitos. A função do pensamento, neste diapasão, é estabelecer hábitos. O conhecimento se faz relevante por sua repercussão prática, por sua possibilidade de influenciar o comportamento.

A máxima pragmática peirceana tem como característica fundamental esta necessidade de contextualização dos conceitos. Os objetos são considerados segundo sua utilidade no mundo sensível, de modo que o conhecimento acerca da essência das coisas constitui-se abstração que se põe no âmbito da metafísica e não da ciência, que se preocupa com o ser não

³⁸ NÓBREGA, Flavianna Fernanda Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 18.

³⁹ BROWNE, George. Reflexos Políticos e Jurídicos da Falseabilidade de Karl Popper e do Falibilismo de Charles Sanders Peirce no Método do Direito. *In: Revista Duc In Altum - Caderno de Direito*, v. 4, n. 6, Muriaé: jul.-dez. 2012. p. 252-275. Disponível em: <<http://www.faculdadedamas.edu.br/revistas/index.php/cihjur/article/view/171/148>>. Acesso em: 20 fev. 2014. p. 267-268.

⁴⁰ PEIRCE, Charles S. Como tornar as nossas ideias claras. *Op. Cit.*, p. 13.

sob uma perspectiva representacional, mas relacional, ou seja, como meio para a consecução de objetivos práticos da vida humana.

Nesta senda, a inquirição científica apresenta conceitos que por se distinguirem de modo relacional, são sempre contingentes. Em outras palavras, a postura pragmática de apreensão dos conceitos caracteriza-se pelo antifundacionalismo, pelo contextualismo e pelo consequencialismo⁴¹, de sorte que a discussão acerca da verdade e da falsidade em abstrato é esvaziada, haja vista que a preocupação primeira é com a aplicabilidade prática da ideia concebida⁴². Logo, aspira-se à adequação suficiente do objeto às demandas concretas do sujeito e não à certeza ou à exatidão fundamentada em uma razão geral.⁴³

O conhecimento científico é verificável e, por conseguinte, falível. O desiderato da ciência não se identifica com a pretensão de estabelecimento de axiomas que descrevam a realidade em abstrato e de modo definitivo. Os conceitos são relevantes não por corresponderem à verdade enquanto conhecimento essencial, universal e imutável, mas em razão de suas consequências, que apenas empiricamente são apreensíveis.⁴⁴

A verdade é contingente e contextual e, nesse sentido, relativa e falseável, apresenta-se como uma possibilidade epistemologicamente dialética de relacionar o conhecimento às necessidades práticas do sujeito, em contraposição a uma perspectiva fundamentalista – ou fundacionalista –, onde as ideias apresentam-se como representações perfeitas da realidade, postas verticalmente e mesmo maiores que o próprio homem, ininteligíveis sob um ótica de progresso contínuo da ciência centrada na adequação conceitual.⁴⁵

Mas tal ideia de falibilismo não se constitui um relativismo total, postura que se caracterizaria, outrossim, essencialista por centrar-se no paradoxo simplista que qualquer

⁴¹ “[...] O contextualismo implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O consequencialismo, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. E, por fim, o antifundacionalismo consiste na rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento.” POGREBINSCHI, Thamy. O que é o pragmatismo jurídico? *In: Série Páginas de Teoria CEDES*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Direito e Sociedade–CEDES/ Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro-IUPERJ, N. 1, jul. 2005. Disponível em: <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 22 Ago. 2016.

⁴² ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211. p. 176

⁴³ PEIRCE, Charles S. *Falibilismo, continuidade y evolucion (Falibilism, continuity and evolution)*. *Collected Papers I*, 141-175. Tradução castelhana e notas de Fernando C. Vevia Romero. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/FalContEvol.html>>. Acesso em: 27 jun. 2016, p. 2.

⁴⁴ POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 4.

⁴⁵ RORTY, Richard. *Uma ética laica (Un’etica per i laici)*. Introdução de Gianni Vattimo. Tradução de Mirella Traversin Martino. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 18-20 e 30.

asserção é aplicável a depender dos interesses do emissor do discurso, incorrendo-se na afirmação paradoxal de que não existe verdade. O que se propõe é a superação da concepção de que a Teoria do Conhecimento seja capaz de apresentar certezas absolutas, que se imponham universalmente e de forma definitiva, como revelações que se estabeleçam fora do ser humano. Pelo contrário, para o pragmatismo, a verdade é sempre construída discursivamente e não como uma imposição metafísica.⁴⁶

O pragmatismo, a partir da ideia de falibilismo conceitual, tomando o conhecimento como uma construção contextual e contingente, destacadamente preocupada com a aplicação dos conceitos no mundo sensível – máxima pragmática de Peirce –, rompe com o dualismo epistemológico do racionalismo tradicional, ou seja, propõe a superação da concepção disjuntiva entre pensamento e existência.⁴⁷

A fixação da crença como ente apaziguador do pensamento e baliza para a ação humana, distingue-se do paradigma filosófico que se fundamenta na rígida separação entre o real e o ideal abstrato e não compreende a apreensão do conhecimento a partir de uma ação intelectual a priori, alheia às consequências práticas dos conceitos.⁴⁸

Para além de empreender uma preocupação com as consequências dos conceitos utilizados em uma situação específica, o pragmatismo destaca o concebível conceitualmente como relevante para o desenvolvimento da ciência. A partir da ideia de falibilidade do conhecimento, o pragmatismo considera as possibilidades plausíveis de aplicação prática dos conceitos, afastando-se de uma ideia meramente utilitarista e imediatista da Teoria do Conhecimento e tratando a experiência como desdobramento da atividade intelectual, superando, destarte, a concepção que distingue uma separação estrita entre os planos do pensamento e da experiência. Para Peirce não há razão para se conceber tal dualismo epistemológico, uma vez que a ação consiste no aperfeiçoamento do pensamento enquanto meio de apaziguamento da dúvida genuína. A crença é a estruturação lógica das possibilidades conceituais de ação ante a verificação de problemas reais.⁴⁹

⁴⁶ PEIRCE, Charles S. *Falibilismo, continuidad y evolucion. Op. Cit.*, p. 3.

⁴⁷ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista: Clarificando e superando obscuridades conceituais. *In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/173.pdf>>. Acesso em 8 Ago. 2016, p. 9.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁹ SILBERSTEIN, Emília. *Op. Cit.*, p. 151.

2.2.1 A proposta pragmatista de superação do dualismo conceitual do racionalismo tradicional

A filosofia tradicional separa rigorosamente os planos interior – intelecto – e exterior – natureza –, de tal modo que considerando objeto e sujeito de forma apartada a Teoria do Conhecimento teria o escopo fundamental de promover no plano da consciência – mundo das ideias – uma representação conceitual perfeita da existência factual – mundo dos fatos.⁵⁰

Tal dualismo é marcado pela intransponibilidade entre os planos do pensamento e da experiência. Neste sentido, conceitos e ação não se relacionam, antes se estabelecem de forma absolutamente autônoma, sendo o conhecimento decorrência da aplicação de categorias *a priori* estabelecidas racionalmente acerca da natureza.

Esse entendimento está intimamente relacionado ao de descoberta da verdade como desiderato da ciência, haja vista que sendo o conhecimento representação da realidade, decorrente de um esforço intelectual em que a razão fundamenta a caracterização do objeto em sua essência, aperfeiçoa-se paradigma fundacionalista de certeza, independentemente da experiência, mas firmado na autocompreensão e na subjetividade *in abstracto* do sujeito.

[...] As ideias de ‘autoconsciência’ e ‘subjetividade’ significam que o sujeito cognoscente, quando não se volta diretamente para objetos, mas reflexivamente para suas próprias representações de objetos, pode abrir para si uma esfera privilegiada de vivências imediatamente acessíveis e absolutamente certas. É constitutiva da teoria clássica do conhecimento uma separação entre interior e exterior, ou seja, um dualismo de espírito e corpo, que invoca o acesso privilegiado que a primeira pessoa tem às suas próprias vivências [...].⁵¹

O abismo gnosiológico entre os planos do pensamento e da experiência é desconsiderado no modelo da Teoria do Conhecimento pragmático e tem-se que há tão-somente um plano, que veicula o mundo intelectual e o mundo dos fatos. A crença, estabelecida como fundamento balizador da ação no mundo real, integra a realidade concretamente e não como uma representação ideal concebida no mundo das ideias.⁵²

O pensamento, para o pragmatismo, exsurge a partir de uma dificuldade concreta do sujeito – a dúvida genuína de Peirce – e tem o escopo de instituir uma problematização que enseje a formação da crença mediante um processo vivo de tentativa e erro, testes reiterados

⁵⁰ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista. *Op. Cit.*, p. 11.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos (*Wahrheit und Rechtfertigung – philosophische Aufsätze*). Tradução de Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009. (Coleção Humanística, V. 8), p. 233.

⁵² NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista. *Op. Cit.*, p. 12.

de adequação dos conceitos visando à clareza das ideias e estabelecendo possibilidades plausíveis de atuação do sujeito em seu ambiente social a partir de uma dinâmica criativa.⁵³

A discussão acerca dos objetos em essência é despendida e por vezes constitui um falso problema filosófico, haja vista que o dualismo epistemológico entre pensamento e existência fundamenta-se na premissa que os fatos e seus efeitos possíveis distinguem-se separadamente da estruturação de seu significado construído através da linguagem, não raramente vaga e imprecisa e, por isso, apenas contextualmente clara através da verificação prática de suas consequências, o que demonstra o equívoco racionalista em empreender uma discussão metafísica caracterizada pela disjunção conceitual em tela que a rigor não tem solução e que em muitos casos é absolutamente artificial.⁵⁴

Logo, o método de clarificação das ideias de Peirce propõe a superação do dualismo do racionalismo tradicional em face da consideração dos efeitos possíveis dos conceitos na vida, caracterizado pela existência de um único plano entre ideias e ação. O essencialismo acerca do objeto decorrente da abstrata distinção entre pensamento e existência é afastado pela concepção pragmática em que o plexo de consequências – ou de significados – atribuídas ao conceito consiste na própria definição deste, que nesse sentido perfaz-se antifundacionalista, pois comportando efeitos concebíveis distingue o caráter aberto da própria Teoria do Conhecimento, típico da máxima pragmática marcada pela continuidade do processo de tentativa e erro visando à ideias claras – dúvida genuína/fixação da crença/teste de adequação/insuficiência do conceito/dúvida genuína.⁵⁵

Considerando que os conceitos não são construções definitivas, mas conjuntos de consequências plausíveis e, por conseguinte, inumeráveis *a priori*, antes se constituem a partir de readequações conceituais às possibilidades fáticas da realidade da vida, ratifica-se a falibilidade do conhecimento, que em razão da impossibilidade de ponderação de todas as consequências conceituais possíveis, caracteriza-se mediante juízos de verossimilhança.

Os referidos juízos de verossimilhança, na filosofia pragmática peirceana, caracterizam-se mediante a utilização do raciocínio probabilístico, no contexto de inquirição visando à crença, como instrumento mais apropriado ao desenvolvimento do conhecimento científico, empreendendo hipóteses que se distinguem das práticas generalizantes do método dedutivo e tendendo ao particular do método indutivo.

⁵³ SILBERSTEIN, Emília. *Op. Cit.*, p. 142.

⁵⁴ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo:** *Op. Cit.*, p. 40-41.

⁵⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista. *Op. Cit.*, p. 12-13.

Neste contexto, o desiderato de Peirce é esculpir uma filosofia lógico-instrumental, em outras palavras, analisar a construção do conhecimento sob um método que afaste os tradicionais indutivo e dedutivo, típicos da filosofia metafísica, para o que se valeu do método abduativo, compreendido como um juízo hipotético capaz de inferir hipóteses criativas, mas tão-somente plausíveis acerca do objeto, ou seja, não há compromisso com a verdade, em sentido metafísico, mas com a verificação de possibilidades visando à superação da dúvida genuína e estabelecimento da crença.⁵⁶

Na seção seguinte analisar-se-á a abdução, enquanto instrumento lógico idôneo a superar a demanda por certeza dos métodos indutivo e dedutivo e, em consonância com o pragmatismo de Peirce, estabelecer um modelo conceitual que se distingue mais adequado a uma concepção de Teoria do Conhecimento que vise à adequação dos conceitos às realidades da vida, afastando o racionalismo filosófico tradicional voltado para certeza em prol da ideia de verossimilhança e falibilidade do conhecimento.

2.3 Verossimilhança e abdução: a construção do conhecimento como uma inferência criativa

Peirce entende que como a Teoria do Conhecimento não tem o escopo de estabelecer conceitos insofismáveis, a falibilidade da ciência coaduna-se com o raciocínio probabilístico, sendo este o mais adequado a levantar hipóteses criativas acerca do objeto, visando à crença.⁵⁷

O juízo probabilístico, que Peirce denomina abdução, constitui-se uma construção lógica aberta à imaginação e à criatividade do sujeito e que se aperfeiçoa interagindo com a dedução e a indução. Individualiza-se, entretanto, por não estar comprometida com a certeza – o que o objeto é –, mas com a possibilidade conceitual – o que o objeto pode ser. Essa falibilidade proporciona o levantamento de hipóteses novas, que concebidas apenas como verossímeis, instigam a imaginação do sujeito a expandir o espectro de soluções para os problemas reais da vida para além dos conceitos *a priori* da filosofia racionalista tradicional.⁵⁸

Peirce, valendo-se dos estudos lógicos clássicos de Aristóteles e Platão, afirma que o desenvolvimento da ciência se realiza mediante o empreendimento de três diferentes espécies

⁵⁶ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo.** *Op. Cit.*, p. 58.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁸ SILBERSTEIN, Emília. *Op. Cit.*, p. 142.

de raciocínio, quais sejam, dedução – *synagogé* –, indução – *epagogé* – e abdução – *apagogé*, ou retrodução, ou ainda redução –; aponta ainda a analogia, que combina indução e abdução.⁵⁹

A dedução expressa-se no raciocínio lógico necessário, em que uma premissa considerada como verdadeira relaciona-se, independentemente de considerações factuais, a uma conclusão verdadeira. Em outras palavras, a inferência dedutiva caracteriza-se pela correção abstrata de uma conclusão particular veiculada por um caso a partir de uma premissa geral inequivocamente correta.⁶⁰

A indução é o raciocínio lógico experimental. Consiste na consideração de que um conceito particular espalhar-se-á a todos os casos semelhantes, ascendendo à generalidade. A inferência indutiva faz-se válida em razão da relação entre particular e geral, de sorte que um resultado, por meio de uma demonstração *in abstracto*, aperfeiçoa-se como regra geral.⁶¹

Peirce assevera que os raciocínios dedutivo e indutivo não satisfazem as demandas por claridade das ideias e fixação da crença como baliza para ação por se distinguirem eminentemente em abstrato, ou seja, a partir de concepções abstratas estabelecidas *a priori* e, sendo assim, por apresentarem novas possibilidades conceituais idôneas a solucionar problemas reais decorrentes de uma dúvida genuína.

Nesse sentido, esclarece que a indução é um método que visa conduzir em longo prazo o sujeito à verdade acerca do objeto por meio da generalização racional em absoluto de uma premissa particular tomada *a priori*, o que não pode se aperfeiçoar senão por meio de uma abstração, que denomina de probabilidade objetiva ou antecedente e que considera absurda – indaga: “[...] Qual a probabilidade antecedente de a matéria ser composta por átomos? Podemos fazer estatísticas de multiplicidade de universos diferentes? [...]” – e afirma que é possível tão-somente a existência de uma probabilidade subjetiva, em outras palavras, as explicações dos fenômenos são apenas possibilidades e não generalizações abstratas a partir de premissas particulares tomadas em abstrato, motivo porque descarta o raciocínio indutivo como adequado ao desenvolvimento da ciência. Acerca do raciocínio dedutivo, Peirce indica que sua caracterização justifica-se na circunstância de que os fatos tomados como premissas gerais são verdadeiros e que inexoravelmente implicam conclusões verdadeiras, o que denota uma construção lógica necessária e constitui em si mesma uma dificuldade, haja vista a

⁵⁹ PEIRCE, Charles S. *Lecciones de la historia de la ciencia (Lessons from the history of science)*. *Collected Papers I*, 43-125. Tradução castelhana e notas de Fernando C. Vevia Romero. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/LessonsHistoryScience.html>>. Acesso em: 23 Ago. 2016, p. 6.

⁶⁰ PEIRCE, Charles S. *Tres tipos de razonamiento (Three types of reasoning)*. *Collected Papers V*, 151-179. Tradução castelhana e notas de José Vericat. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/OnThreeTypesReasoning.html>>. Acesso em: 1 jul. 2016, p. 5-7.

⁶¹ *Ibidem*, p. 8.

impossibilidade de assegurar a existência de conclusões sempre verdadeiras em circunstâncias reais e verificáveis empiricamente, em outras palavras, “[...] a dedução se aplica a estados de coisas ideais – ou a estados de coisas reais concebidos como ideias, separando-se sempre mais ou menos da realidade [...]”, o que a alija da ciência nos moldes pragmáticos. Por fim, Peirce distingue que a abdução supera as dificuldades metodológicas da dedução e da indução por não demandar abstrações ou modelos conceituais ideais *a priori*, aperfeiçoando-se pelo levantamento de hipóteses sintéticas prováveis – e não verdadeiras em abstrato – relacionando circunstâncias fáticas de problemas concretos a conceitos que se adequem a demanda necessária da ação visando à solução daqueles por meio da ponderação acerca das consequências razoavelmente aceitáveis da utilização destes. Portanto, em consonância com a perspectiva peirceana da Teoria do Conhecimento, por ser a única forma de inferência que propõe ideias novas – possibilidades factíveis de afastamento da dúvida genuína para além de considerações abstratas – a abdução é forma mais adequada de raciocínio visando ao desenvolvimento de um modelo de ciência marcado pela falibilidade e pela adequação *a posteriori* dos conceitos.⁶²

A abdução é um processo inferencial que forma hipóteses explicativas, por isso pode ser considerada a única forma de raciocínio efetivamente sintética e, dessa forma, idônea a introduzir ideias novas no âmbito de desenvolvimento da Teoria do Conhecimento.⁶³ Peirce atesta que a abdução foi concebida por Aristóteles no *Órganon*, *Analíticos Anteriores* – originalmente, *apagogé* – e que por equívoco do primeiro tradutor – Apeliçón –, o termo foi traduzido como redução, sendo tratado no Livro II, Capítulo XXV.⁶⁴

Na abdução o processo de inferência distingue-se dos demais por estabelecer que as premissas maior e menor relacionam-se, mas não se verifica aplicação irrefutável entre a premissa maior e a conclusão, mas apenas possibilidade de inferência; ou quando se verificam inúmeras hipóteses intermediárias entre a premissa menor e a conclusão, que ainda que não formalmente demonstráveis, são logicamente concebíveis.⁶⁵

Temos a *redução* (em primeiro lugar) quando fica evidente que o primeiro termo se aplica ao (termo) médio, mas é incerto que o (termo) médio se aplica ao último termo, ainda que (esta relação) seja não menos provável ou até mais provável do que a conclusão; (em segundo lugar) quando não há muitos termos intermediários entre o último e o médio, uma vez que em todos estes casos o efeito é os aproximar mais

⁶² PEIRCE, Charles S. *Razonamiento (Reasoning)*. *Collected Papers II*, 773-778. Tradução castelhana de Sara Barrena. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/Reasoning.html>>. Acesso em: 28 Jun. 2016, p. 2-3.

⁶³ FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 60.

⁶⁴ PEIRCE, Charles S. *Los tres géneros de bondad (The three kinds of goodness)*. *Collected Papers V*, 120-150. Tradução castelhana de Dalmacio Negro Pavón. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/HarvardLecturesPragmatism/HarvardLecturesPragmatism5.html>>. Acesso em: 1 Jul. 2016, p. 8.

⁶⁵ FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 61.

do conhecimento. Por exemplo, que A corresponda a *aquilo que é ensinável*, B a *conhecimento* e C a *justiça*. Que o conhecimento é ensinável é evidente, mas que a virtude seja conhecimento é incerto. Então, se BC não for menos provável ou for mais provável do que AC, teremos uma redução, pois estaremos mais próximos do conhecimento por termos introduzido um termo adicional, ao passo que antes não tínhamos conhecimento de que AC é verdadeira.

Ou, (no segundo lugar), teremos uma redução, se não houver muitos termos intermediários entre B e C, pois neste caso também somos conduzidos mais proximamente do conhecimento. Por exemplo, vamos supor que D *seja esquadrar*, E *figura retilínea* e F *círculo*. Supondo que entre E e F haja apenas um termo intermediário – que o círculo se torna igual a um figura retilínea por meio de lúnulas –, estaríamos próximos do conhecimento. Quando, entretanto, BC não é mais provável do que AC, ou há vários termos intermediários, não emprego a expressão *redução*, e nem quando a proposição BC é imediata, pois esta proposição implica em conhecimento.⁶⁶

O raciocínio abduativo – na citação acima traduzido como redução – tem o condão de promover a inovação no âmbito da investigação científica, introduzindo hipóteses novas distingue-se como instrumento visando à construção do conhecimento e não à sua mera descrição.⁶⁷ Em outras palavras, o mote da inferência abduativa não é a redução, mas a estruturação lógica da criação de hipóteses partindo dos efeitos para as causas – inferir uma regra a partir de uma conclusão plausível. Ao expor que a abdução promove uma aproximação do conhecimento quando da realização da inferência de que sendo a virtude conhecimento – nova hipótese –, ela pode ser ensinada, uma vez que o conhecimento pode ser ensinado – regra –, Aristóteles empreende uma forma de raciocínio que visa à construção de um conceito voltado às consequências e que desse modo, constituindo-se uma alternativa ao essencialismo e ao fundacionalismo que permeiam a indução e a dedução, identifica-se com um paradigma pragmático de Teoria do Conhecimento. Em resumo, é possível afirmar que a abdução caracteriza-se como o método de inferência da máxima pragmática de Peirce, que propõe que o conjunto das consequências práticas de uma definição constitui-se a própria definição do objeto.⁶⁸

Por promover uma aproximação do conhecimento, a abdução abrevia o caminho da inquirição científica e, por conseguinte, facilita o trabalho do sujeito. A partir de um problema real – dúvida genuína – verificado concretamente, é elaborada uma hipótese verossímil, que visando estabelecer uma regra conceitual – crença –, consista na melhor explicação para o problema enfrentado pelo sujeito. Logo, a abdução é um método orientador da investigação

⁶⁶ ARISTÓTELES. *Órganon*: Categorias, Da Interpretação, Analíticos Anteriores, Analíticos Posteriores, Tópicos, Refutações Sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010. (Série Clássicos Edipro), p. 245-246. (Grifos no original).

⁶⁷ SILBERSTEIN, Emília. *Op. Cit.*, p. 155.

⁶⁸ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Por uma metodologia do direito de base pragmatista: *Op. Cit.*, p. 15.

visando ao conhecimento fundado em um *insight* do sujeito, que ciente da falibilidade da ciência e da impossibilidade de estabelecimento de certeza, enquanto verdade metafísica, vale-se do levantamento de hipóteses tão-somente plausíveis para a consecução de seu desiderato, qual seja, a fixação de um conceito contingente e contextual para a condução da ação em uma situação específica da vida.⁶⁹

Em razão de ser uma forma de raciocínio a partir das consequências, a abdução faz-se controlável e falível, não podendo ser arbitrariamente estabelecida à mercê do sujeito, em abstrato, mas se realizando em consonância com o contexto e criando hipóteses a partir de demandas verificadas na experiência, como uma construção lógica que se direciona do consequente para o antecedente, desenvolvendo explicações verossímeis para fatos.⁷⁰

[...] Os argumentos abduativos formulam sinteticamente explicações tentativas para todas as situações na ciência ou fora dela que, sem eles, permaneceriam como fatos inexplicáveis. Em palavras mais simples ainda: diante de algo que nos surpreende, a abdução é o processo pelo qual brita, engendra-se uma hipótese ou conjectura. Esse processo ou raciocínio tem a forma de uma inferência lógica, isto é, de um argumento frágil [no sentido de falível, não identificável com a verdade, mas tão-somente verossímil], ao mesmo tempo em que nasce no flash de um insight [...].⁷¹

Poderia objetar-se que por contemplar uma inferência e um *insight* a abdução seria uma contradição, tratando de termos lógico e psicológico simultaneamente, para o que Peirce esclarece que o fator psicológico aparece apenas no início da inquirição científica – no levantamento da hipótese inovadora –, sendo produto da imaginação do sujeito voltado para o futuro, ou seja, para uma inferência visando à claridade das ideias e à fixação da crença.⁷²

Peirce entende que a dedução e a indução não podem trazer concepções novas visando solucionar problemas atuais e que a abdução ajusta-se a tal desiderato, consistindo em um *insight* acerca de uma entre inumeráveis hipóteses plausíveis de explicar o fenômeno analisado pelo sujeito. Peirce usa o termo *guessing* – adivinhação –, que pode ser tomado, neste contexto, como manifestação da imaginação criativa do sujeito, que independentemente de demonstrações *a priori*, que nada acrescentariam ao referido processo, assume como adequada ao objeto da inquirição em curso uma formulação considerada a partir de suas

⁶⁹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A retórica da lógica: a abdução aplica ao direito. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). **A retórica de Aristóteles e o direito**: Bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica. Curitiba: CRV, p. 171-186, 2014, p. 174.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 183.

⁷¹ SANTAELLA, Lucia. **O método anticartesiano de C. S Peirce**. São Paulo: UNESP, 2004, p. 103-104.

⁷² NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A retórica da lógica. *Op. Cit.*, p.182.

consequências práticas para o estabelecimento de uma regra geral e falível acerca da matéria objeto da dúvida genuína.⁷³

Neste contexto, Peirce afirma que o processo de levantamento de uma hipótese no raciocínio abduutivo constitui-se uma inferência de um caso a partir de uma regra e um resultado. E para melhor esclarecer tal concepção vale-se do exemplo a seguir:

[...] Imaginemos que entro em uma habitação e ali encontro numerosas bolsas, que contêm feijões de diversas qualidades. Sobre a mesa há um punhado de feijões brancos; e, após certa busca, descubro que uma das bolsas contém apenas feijões brancos. Ao ponto que infiro como uma probabilidade, ou como uma conjectura aceitável, que este punhado foi retirado dessa sacola. Este tipo de inferência se chama *criar uma hipótese*. [...]. Temos, pois,
[...]
Regra: Todos os feijões desta bolsa são brancos.
Resultado: Estes feijões são brancos.
Caso: Estes feijões são desta bolsa.⁷⁴

Claro está que a hipótese na abdução não tem o condão de estabelecer a verdade acerca do problema concreto enfrentado pelo sujeito, mas uma impressão plausível acerca do objeto. Há um juízo de verossimilhança elaborado a partir de uma circunstância acerca da qual a certeza é inalcançável, uma vez que demandaria um esforço intelectual visando à demonstração que inviabilizaria o desenvolvimento da própria investigação.

A abdução é mesmo o método da ciência, que se desenvolve inequivocamente a partir de *insights* criativos do sujeito cognoscente, que levantando hipóteses verossímeis para o enfrentamento de problemas reais encontrados na natureza, estabelece certezas provisórias acerca do objeto. Em outras palavras, a verdade científica é destacadamente transitória, haja vista que sua permanência está relacionada à adequação de suas definições às necessidades do contexto em que se insere e aos objetivos da própria inquirição, o que, outrossim, se vincula às consequência da aplicação de tais definições e, portanto, corrobora a relevância do método abduutivo pragmático em tal processo.

O sujeito, ao empreender o raciocínio abduutivo, toma como ponto de partida os fatos e sobre estes não estabelece qualquer premissa que condicione a investigação acerca do objeto,

⁷³ PEIRCE, Charles S. *Abduction. Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, v. VII. Edição de Arthur W. Burks. Cambridge: Harvard University, 1958, Livro I – 219.

⁷⁴ Tradução livre. No original: “[...] Imaginemos que entro en una habitación y allí encuentro numerosas bolsas, que contienen judías de diversas calidades. En la mesa hay un puñado de judías blancas; y, tras cierta búsqueda, descubro que una de las bolsas sólo contiene judías blancas. Al punto infiero como una probabilidad, o como una conjetura aceptable, que este puñado fue sacado de esa bolsa. Este tipo de inferencia se llama *hacer una hipótesis*. [...] Tenemos, pues, [...] *Regla*. Todas las judías de esta bolsa son blancas. *Resultado*. Estas judías son blancas. *Caso*. Estas judías son de esta bolsa.” PEIRCE, Charles S. *Deducción, inducción e hipótesis (Deduction, induction and hypothesis)*. *Collected Papers II*, 619-644. Tradução castelhana de Juan Martín Ruiz-Werner. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/DeducInducHipotesis.html>>. Acesso em: 13 Nov. 2015, p. 3.

seu escopo é estabelecer uma definição conceitual capaz de explicar os referidos fatos. Tal definição é hipotética e como tal é sempre suscetível de afastamento por demonstração de falsidade, o que não torna o raciocínio imprestável, uma vez que são procuradas explicações plausíveis para os fenômenos da natureza e não a verdade absoluta.⁷⁵ Um exemplo apresentado por Peirce parece ser elucidativo para o tema, *in verbis*: “São descobertos fósseis; digamos, restos semelhantes aos de peixes, mas muito no interior do país. Para explicar o fenômeno, supomos que o mar submergiu em tempos remotos essa área de terra [...]”.⁷⁶

Esse é o ponto fulcral na Teoria do Conhecimento de cunho pragmático de Peirce, mediante a possibilidade de testes de adequação de uma hipótese – demonstração por meio da experimentação concreta – conduzir as balizas para a fixação de um paradigma de atuação do sujeito – estabelecimento de um hábito – que, não obstante falível, consiga explicar de modo satisfatório, no contexto do estado de técnica vigente, os fenômenos da vida social e da natureza. Desse modo, qualquer hipótese plausível pode ser admitida, exigindo-se tão-somente que seja passível de verificação experimental.⁷⁷

Na abdução, diferentemente das outras formas de inferência, “a premissa menor é criada como uma solução hipotética em que a premissa maior do silogismo é conhecida e a conclusão encontra-se como fato [...]”, de modo que o raciocínio inicia-se com a conclusão, que pondera antecipadamente acerca das consequências por meio de um *insight* criativo e a premissa menor encerra o processo, distinguindo-se como uma hipótese. Logo, é perceptível a dissemelhança entre os raciocínios dedutivo, indutivo e abdução, sendo este o único comprometido com as consequências práticas, desde o início do processo consideradas.⁷⁸

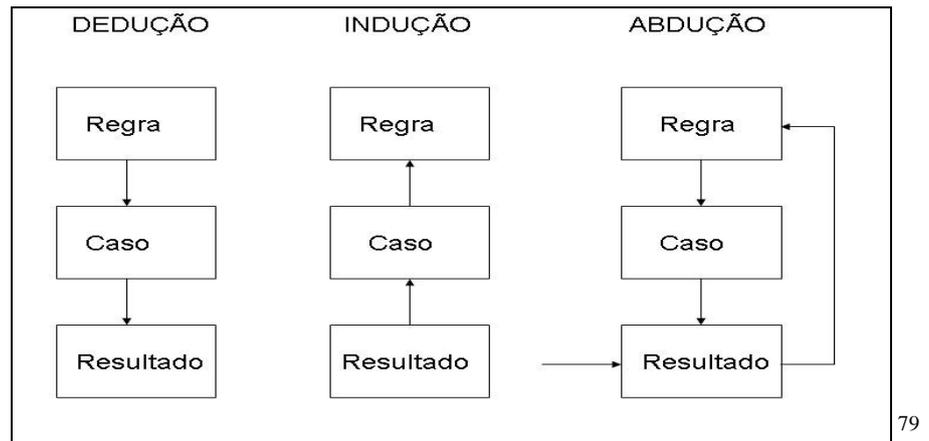
Flavianne F. B. Nóbrega apresenta quadro comparativo, inspirada no estudo de Denis J. Brion, distinguindo os processos de inferência dedutivo, indutivo e abdução:

⁷⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica das consequências concebíveis e o raciocínio abdução na análise da decisão do STF sobre a exigibilidade do exame de ordem. *In: Lexmax: Revista do advogado da Paraíba*. João Pessoa: OAB/PB. Ano 1, v. 2, p. 3-16, 2015, p. 9.

⁷⁶ PEIRCE, Charles S. *Deducción, inducción e hipótesis (Deduction, induction and hypothesis)*. *Op. Cit.* p. 3. Tradução livre. No original: “Se han descubierto fósiles; digamos, restos como de peces, pero muy en el interior del país. Para explicar el fenómeno, suponemos que el mar cubrió en tiempos remotos esa tierra [...]”.

⁷⁷ PEIRCE, Charles S. *Pragmatismo y abducción (Pragmatism and abduction)*. *Collected Papers V*, 180-211. Tradução castelhana de Dalmacio Negro Pavón. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/HarvardLecturesPragmatism/HarvardLecturesPragmatism7.html>>. Acesso em: 1 Jul. 2016, p. 7-8.

⁷⁸ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica das consequências concebíveis e o raciocínio abdução na análise da decisão do STF sobre a exigibilidade do exame de ordem. *Op. Cit.*, p. 9.



Percebe-se que a construção do silogismo na abdução parte da conclusão, ou seja, das consequências práticas, para, a partir de uma regra geral – premissa maior –, inferir um caso – premissa menor – como uma hipótese plausível e falível, não uma representação da realidade, mas uma possibilidade de adequação aos fatos. A Teoria do Conhecimento, nestes moldes empreendida, afasta-se do essencialismo e do fundacionalismo da filosofia racionalista tradicional e compromete-se com um paradigma contextual, onde a investigação científica é contingente e controlável pelo sujeito, uma vez que a conclusão antecipa-se desde logo como um *insight* criativo visando à fixação da crença e, por conseguinte, um molde para a ação.

Outrossim, interessa compreender que o raciocínio no direito coaduna-se com o modo de inferência da abdução e, portanto, com a máxima pragmática de Peirce. O intérprete, ao deparar-se com a necessidade de solucionar um problema jurídico que a si é apresentado, vê-se apanhado por um estado de dúvida nos moldes da dúvida genuína peirceana, de sorte que sua atuação distingue-se mediante uma antecipação, ainda que inconsciente, de uma conclusão plausível para o caso concreto em análise. Nesse sentido, o desfecho do raciocínio jurídico se aperfeiçoa como um *insight* criativo, antecipando as consequências práticas da norma jurídica, enquanto produto da interpretação, de modo que o fato jurídico – que aqui se identifica com a premissa menor do silogismo – constitui-se uma hipótese conceitualmente verossímil e, portanto, falível. Em outras palavras, a interpretação jurídica é hipotética e falível, filosoficamente pragmática.⁸⁰

A seção seguinte tem o escopo de analisar como o pragmatismo filosófico, comprometido com um paradigma de Teoria do Conhecimento que se afasta do essencialismo e do fundacionalismo metafísicos da filosofia racionalista tradicional, exerce, mesmo que não raramente de modo não explícito ou mesmo inconscientemente, influência no processo de

⁷⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁸⁰ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A retórica da lógica. *Op. Cit.*, p.182.

construção da norma jurídica, caracterizando o que se convencionou denominar pragmatismo jurídico, destacadamente em sede de prestação jurisdicional visando à formação de precedentes judiciais, objeto precípua da presente dissertação.

2.4 Pragmatismo jurídico e decisão jurídica

As manifestações do pragmatismo filosófico acerca da Teoria do Conhecimento, sobremaneira aquelas de Charles Sanders Peirce e William James, nos moldes acima mencionados, tiveram grande repercussão no âmbito do direito, caracterizando o que se pode denominar pragmatismo jurídico⁸¹, enquanto

[...] expressão da perspectiva [...] de que a lei não seria um processo de deduções de decisões corretas dos princípios jurídicos estabelecidos, mas, antes, um contínuo processo ou adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, numa tentativa de chegar a soluções que sejam corretas apenas no sentido de que realmente funcionaram no contexto social em que agiram.⁸²

Distingue-se atuação eminentemente criativa, visando à superação do conceitualismo estabelecido enquanto determinação da verdade que implique uma decisão correta, e, por conseguinte, incline-se ao afastamento do formalismo interpretativo marcado pela lógica dedutiva tradicional, de modo que o processo de interpretação do direito se estabelece sob um paradigma cético, alheio a considerações acerca da ideia de certeza moral.⁸³

O pragmatismo jurídico se caracteriza como um método de apreensão do objeto para além do proposto pela filosofia racionalista tradicional. A aplicação do direito, considerando-se aqui a lei *lato sensu* e os precedentes judiciais, verifica-se mediante contínuo processo de adequação entre o conceitualmente estabelecido – instrumentos normativos em sentido amplo – e os fatos, de tal sorte que o próprio contexto do intérprete é fator determinante em tal processo, haja vista que os conceitos não se aperfeiçoam em si mesmos, de forma abstrata, mas em consonância com os resultados práticos que implicam.⁸⁴

⁸¹ No presente trabalho utilizar-se-á pragmatismo jurídico para representar um método de apreensão do direito, de sorte que a relação linguística estabelecer-se-á sob a perspectiva do objeto – direito –, analisado a partir das consequências práticas de sua definição conceitual, em consonância com o raciocínio abduutivo de Peirce – e não acerca da linguagem pertinente ao objeto.

⁸² FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 32.

⁸³ FERREIRA, Cicero Alberto Mendes. A Atuação do Poder Judiciário na Efetivação das Normas Constitucionais: A implementação de políticas públicas de educação básica como direito fundamental. *In* SILVA, Artur Stanford (Org.). **II Encontro Procad UFAL, UFPE, UFPB: O Judiciário e o discurso dos direitos humanos** (memória digital). Recife: Universitária da UFPE, 2012. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxlbmNvbnRyb3Byb2NhZGpkZGh8Z3g6N2ZjMDZhMGZzZGE4MDBh>>. Acesso em: 13 mar 2014. p. 33-34.

⁸⁴ CATÃO, Adrualdo De Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. *Op. Cit.*, p. 20 e 23.

2.4.1 A distinção epistemológica entre ser e dever ser ante a perspectiva do pragmatismo jurídico

À semelhança do que ocorre no pragmatismo filosófico, propõe-se a superação do dualismo epistemológico entre pensamento e existência, que no direito expressa-se por meio de uma rígida separação empreendida por Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito entre os planos do ser e do dever ser.

O plano do ser implica uma relação causal que, de forma valorativa, considera o comportamento dos entes dentro do ordenamento jurídico, ou seja, assinala o fato. O plano do dever ser, por outro lado, é a expressão perfeita do normativismo, o centro da ciência jurídica kelseniana, um exame que define o que se deve fazer dentro de uma estrutura lógico-formal. Logo, no espectro epistemológico da Teoria Pura, o direito não se estabelece mediante uma relação de causalidade – integração entre o ser e o dever ser –, mas de imputação, entre fatos e instrumentos normativos considerados em abstrato.

A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com a consequência do ilícito, como causa. É evidente que a ciência jurídica não visa uma explicação causal dos fenômenos jurídicos: ilícito e consequências do ilícito. Nas proposições jurídicas pelas quais ela descreve estes fenômenos ela não aplica o princípio da causalidade, mas um princípio que – como mostra essa análise – se pode designar por imputação.⁸⁵

Desse modo, Kelsen propõe pureza epistemológica no âmbito da Ciência do Direito e para tal toma como pressuposto a distinção lógica entre os planos do ser e do dever ser, perspectivas descritiva e prescritiva, respectivamente, acerca do conhecimento jurídico. Tais planos, absolutamente independentes, são marcados por paradigmas outrossim distintos, o ser, causalidade, o dever ser, imputação.⁸⁶

A separação lógica entre ser e dever ser significa basicamente que de uma proposição fática (ser) não se pode inferir uma norma (dever ser) e vice-versa. Se uma não se pode inferir da outra, elas participam de linguagens diferentes e a lógica de cada uma delas é também diferente [...].⁸⁷

⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Batista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 91.

⁸⁶ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista. *Op. Cit.*, p. 11.

⁸⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. **A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda como formalização da decisão judicial**: A viabilidade da noção de verdade no direito diante da pragmática wittgensteiniana. Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/4155/arquivo6331_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 Ago. 2016, p. 50.

Em sentido diametralmente oposto, o pragmatismo jurídico, a partir do raciocínio abduutivo de Peirce, ponderando acerca das consequências práticas dos conceitos e tomando o fato jurídico como uma inferência verossímil realizada a partir da conclusão – decisão – e da regra geral tomada como premissa maior – norma –, procura integrar os planos do ser – mundo dos fatos – e do dever ser – mundo dos direitos.⁸⁸

Com efeito, ao valer-se da abdução como raciocínio mais adequado em sede de interpretação do direito, o pragmatismo jurídico afasta o modelo meramente subsuntivo do racionalismo tradicional e empreende paradigma hermenêutico que pressupõe a superação do dualismo entre ser e dever ser, unindo existência e pensamento, ou seja, fato jurídico e norma, enquanto categorias *a priori*.⁸⁹

Todavia, é mister destacar que a ideia pragmática de superação do dualismo ser/dever ser, enquanto categorias abstratas e *a priori*, não tem a aspiração de reduzir a complexidade do fenômeno jurídico, pelo contrário, visa incorporar os fatos como elementos efetivamente integrantes das decisões judiciais, proporcionando uma explicação enriquecida por considerações outras, antes apreciadas em separado, mesmo alheias à Ciência.⁹⁰

Propõe-se a superação, isto sim, do modelo ainda fortemente presente na dogmática jurídica hodierna, em que se verifica um apego formalista e essencialista à lei, como fundamento abstrato *a priori* do discurso jurídico, implicando a necessidade de prolação de uma decisão. A lei, nesta perspectiva, é um fim em si mesma e incumbe ao intérprete tão-somente, por meio de formal subsunção, aplicar a norma em abstrato ao caso concreto sob análise e estabelecer a única solução possível juridicamente a tais circunstâncias.

Essa concepção essencialista acerca da lei é permeada por um paradigma jurídico-político racionalista de separação entre sujeito e objeto, marcado pelo dualismo verdadeiro/falso quanto ao conhecimento. Há de se observar que tal posicionamento teórico não corresponde às ideias normativistas de Kelsen, para quem há inafastável abertura ao intérprete em sede de prestação jurisdicional,

[...] o texto dogmático é relativamente indeterminado, já que a aplicação do direito é uma relação entre um escalão inferior e um escalão superior. Esta relação não é jamais de total determinação. Portanto, a lei jamais vincula completamente o juiz, do

⁸⁸ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista. *Op. Cit.*, p. 12.

⁸⁹ NASCIMENTO, Tatiane Dantas. **Contribuição ao estudo da isonomia na tributação sob a perspectiva da ordem econômica**. Natal: Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da UFRN, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/14003/1/TatianeDN_DISSERT.pdf>. Acesso em: 9 Ago. 2016.

⁹⁰ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista. *Op. Cit.*, p. 14.

mesmo modo que o texto constitucional não vincula completamente o legislador ordinário. Daí que ‘a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada’. O direito de aplicar, assim, formaria uma espécie de moldura, dentro da qual o intérprete atua com uma espécie de liberdade.⁹¹

Nestes termos, ressalvada a rígida distinção epistemológica entre os planos do ser e do dever ser, no que diz respeito à interpretação jurídica em sede de prestação jurisdicional, é possível identificar similaridades entre o normativismo Kelseniano e o pragmatismo jurídico no que diz respeito à tomada da Ciência do Direito a partir de uma investigação metodologicamente não comprometida com a verdade ou com considerações de caráter moral, mas com a força do contexto como critério objetivo de solução de questões jurídicas reais.⁹²

A interpretação jurídica se aperfeiçoa como atividade de construção de um discurso cientificamente plausível e logicamente verificável, de modo que a sua validade não implica certeza acerca do conteúdo, mas adequação ao contexto sociojurídico em que se insere.⁹³

[...] A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.⁹⁴

Neste sentido, o arcabouço jurídico consolidado por meio da legislação e dos precedentes judiciais não vincula o intérprete, que rejeitando o formalismo da concepção de tomar tais normas jurídicas como conceitos jurídicos essenciais, tem a seu dispor o poder de criar, em consonância com as contingências do caso concreto, a solução que temporalmente seja mais adequada dentre as verossímeis juridicamente.⁹⁵

Portanto, o pragmatismo jurídico é um método de apreensão do direito que considera a decisão judicial como produto de uma construção lógica que, desconsiderando raciocínios fundados em conceitos *a priori* e abstratamente voltados ao conseguimento de um modelo de certeza teórica, almeja à certeza prática, considerada como manifestação de um juízo de

⁹¹ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: EdUFAL, 2007, p. 45-46.

⁹² POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 195-196.

⁹³ *Ibidem*, p. 200.

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p.246.

⁹⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito (The problems of jurisprudence)**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 608-611.

verossimilhança acerca dos fatos jurídicos, tomados conceitualmente a partir das consequências práticas da aplicação da norma jurídica enquanto instrumento normativo.⁹⁶

2.4.2 A decisão jurídica como uma manifestação antiessencialista

O conhecimento acerca do direito, nos moldes pragmáticos, constitui-se uma busca por clareza de pensamento visando superar o essencialismo metafísico que tem o escopo de descobrir a decisão escorreita e peremptória, em face de um paradigma interpretativo contextualizante em que há permanente submissão dos conceitos a novos testes de adequação à realidade, considerando as consequências práticas da utilização dos conceitos e, portanto, caracterizando-se como uma perspectiva metodológica antifundacionalista.

Na esteira do pragmatismo filosófico de Peirce e James, Oliver Wendell Holmes Jr. traz para o âmbito da interpretação jurídica uma concepção antimetafísica preocupada com as manifestações práticas da prestação jurisdicional, em oposição ao tradicional formalismo lógico-dedutivo.⁹⁷ Em outras palavras, tem-se que o modelo tradicional de subsunção mostra-se incapaz de apresentar soluções razoáveis aos problemas verificados em uma sociedade cada vez mais complexa, sendo necessária a utilização de uma forma de raciocínio capaz de trazer argumentos novos no processo inferencial – abdução –, uma vez que a indução e a dedução, por pressuporem juízos abstratos, tomados *a priori*, não satisfazem tal demanda no âmbito da Teoria do Conhecimento.⁹⁸

Holmes entende que a interpretação do direito necessária à prestação jurisdicional não consiste em uma conclusão inexorável decorrente da subsunção do fato à norma que não compreenda variações, mas decorrência de uma manifestação histórica e teórica que se realiza contextualmente. O Direito não se caracteriza tão-somente como uma construção lógica, mas como uma contextualização do fato jurídico, portanto previsível socialmente e não determinável logicamente.⁹⁹

Neste contexto, considerando o direito enquanto discurso previsível, Holmes defende que incumbe ao cientista do Direito afastar quaisquer divagações eminentemente abstratas que

⁹⁶ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista. *Op. Cit.*, p. 19.

⁹⁷ FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 31.

⁹⁸ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica das consequências concebíveis e o raciocínio abdução na análise da decisão do STF sobre a exigibilidade do exame de ordem. *Op. Cit.*, p. 7.

⁹⁹ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Cambridge: Harvard University, 1967. p.1.

visem a caracterizá-lo como proveniente de uma operação lógica visando à certeza e desenvolver um raciocínio probabilístico acerca das manifestações dos tribunais.¹⁰⁰

Os direitos e deveres primários com os quais se preocupa a jurisprudência são nada mais que profecias [...] um dever legal assim denominado é tão somente uma predição de que se um homem faz ou omite alguma coisa, sofrerá desse ou daquele modo pelo juízo do tribunal; e o mesmo se diga de um direito legal [...].¹⁰¹

A ideia de direito como profecia se estabelece aqui não como uma mera tentativa de prever como os instrumentos normativos serão interpretados pelos tribunais, fixando um padrão hermenêutico em um determinado juízo, o que por demandar uma definição conceitual *a priori* apenas em abstrato e a partir de uma visão essencialista seria possível.

A perspectiva de Holmes pode ser considerada nos termos do pragmatismo filosófico peirceano, tomando os instrumentos normativos como fatores integrantes da construção da decisão judicial e não como balizas abstratas para o empreendimento de um silogismo apodítico, que se efetiva visando à descoberta da verdade. Concebe-se paradigma hermenêutico em que a decisão é o produto de um raciocínio que pondera acerca de suas consequências práticas, de forma contextual e comprometida com a razoabilidade da definição conceitual realizada, que se coloca contingente e falível, haja vista a impossibilidade de previsão de todos os possíveis desdobramentos práticos da tomada de um conceito, bem como sua adequação irreprochável a situações futuras.¹⁰²

Afasta-se, em Holmes, o entendimento de que existe no instrumento normativo um sentido *a priori* e que o intérprete tem o escopo apenas de descobrir a norma jurídica. A determinação do efetivo significado do texto jurídico é contextual, de sorte que há impreterivelmente um paradigma social que define balizas às possíveis interpretações, em consonância com o empiricamente verificável.¹⁰³

¹⁰⁰ BARROS, Caroline Maria Costa. ALMEIDA, Livia Lemos Falcão. Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Imprensa: Uma Abordagem Pragmática Comparativa Entre o TJ/AL e o STF. In: SILVA, Artur Stanford (Org.). **II Encontro Procad UFAL, UFPE, UFPB: O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos (memória digital)**. Recife: Universitária da UFPE, 2012. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmNvbNvbnRyb3Byb2NhZGpkZGh8Z3g6N2ZjMDZhMGZlZGE4MDBh>>. Acesso em: 13 mar. 2014. p. 12.

¹⁰¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. In: POSNER, Richard A.(ed.). The Essential Holmes. Chicago – London: The University of Chicago Press. 1992. p. 160-177. In: SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa Da. MARTINEZ, Vinício C. **Rev. Disc. Jur. Campo Mourão**, v. 4, n. 1, Campo Mourão: p. 266 - 280, jan./jul. 2008. p. 275.

¹⁰² PEREIRA NETTO, Antonio Alves. Estudo sobre ato judicial e discricionariedade: Uma análise das possíveis influências do pragmatismo jurídico. In: CATÃO, Adualdo De Lima; PEREIRA NETTO, Antonio Alves; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coords.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade: Pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades**. Curitiba: Juruá, p. 29-56, 2014, p. 42-43.

¹⁰³ BROWNE, George. **Considerações em Torno do Pragmatismo e da Filosofia Jurídico-Pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr.** *Op. Cit.*, p. 12.

O modelo hermenêutico defendido por Holmes dispõe-se a inserir cientificidade no direito, com a superação de conceitos metafísicos e eminentemente morais, estabelecidos *a priori*, para caracterizar uma concepção contextualizante, que se vale da evolução histórica do direito marcada por considerações empíricas¹⁰⁴, que se distinguem pela metodologia de que o contexto político-social é elemento imprescindível enquanto componente determinante do sentido do instrumento normativo, que, rigorosamente, visa à consecução dos interesses público e do estrato social.¹⁰⁵

Assim, a atividade jurisdicional supera o formalismo racionalista tradicional ao afastar a ideia de que a decisão judicial constitui-se dedução de um instrumento normativo abstratamente considerado, instituindo a ideia de adequação contextual e continuidade do processo de desenvolvimento da Ciência do Direito como uma construção centrada em um raciocínio de verossimilhança conceitual e não de certeza.¹⁰⁶

Por conseguinte, o fundacionalismo teórico é substituído pela perspectiva pragmática de que há na Ciência do Direito caráter hermenêutico aberto, que atribui ao intérprete a incumbência de promover a integração entre a norma jurídica e a realidade por meio de uma atuação criativa, onde os juízos valorativos são contingentes e contextuais¹⁰⁷, de sorte que a lei, em sentido amplo, constitui-se parâmetro orientador da estruturação lógica do discurso fundamentador da decisão judicial, mas não a própria forma essencial do direito, haja vista a inafastável necessidade de atuação subjetiva do juiz no caso concreto mediante exercício político volitivo e sob sua própria responsabilidade, para além do adrede positivado.¹⁰⁸

A lei não é dotada de um sentido imanente, a ser descoberto pelo juiz mediante um processo de subsunção do fato à norma e justificado por uma razão abstrata universalizante e conceitualmente peremptória. A Ciência do Direito distingue-se mediante o empreendimento de juízos de adequação. A experiência e a verossimilhança dos conceitos constituem-se as pedras de toque de tal paradigma teórico, que se aperfeiçoa a partir de explicações inferenciais hipotéticas para problemas jurídicos concretos – abdução – e não de certezas lógicas decorrentes de considerações acerca da essência de comandos normativos em abstrato, o que no entendimento de Holmes consiste mesmo uma falácia.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰⁵ FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 48.

¹⁰⁶ PEREIRA NETTO, Antonio Alves. *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁰⁷ LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A jurisdição constitucional aberta**: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

¹⁰⁸ POSNER, Richard A. **Para além do direito (Overcoming law)**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 13.

A falácia [...] é a noção de que a única força atuante no desenvolvimento da lei é a lógica. No mais amplo sentido, com efeito, essa noção seria verdadeira. O postulado pelo qual pensamos a respeito do universo é que existe uma relação quantitativa fixa entre cada fenômeno e seus antecedentes e consequentes. Caso haja uma coisa tal como um fenômeno sem essas relações quantitativas fixas, tratar-se-á de um milagre. Tal fenômeno estaria fora da lei da causa e de efeito, e transcenderia nosso poder de pensamento, ou ao menos alguma coisa para a qual ou a partir da qual não poderíamos raciocinar. A condição de nosso pensamento a respeito do universo é que ele é capaz de ser pensado racionalmente, ou, em outras palavras, que cada uma de suas partes é efeito e causa no mesmo sentido em que àquelas partes estão com relação com aquilo que nos é mais familiar. Deste modo, no sentido mais amplo, é verdade que a lei é um desenvolvimento lógico, como qualquer outra coisa. O perigo de que falo não é a admissão de que os princípios que governam outros fenômenos também governam a lei, mas a noção de que um dado sistema, o nosso, por exemplo, pode ser trabalhado tal como a matemática a partir de alguns axiomas gerais de conduta. [...] É por causa disso que o dissenso é frequentemente condenado, como se ele quisesse dizer simplesmente que um lado ou o outro não estava fazendo suas contas corretamente, e que se ambos fizessem um pouco mais de esforço, a concordância inevitavelmente surgiria.

Essa maneira de pensar é inteiramente natural. O treinamento dos advogados é um treinamento em lógica. Os processos de analogia, discriminação e dedução são aqueles nos quais eles se sentem mais à vontade. A linguagem da decisão judicial é principalmente a linguagem da lógica. E o método lógico, assim como a forma, satisfaz aquela necessidade de certeza e de repouso que se encontra em toda mente humana. Mas a certeza geralmente é ilusória, e o repouso não é o destino do homem. Por trás da forma lógica encontra-se um juízo a respeito do valor e da importância dos fundamentos legislativos que se encontram em competição, embora seja verdade que tal juízo seja frequentemente inarticulado e inconsciente, embora permaneça sendo a verdadeira raiz e nervo de todo o procedimento. É possível conferir-se forma lógica a qualquer conclusão. Pode-se sempre implicar uma condição a um contrato. Mas por que implicá-la? Certamente isto é devido a alguma crença assim com a prática da comunidade ou de uma classe, ou é devido a alguma opinião, talvez política. Em suma, devido a alguma atitude sobre uma matéria incapaz de uma medida quantitativa, e, portanto, não capaz de fundar conclusões lógicas exatas. Tais assuntos são, na realidade, campos de batalha onde não há meios para determinações que serão boas para sempre, e nas quais as decisões nada mais poderão fazer do que dar corpo à preferência a certo assunto em um dado tempo e em dado lugar. Não imaginamos quão ampla parte de nossa lei está aberta a reconsiderações a partir de uma leve mudança no hábito da mente pública [...].¹⁰⁹

A prestação jurisdicional passa a ter como preocupação central as consequências da decisão judicial relativizando os critérios de uniformidade e coerência abstratos do direito e atribuindo a ideia de sistematicidade normativa às considerações relativas aos efeitos práticos decorrentes da aplicação de uma definição conceitual, superando a perspectiva do direito idealizado e tomado em abstrato – ou estereotipado –, em prol de um modelo voltado à adequação contextual da interpretação jurídica.¹¹⁰

Decorre de tal compreensão que a atividade precipuamente exercida pelo Poder Legislativo de promover a adequação do direito às necessidades verificadas socialmente

¹⁰⁹ HOLMES JR., Oliver Wendell. *Op. Cit.*, p. 272-273.

¹¹⁰ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale (*The nature of the judicial process*). Tradução Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção Justiça e Direito), p. 52-53.

através da legislação também incumbe ao Poder judiciário, que de seu turno, nos interstícios semântico-normativos e de forma mais dinâmica deve assegurar a consecução dos fins estabelecidos no arranjo jurídico-político-social.¹¹¹

Tal postura não significa desconsideração absoluta da legislação, mas sua ressignificação no processo de tomada de decisão. Em outras palavras, verifica-se comprometimento com o equilíbrio sistêmico quando da ponderação acerca das consequências da utilização dos conceitos jurídicos no caso concreto. A interpretação criativa realizada em sede de prestação jurisdicional não despreza o paradigma normativo consolidado na lei e nos precedentes, mas o submete a reiterados testes de adequação visando mesmo à aplicação racional do direito.¹¹²

Racionalidade aqui não se confunde com certeza metodológica visando à verdade, mas se caracteriza como manifestação de um discurso dotado de argumentos verificáveis¹¹³, que se estabelece em um ambiente teórico marcado por reiterados testes de adequação dos fundamentos conceituais norteadores da interpretação jurídica.

O escopo não é racionalmente estabelecer objetividade absoluta no direito, a ideia de interpretação racional distingue-se como desdobramento histórico e contextual idôneo a conduzir a uma decisão adequada às necessidades sociais a partir de um dado instrumento normativo, tomado como ponto de partida à prestação jurisdicional.¹¹⁴

A decisão judicial é inexoravelmente contextual e finalística, tendo o escopo de oferecer respostas para problemas concretos, em consonância com um jogo de linguagem que tão-somente *a posteriori* justifique o discurso jurídico adotado e, portanto, caracterize-se alheio a juízos de racionalidade abstratos e essencialistas de correção.¹¹⁵

O direito, enquanto instrumento idôneo a regular condutas e, deste modo, conduzir à ação, relaciona-se intrinsecamente, destacadamente em sede de Direito Constitucional – nos chamados casos de fronteira, ou casos difíceis, que demandam um arranjo argumentativo que envolve considerações jurídicas e políticas –, a uma perspectiva epistemológica prospectiva, ou seja, a lei, em sentido lato e os precedentes, não se constituem fundamentos abstratos, mas pontos de partida para a construção da decisão judicial voltada aos fins por esta implicados,

¹¹¹ *Ibidem*, p. 67-68.

¹¹² CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and economics, consequentialism and legal pragmatism: The influence of Oliver Holmes Jr. **25th IVR Word Congress Law Science and Technology**. Frankfurt am Main 15-20 August 2011. Paper Series n. 45/2012 – Series A – Methodology, logics, hermeneutics, linguistics, law and finance. Disponível em: <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24903>>. Acesso em 28 Abr. 2016.

¹¹³ FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 80.

¹¹⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. *Op. Cit.*, p.39-42.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.118-121.

volta-se, portanto, para o futuro, para o estabelecimento de um hábito que por ser verossímil conceitualmente e adequado politicamente às demandas socialmente verificadas, faz-se justificável como comando proveniente de uma autoridade competente – Estado/Juiz.¹¹⁶

À Ciência do Direito, neste contexto, incumbe avaliar a plausibilidade das soluções em concreto aplicadas em sede de prestação jurisdicional mediante juízos inferenciais de verossimilhança – raciocínio abduutivo – em face dos fins almejados e ratificar as ações relevantes à consecução de tais fins e descartar as que não atendam a tal demanda, empreendendo, neste desiderato, reiterados testes de adequação conceitual.

A prestação jurisdicional concretiza-se em espaço de destacada liberdade hermenêutica. Em outras palavras, considerando que a inferência que baliza uma decisão judicial implica uma hipótese desenvolvida a partir de um juízo de verossimilhança acerca das consequências práticas da aplicação de um dado conceito, ao juiz é atribuído significativo espaço criativo para solucionar conflitos, de tal sorte que a atividade interpretativa não se faz limitada por normas em abstrato, mas lhes atribui aplicação que possibilite adequação contextual da própria decisão.¹¹⁷ “[...] Trata-se de deixar de lado a procura pela natureza do direito em favor da questão: ‘como os juristas devem argumentar e decidir casos em um ambiente contextual?’”¹¹⁸

Neste diapasão, Benjamin Nathan Cardozo aprofunda as discussões propostas por Holmes, distinguindo a relevância de considerações acerca do “elemento subconsciente no processo judicial”¹¹⁹ e, tal qual James, define o pragmatismo como um método apto a superar discussões metafísicas, agora sob a perspectiva das decisões jurídicas.¹²⁰

Cardozo destaca que no direito, especialmente no Constitucional, verifica-se imensa generalidade na prescrição de institutos, de tal modo que a interpretação não pode ser estabelecida a partir de conceitos *a priori* e nem tampouco em caráter peremptório. A atividade jurisdicional não raramente utiliza-se do método da livre decisão, enquanto instrumento capaz de abalizar as manifestações pertinentes a cada momento histórico verificado no paradigma social, visando a preencher as lacunas existentes no ordenamento

¹¹⁶ SOARES, Marcos Antônio Striquer. Produção da sentença judicial com base na ética de C. S. Peirce. *In: Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia*. v. 12. n. 1, São Paulo: Centro de Estudos do Pragmatismo – Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jan.-jun. 2015. p. 129-149, Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/17417/16868>>. Acesso: em 1 Set. 2016, p. 135.

¹¹⁷ *Ibidem*, p.136 e 145.

¹¹⁸ CATÃO, Adrualdo De Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. *Op. Cit.*, p. 27.

¹¹⁹ FREITAS, Lorena de Melo. Um Diálogo Entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do pragmatismo Para a Discussão da Ideologia na Magistratura. *Op. Cit.*, p. 18.

¹²⁰ FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 77.

jurídico para além do previsto pelo legislador, estabelecendo os moldes definidores do sentido atribuído ao direito¹²¹, ou seja, distinguem-se princípios, que mediante reiterados testes de aplicabilidade, a partir de generalizações em situações concretas, estabelecem precedentes jurídicos, sempre submetidos a verificações de compatibilidade e adequação.¹²²

Nesse sentido, ante a complexidade do sistema sociojurídico, os precedentes constituem-se o início da atividade jurisdicional – e não raramente o instrumento fundamental à operação empreendida com o escopo de solucionar conflitos –, verificando-se a aplicabilidade e a adequação de seu preceito ao contexto em análise pelo juiz.¹²³

É possível mesmo afirmar que a própria produção do direito, considerado sob uma perspectiva epistemologicamente falibilista, aperfeiçoa-se de forma dispersa. A Lei, em sentido lato não é a única fonte do direito, admitindo-se que a atividade do magistrado é de relevância destacada neste processo, promovendo, de forma criativa, a contextualização da tradição jurisprudencial estabelecida através dos precedentes e, por conseguinte, instituindo um paradigma de continuo aperfeiçoamento científico.¹²⁴

Para Cardozo, no mister da prestação jurisdicional, preliminarmente o Juiz deve, a partir dos precedentes, distinguir o princípio relativo à situação concreta em análise, para então estabelecer seu padrão de desenvolvimento no discurso jurídico em construção.¹²⁵ Tal ação caracteriza-se em contexto de significativa subjetividade, haja vista que quando da aplicação dos métodos supracitados a manifestação pessoal do Juiz tem destacada relevância, o que, não raramente, aproxima a atividade jurisdicional da legislativa, ainda que sob a restrita perspectiva intersticial.

[...] Não a origem, mas a meta, é o principal elemento. [...] Dentro dos limites assim estabelecidos, na esfera em que se move a escolha, o princípio final de seleção para os juízes, assim como para os legisladores, é o da adequação a um fim. [...] O Direito é, na verdade, um desenvolvimento histórico, pois é uma expressão da moralidade costumeira que se desenvolve, de maneira silenciosa e inconsciente, de uma era para outra. [...] Mas o direito é também uma evolução consciente ou intencionada, pois a expressão da moralidade costumeira será falsa se a mente do juiz não estiver voltada para a realização da finalidade moral e de sua materialização em formas jurídicas. [...] Os critérios ou padrões de utilidade e moral serão encontrados pelo juiz na vida da comunidade. Serão encontrados da mesma maneira pelo legislador [...].¹²⁶

¹²¹ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 7.

¹²² *Ibidem*, p. 11-12.

¹²³ *Ibidem*, p. 9.

¹²⁴ CATÃO, Adrualdo De Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. *Op. Cit.*, p. 20-21.

¹²⁵ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 16.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 74-76.

Assim, o precedente judicial é alçado à condição de fonte do direito, aperfeiçoando-se não como uma vinculação histórica de princípios jurídicos pretéritos a conflitos sociais hodiernos, mas como uma construção contextual. A *ratio decidendi* se expressa argumentativamente, afasta-se a concepção de certeza no Direito, instituindo-se âmbito de verossimilhança das premissas então tomadas no discurso jurídico, que se configura logicamente nos moldes do raciocínio abduutivo de Peirce, ou seja, segundo um instrumento lógico-hipotético contextualizante, centralizando a discussão nas consequências práticas da manifestação jurisdicional, em que há a subsunção do fato à norma.¹²⁷

2.4.3 Decisão jurídica e vinculação aos precedentes

A concepção de precedente judicial está intimamente relacionada ao princípio do *stare decisis* – abreviação da expressão de origem latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso¹²⁸ –, que se estabelece como respeito obrigatório ao precedente, tendo como antecedente lógico uma prestação jurisdicional criativa.¹²⁹

O *stare decisis* distingue-se como uma exigência política de que juízos inferiores defiram respeito às decisões – ou melhor, as *ratione decidendi* inseridas nas referidas decisões – das instâncias judiciais que lhes são superiores e às suas próprias¹³⁰, imputando ao sistema de prestação jurisdicional racionalidade e estabilidade, haja vista que “[...] a decisão judicial inserida nesse sistema assume a função não só de dirimir uma controvérsia, mas também a de estabelecer um precedente, com força vinculante, de modo a assegurar que, no futuro, um caso análogo venha a ser decidido da mesma forma”.¹³¹

Não obstante o princípio do *stare decisis* tenha destaque na tradição do *Common Law*, é equivocado promover identificação entre um e outro. Em outras palavras, confundir o *Common Law*, enquanto plexo de costumes jurídicos do sistema anglo-saxônico, e o princípio de vinculação aos precedentes, não expressa acerto conceitual, uma vez que o sistema de precedentes caracteriza-se como um instrumento de estabilização hermenêutica e não como

¹²⁷ FREITAS, Lorena de Melo. **O Realismo Jurídico Como Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 65-66.

¹²⁸ STRÄTZ, Murilo. O Direito Constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil MacCormick. *In: Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 19-35, Mai.-Ago., 2012, p. 24.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In* DIDIER JR. Fredie. **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPODIVM, p. 533- 588, 2010. (v. 2), p. 535.

¹³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 241, p. 177-208, Jul.-Set. 2005, p. 180.

¹³¹ STRÄTZ, Murilo. *Op. Cit.*, p. 24.

uma característica essencial de um dado paradigma jurídico-cultural, sendo perfeitamente factível sua utilização no sistema de *Civil Law*, o que refuta a referida identificação.¹³²

Nesses termos, o precedente judicial, mais que um instituto vinculado a uma tradição jurídica específica, é uma realidade inerente à estrutura do próprio direito, construção conceitual que tem lugar no âmbito da Teoria Geral do Direito. Constitui-se manifestação hermenêutica em sede de prestação jurisdicional, expressa como decisão referente ao caso concreto, mas idônea a estabelecer parâmetro para casos semelhantes a partir de seus fundamentos – *ratio decidendi*.¹³³

Nesta perspectiva, há de se observar que uma sistematização visando à especificação de efeitos do precedente judicial tem lugar de destaque no novo paradigma processual brasileiro, inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil, que dedica especial atenção à matéria¹³⁴, tendo como desiderato precípua a fixação de modelo de prestação jurisdicional voltado à segurança e estabilidade jurídicas, capaz de superar o inconveniente prático de casos

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 539.

¹³³ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 2. p. 389-390.

¹³⁴ “Livro III, Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das decisões Judiciais; Título I, Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, Capítulo I, Disposições Gerais. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II os enunciados de súmula vinculante; III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I incidente de resolução de demandas repetitivas; II recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015. Arts. 926-928.

semelhantes serem decididos de maneiras distintas, ou seja, “[...] casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*)”.¹³⁵

No âmbito da decisão judicial, sobretudo no que diz respeito à prestação jurisdicional constitucional, em razão da inescapável abertura semântica dos instrumentos normativos e visando à racionalização do discurso, no sentido de manifestação hermenêutica dotada de argumentos verossímeis e empiricamente verificáveis, a análise dos precedentes, não raramente, exsurge como ponto de partida do intérprete.

[...] Atrás dos precedentes estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, e, mais atrás, os hábitos de vida e as instituições sociais que deram origem a essas concepções e que, estas, por suas vez, modificaram mediante um processo de interação. Mesmo assim [...], os precedentes ocuparam o terreno a tal ponto que é neles que [se deve] buscar o início do trabalho do juiz. Quase invariavelmente, o primeiro passo do juiz é examiná-los e compará-los [...].¹³⁶

Neste sentido, o intérprete vale-se do precedente como elemento informador do discurso, distinguindo o princípio inserto na decisão pretérita – *ratio decidendi* – e, em face de casos concretos, proporcionando o desenvolvimento do referido princípio por meio de reiteradas verificações de adequação prática.¹³⁷

A *ratio decidendi* do precedente, mais que um conceito definido em absoluto distinguindo simetria em conformidade com o escopo de alcançar coerência lógico-procedimental, caracterize-se como ponto de partida do discurso desenvolvido na prestação jurisdicional constitucional, que em consonância com os desdobramentos históricos, tradicionais e políticos aspira à solução de conflitos sociais reais.¹³⁸

A interpretação realizada quando da manifestação em sede de prestação jurisdicional acerca da adequação da *ratio decidendi* de um precedente a um caso concreto constitui-se uma atividade contextualizante, nos moldes do raciocínio abduutivo de Peirce. A construção lógica do discurso não se aperfeiçoa por meio da indução ou da dedução, visando à certeza, mas mediante uma inferência que solucione de forma satisfatória o conflito através de argumentos verossímeis, levantados a partir das consequências práticas previsíveis de sua aplicação. Em outras palavras, a aplicação de um precedente dá-se através da máxima pragmática de Peirce, de modo que a própria definição dos parâmetros de adequação de suas razões devem levar em consideração seus efeitos concretos atuais.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 588.

¹³⁶ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 9.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 20.

Tal atividade é, outrossim, eminentemente criativa, afastando-se concepções essencialistas e empreendendo uma adequação conceitual do princípio jurídico inserto na *ratio decidendi* ao contexto do intérprete, em inequívoca manifestação volitiva.

Essa manifestação volitiva não caracteriza arbitrariedade decisionista acerca do direito. Não obstante o destacado subjetivismo, não se verifica arbitrariedade quando da prestação jurisdicional, mas espaço criativo que possibilita a interpretação sob distintas perspectivas socialmente concebíveis e que têm sua aplicação condicionada, em última instância, à consecução do bem-estar social, contextualmente considerado.¹³⁹

A manifestação de vontade, neste íterim, identifica-se quanto ao pronunciamento do órgão judicante acerca dos parâmetros justificadores da decisão jurídica, que são estabelecidos em face do paradigma sociolinguístico do referido órgão, distinguindo-se destacada abertura interpretativa, limitada impreterivelmente pelo princípio que veicula o dever jurídico de fundamentação das decisões.¹⁴⁰

A atividade interpretativa, no presente trabalho considerada nos moldes do pragmatismo jurídico, é antiessencialista e antifundacionalista, a manifestação jurisdicional se configura como atividade normativamente inovadora¹⁴¹, capaz de veicular as consequências que contextualmente sejam mais razoáveis socialmente.¹⁴²

Postas tais considerações, no capítulo seguinte empreender-se-á uma análise acerca da Teoria do Precedente Judicial, enquanto teoria particular no âmbito da Teoria Geral do Processo, avaliando as definições de seus conceitos fundamentais no contexto do novo Código de Processo Civil brasileiro, sobretudo no que se refere à construção da *ratio decidendi*, sob uma perspectiva pragmatista. Observar-se-á a aplicação do raciocínio abduativo de Peirce como inferência lógica, verificada no contexto da descoberta, utilizada quando da estruturação da decisão judicial e como tal perspectiva pode contribuir para a sistematização da aplicação dos precedentes judiciais.

¹³⁹ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 36-38.

¹⁴¹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁴² ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. *Op. Cit.*, p. 172.

3 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E CONSTRUÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

3.1 Uma Teoria do Precedente Judicial pragmatista?

A ideia de vinculação a um precedente judicial tem lugar em razão da necessidade de previsibilidade em sede de prestação jurisdicional, bem como de afastarem-se juízos dissonantes em face de demandas similares. Aspira-se, assim, à redução do grau de indeterminação inerente aos enunciados normativos, promovendo, por meio de uma linha condutora de ação – *ratio decidendi* –, o estabelecimento de uma regra geral idônea a servir de parâmetro para a solução de casos semelhantes.¹⁴³

A segurança é o desiderato precípua do empreendimento de uma sistemática de aplicação vinculante de precedentes judiciais, que deve ser desenvolvida sem que seja olvidada a inescapável abertura criativa do intérprete quando da manifestação em sede de prestação jurisdicional, que nos moldes pragmatistas do presente trabalho, não tem o escopo de estabelecer um paradigma epistemológico de certeza, mas de verossimilhança dos conceitos, sempre tomados de forma contextual e contingente, ou seja, as noções de previsibilidade e segurança jurídicas inseridas na ideia de respeito ao precedente são tomadas em consonância com uma perspectiva de falibilidade da própria ciência, de sorte que a observação de decisões pretéritas não se constitui empecilho à refutação de conceitos jurídicos tendo em vista a adequação destes a demanda por soluções para problemas reais e atuais, que tão-somente em face das peculiaridades de seu tempo podem ser apreendidos.

Assim, é possível estabelecer uma perspectiva teórica acerca do processo e, em especial, do precedente judicial, que se caracterize por buscar a contextualização dos conceitos jurídicos, levando em conta no processo de tomada de decisão em sede de prestação jurisdicional e, portanto, da formação do precedente e de sua posterior aplicação às circunstâncias fáticas semelhantes, elementos políticos, religiosos, científicos e culturais que permeiem o plexo de crenças do intérprete e da comunidade jurídica como um todo.¹⁴⁴

¹⁴³ JESUS, Priscilla Silva de. **Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual**. Salvador: Repositório Institucional da Universidade Federal da Bahia, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015, p. 23 e 26-27.

¹⁴⁴ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**: A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao direito. João Pessoa: Ideia, 2013, p. 28.

O pragmatismo jurídico se propõe um método de apreensão do direito, promovendo considerações teóricas a partir das consequências práticas dos conceitos – máxima pragmática de Peirce –, de modo que a sistematização de uma Teoria do Precedente Judicial é plenamente compatível com uma perspectiva pragmatista do direito.

O que se pretende é afastar uma postura essencialista que identifique a Teoria do Precedente Judicial com o estabelecimento de certezas acerca da interpretação do direito. A atividade hermenêutica de viés pragmatista é eminentemente criativa, contextual e falibilista. A ideia de segurança não corresponde a de certeza epistemológica, mas tão-somente a de previsibilidade – ainda que contingente – acerca das possibilidades concebíveis praticamente de utilização dos conceitos em face de problemas reais – raciocínio abduutivo de Peirce.

Averso aos modelos formais de conceituação do discurso e às teorias abstratas, e tendo como pressuposto uma doutrina anti-essencialista [sic] e anti-fundacionalista [sic], o Pragmatismo de Peirce, a partir da abdução, aparece como uma fecunda forma de raciocínio para tratar de questões jurídico-filosóficas, em substituição ao modo de pensar cartesiano de base idealista. As deficiências do modelo subsuntivo tradicional, incapaz de resolver os problemas que a realidade social faz surgir revela a necessidade de se buscar respostas com base em uma teoria crítica.¹⁴⁵

A Teoria Geral do Processo e, de modo geral, a própria Teoria do Conhecimento, se estabelece como plexo de enunciados idôneos a promover a estruturação sistemática e racional do objeto de estudo. Assim, considerando que a sistematização em tela não tem o escopo de estabelecer verdades – definições ontologicamente peremptórias –, a discussão no âmbito teórico faz-se eminentemente linguística, partindo de hipóteses que visam apresentar respostas às demandas por soluções acadêmicas em consonância com o estado de técnica.¹⁴⁶

O escopo da ciência, sob uma perspectiva pragmatista, consiste em estabelecer uma estrutura sistemática inteligível, a partir de contingências fáticas verificadas no tecido social, visando a um exame comprometido com as possibilidades de adequação dos conceitos a necessidade de ação humana nas diversas circunstâncias da vida. Assim, uma teoria não se constitui uma consideração abstrata acerca de um dado objeto, tal paradigma não satisfaz as demandas por respostas em uma sociedade complexa. A ciência distingue-se para além de um paradigma de pureza conceitual, superando discussões metafísicas e buscando abalizar a ação, o empiricamente concebível, considerado a partir das consequências práticas dos conceitos.¹⁴⁷

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 43.

¹⁴⁶ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁴⁷ PEIRCE, Charles S. FRANKLIN, Christine Ladd. *Teoría (Theory)*. In: BALDWIN, J. M. *Dictionary of philosophy and psychology*. Tradução castelhana de Martha Rivera Sánchez. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/TeoriaPeirceLaddFranklin.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016, p. 1.

Visando ao desiderato de sistematizar o desenvolvimento da investigação no âmbito da Teoria Geral do Processo, Fredie Didier Jr. propõe um modelo conceitual escalonado em conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos. Entende o processualista baiano que “em um sistema conceitual, nem todos os conceitos ‘ocupam o mesmo plano’: há conceitos que possuem âmbito de validade específico, outros, genéricos; uns são conceitos fundamentais, outros, derivados e adjacentes”.¹⁴⁸

Neste diapasão, tem-se um modelo teórico caracterizado pelo estabelecimento de conceitos que se expressam epistemologicamente, com arrimo na Filosofia do Direito e outros que se distinguem em sede de direito positivo, disciplinando situações específicas, respectivamente, conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos.¹⁴⁹

Os conceitos jurídico-positivos relacionam-se ao regime jurídico em que se inserem, de sorte que o conceito está adstrito às peculiaridades do regime jurídico positivo do objeto, em outras palavras, os conceitos jurídico-positivos distinguem-se a partir de paradigma normativo específico e descrevem situações pontuais postas pelo direito.¹⁵⁰

Os conceitos lógico-jurídicos, diferentemente, se estabelecem como conceitos fundamentais da própria teoria – no estudo em tela, da Teoria Geral do Processo – e visam a orientar a estrutura lógico-epistemológica do objeto de estudo. Assim, é possível afiançar que os conceitos lógico-jurídicos têm o condão de no âmbito da Teoria do Conhecimento acerca do direito – Ciência do Direito –, nos moldes da perspectiva pragmatista aqui considerada, ou seja, sob um paradigma epistemológico comprometido conceitualmente com o empiricamente concebível, auxiliar a interpretação jurídica e estabelecer uma linha dogmático-jurídica condutora do desenvolvimento sistemático da própria teoria do direito.¹⁵¹

Destarte, os conceitos lógico-jurídicos desenvolvem duas funções, quais sejam, hermenêutica e de fundamento aos conceitos jurídico-positivos. Esta se distingue no escopo de subsidiar o jurista nas atividades de interpretação do direito; aquela se caracteriza por proporcionar os fundamentos para o desenvolvimento dos conceitos jurídico-positivos, implicando uma relação de dependência, haja vista que se estabelece um contexto de generalidade e especificação entre os referidos conceitos.¹⁵²

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 39.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPODIVM, p. 749-769, 2010, (V. 2), p. 754.

¹⁵² DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. *Op. Cit.*, p. 47-48.

Considerando que o precedente judicial – enquanto manifestação hermenêutica em sede de prestação jurisdicional – se expressa como decisão judicial referente a caso concreto, mas idônea a constituir-se parâmetro para casos semelhantes a partir de seus fundamentos essenciais – *ratio decidendi* –¹⁵³, não há razões para vincular sua conceituação tão-somente a prescrições de direito positivo, antes é mister tomá-lo como inerente a qualquer ordenamento jurídico¹⁵⁴, um conceito proveniente da Teoria Geral do Processo – conceito lógico-jurídico.

Nesta senda, tendo que o precedente judicial é uma decorrência lógica da decisão judicial, firma-se no âmbito da Teoria Geral do Processo, como conceito lógico-jurídico e, destarte, imprescindível à sistemática processual enquanto ciência, restando ao direito positivo – mediante a veiculação de conceitos jurídico-positivos –, a prescrição de efeitos específicos, que a partir da contextualização da ideia de precedente judicial, enquanto elemento conceitual proveniente da Teoria Geral do Processo, mas não tomado como premissa abstrata *a priori*, senão como ente contingente e balizador da ação em consonância com o praticamente verossímil, apresentar respostas para os problemas concretos verificados no bojo do tecido social.

O processo de tomada de decisão, sobremaneira no que diz respeito ao estabelecimento do precedente a partir da fixação da *ratio decidendi*, tem caráter inferencial hipotético, nos moldes do raciocínio abduativo de Peirce – lógica de investigação conceitual a partir das consequências empiricamente concebíveis – e se aperfeiçoa mesmo anteriormente à fundamentação, no contexto da descoberta, em ambiente hermenêutico eminentemente criativo, o que será aprofundado em tópico específico.¹⁵⁵

Posto que o precedente judicial distingue-se como conceito lógico-jurídico da Teoria Geral do Processo, é possível estabelecer conceitualmente, outrossim, mesmo uma Teoria do Precedente Judicial, enquanto teoria particular do processo, com conceitos fundamentais que lhe são afetos, como *ratio decidendi* e *obter dictum*, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*, que na sequência serão analisados.

¹⁵³ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Op. Cit.** p. 385.

¹⁵⁴ JESUS, Priscilla Silva de. **Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual.** *Op. Cit.*, 80.

¹⁵⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências.** *Op. Cit.*, p. 44.

3.2 Conceitos fundamentais da Teoria do Precedente Judicial

3.2.1 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

Como mencionado anteriormente, a estruturação de um sistema de precedentes tem o escopo de assegurar a justiça por meio da consecução da estabilidade e da segurança jurídicas, de modo que seja possível estabelecer decisões que, para além do caso concreto, constituam-se o reflexo da cultura consolidada em dado sistema jurídico, visando afastar decisões judiciais distintas em casos semelhantes.¹⁵⁶

Nesse contexto, a *ratio decidendi*, – ou *holding*, para os norte-americanos –, tem lugar de destaque no ambiente conceitual da Teoria do Precedente Judicial, enquanto teoria particular da Teoria Geral do Processo, distinguindo-se como elemento demarcador do significado da própria decisão jurídica tomada como precedente, que por ser alçada ao *status* de paradigma para a análise de casos futuros, tem seus fundamentos considerados para além da situação concreta que a ensejou.¹⁵⁷

É oportuno destacar que *ratio decidendi* é expressão polissêmica e na doutrina é considerada em diversas definições, por vezes mesmo sendo identificada com o próprio precedente judicial – decisão idônea a servir como parâmetro em casos similares –, o que não parece ser o mais adequado.

Segundo Pierluigi Chiassoni, a ambiguidade acerca da definição de *ratio decidendi* coloca-se no que tange às consequências atribuíveis ao referido conceito, distinguindo modelos conceituais que podem ser agrupados em dois grupos predominantes, quais sejam, quanto ao tipo de objeto designado e quanto ao grau de especificação do objeto designado.¹⁵⁸

No que se refere ao tipo de objeto, Chiassoni vaticina que *ratio decidendi* pode ser tomada sob três diferentes perspectivas: normativista abstrata, normativista concreta e argumentativa. A primeira perspectiva – normativista abstrata – refere-se à *ratio decidendi* como norma jurídica geral, em si mesma considerada, a ser deduzida a partir da decisão em

¹⁵⁶ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: Pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, Out.-Dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.asp?x?pdicntd=213410>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre *Et. Al.* (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPODIVM, p. 809-870, 2013. (v. 1), p. 812.

¹⁵⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: Tre esercizi di disincanto*. In: CAMANDUCCI, P. GUASTINI, R. (Eds.). **Analisi e Diritto**, 2004. Ricerche di giurisprudenza analítica, Torino: Giappichelli, p. 75-101, 2005, p. 80.

sua completude; na segunda – normativista concreta –, tem-se uma norma jurídica geral que a partir de atividade de contextualização fática realizada pelo intérprete, serve como padrão para em sede de prestação jurisdicional fundamentar a decisão de um caso; na terceira perspectiva – argumentativa –, *ratio decidendi* distingue-se elemento essencial ao desenvolvimento do discurso utilizado para fundamentar uma decisão.¹⁵⁹

Quanto ao grau de especificação do objeto designado, Chiassoni afirma que a definição de *ratio decidendi* também não se apresenta uníssona, sendo possíveis diversas conceituações, ora mais próxima de um modelo de norma geral – concreta ou abstrata –, ora como elemento essencial à fundamentação da decisão. Neste contexto, não exaustivamente, podem ser mencionados como conceitos:

(1) o elemento de motivação que é um pré-requisito, que é o passo lógico necessário para a decisão de um caso; (2) o princípio legal que no julgamento é suficiente para decidir o caso concreto; (3) o argumento necessário ou suficiente para definir um juízo; (4) a norma ('regra', 'princípio'), que é uma condição necessária e suficiente, ou a condição não necessária, mas suficiente ou até mesmo uma condição necessária, mas não suficiente, para uma dada decisão; (5) a norma para os fatos relevantes do caso que, à luz da análise textual do julgamento anterior, o tribunal tem de fato estabelecido e/ou seguido, além do que ele pode ter dito, ou pensado fazer; (6) a norma para os fatos relevantes do caso em que o tribunal que proferiu o julgamento afirma expressamente, ou (presumidamente) acredita ter estabelecido e/ou seguido; (7) a regra expressa ou implicitamente tratada pelo tribunal como necessária para decidir um caso; (8) a norma para os fatos relevantes do caso em que – à luz da legislação em vigor, dos fatos e dos precedentes, conforme acordado por um tribunal subsequente e/ou pela doutrina – o juízo que pronunciou o julgamento anterior deveria ter apurado e/ou seguido, para decidir adequadamente a disputa; (9) a norma para os fatos relevantes do caso em que, na opinião de um tribunal subsequente, o juiz que pronunciou o julgamento anterior considera como tendo estabelecido; (10) a norma para os fatos relevantes do caso em que, na opinião de um tribunal subsequente, o juiz que pronunciou o julgamento anterior tem efetivamente estabelecidos e/ou seguidos; (11) a norma para os fatos relevantes do caso em que, na opinião de juristas, um tribunal subsequente deve ter considerado como estabelecido e/ou seguido por um juízo anterior.¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 80-81.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 80-81. Tradução livre, no original: “(1) l’elemento della motivazione che costituisce la premessa necessaria, ovvero il passaggio logico necessario, per la decisione di un caso ; (2) il principio di diritto che nella sentenza è sufficiente a decidere il caso concreto ; (3) l’argomentazione necessaria o sufficiente per definire un giudizio ; (4) la norma (“regola”, “principio”) che costituisce, alternativamente: la condizione necessaria e sufficiente, oppure la condizione non necessaria ma sufficiente, o ancora una condizione necessaria ma non sufficiente, di una determinata decisione ; (5) la norma per i fatti rilevanti della causa che, alla luce di un’analisi testuale del precedente-sentenza, il giudice ha di fatto stabilito e/o seguito, al di là di ciò che costui possa aver affermato, o creduto di fare ; (6) la norma per i fatti rilevanti della causa che il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza dichiara espressamente, o (presumibilmente) ritiene, di avere stabilito e/o seguito ; (7) la norma espressamente o implicitamente trattata dal giudice come necessaria per decidere un caso ; (8) la norma per i fatti rilevanti della causa che – alla luce del diritto esistente, dei fatti e dei precedenti, così come intesi da un giudice successivo e/o dalla dottrina – il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza avrebbe dovuto stabilire e/o seguire, per decidere correttamente la controversia; (9) la norma per i fatti rilevanti della causa che, secondo l’opinione di un giudice successivo, il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza ha ritenuto di avere stabilito; (10) la norma per i fatti rilevanti della causa che, secondo l’opinione di un giudice successivo, il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza ha di fatto stabilito e/o seguito; (11) la norma per i fatti rilevanti della causa che, secondo l’opinione dei giuristi, un giudice successivo avrebbe dovuto considerare come stabilita e/o seguita da un giudice precedente”.

Note-se que as diversas acepções elencadas não são uniformes entre si e, por vezes, são mesmo contraditórias. Assim, Chiassoni arremata que a definição de *ratio decidendi* tem duas acepções, ambas sedimentadas no espectro da fundamentação da decisão, uma objetiva, que se expressa por meio de uma declaração explícita ou implícita que delimita o sentido da decisão jurídica em consonância com o direito positivo, outra subjetiva, que se identifica com a opinião do julgador acerca dos elementos determinantes da fundamentação inserta na decisão judicial. Logo, o conceito de *ratio decidendi*, para o jurista italiano, consiste na regra geral de direito contida na fundamentação – objetivamente e subjetivamente considerada – que se constitui elemento essencial da própria decisão, sem a qual esta não se aperfeiçoaria nos moldes em que se operou.¹⁶¹

Nos termos pragmatistas do presente trabalho, não obstante a ideia de construção da *ratio decidendi* no contexto da justificação não seja a mais adequada, uma vez que considerando a decisão jurídica a partir de uma inferência hipotética – raciocínio abduutivo –, a justificação se dá *a posteriori* e não como elemento caracterizador da fase inicial do processo, que se aperfeiçoa no contexto da descoberta, tema que será abordado em tópico específico na sequência, é possível asseverar que a estrutura normativa que há de constituir-se elemento vinculante ou persuasivo no contexto do precedente judicial é a *ratio decidendi*, que se caracteriza como princípio essencial da decisão jurídica estabelecida em sede de prestação jurisdicional e que tem o condão de constituir-se padrão interpretativo para julgamentos semelhantes futuros.¹⁶²

A *ratio decidendi* caracteriza-se como manifestação criativa do direito por parte do órgão julgante, veiculando os parâmetros definidores da decisão jurídica, que são estabelecidos em face do paradigma sociolinguístico do referido órgão.¹⁶³ Nestes moldes, a *ratio decidendi* é o elemento fundante da decisão jurídica, sem a qual esta não se aperfeiçoaria nos moldes em que o fez.¹⁶⁴

Não se confundindo com a fundamentação, nem tampouco com o dispositivo, mas caracterizando-se como elemento conceitual autônomo necessário à solução de dado caso concreto e, por conseguinte, essencial para formação do precedente judicial, a *ratio decidendi*

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 87-88.

¹⁶² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 241, p. 177-208, Jul.-Set. 2005, p. 180. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Op. Cit.** p. 385.

¹⁶³ FREITAS, Lorena de Melo. *Op. Cit.*, p. 36-38.

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Op. Cit.** p. 385.

constitui-se baliza vinculante ao intérprete quando da apreciação, em sede de prestação jurisdicional, de casos semelhantes.¹⁶⁵

Nesse diapasão, no âmbito da Teoria do Precedente Judicial, a *ratio decidendi* exerce dupla função decorrente da conceituação já apresentada, interna e externa. Aquela – interna – se expressa como baliza à instituição da norma jurídica individual inserta no dispositivo de determinado caso; esta – externa – caracteriza-se mediante a possibilidade do princípio jurídico contido na *ratio decidendi* espriar-se para além do caso concreto e constituir-se parâmetro a outros casos semelhantes.¹⁶⁶

A função externa da *ratio decidendi* é o elemento central do precedente, sendo idônea, sobretudo quando proferida no âmbito das cortes superiores – no caso do sistema jurídico brasileiro, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que têm caráter precípua de cortes de precedentes –, a universalizar-se com força vinculante nos casos especificamente prescritos pelo direito positivo, como se verifica no disposto no Art. 927 do novo Código de Processo Civil, que elenca casos em que as *ratione decidendi* dos respectivos precedentes obrigatoriamente deverão ser observadas.

Importante perceber que a indicação da *ratio decidendi* não se aperfeiçoa no juízo prolator da decisão jurídica precedente, como definição necessária de uma tese em abstrato acerca de uma questão jurídica, o que caracterizaria o estabelecimento de um modelo hermenêutico essencialista, no qual a aplicação do direito realizar-se-ia a partir de definições conceituais *a priori*. Ao juízo incumbido de promover a aplicação do precedente cabe a identificação em face do caso concreto, ponderando acerca da adequação prática da *ratio decidendi* paradigma às circunstâncias do caso em julgamento, de forma criativa e contextual.

Visando à identificação da *ratio decidendi*, na *common law* notabilizam-se as técnicas conhecidas como teste de Wambaugh e método de Goodhart, analisando os precedentes a partir dos fundamentos da decisão e dos fatos, respectivamente.¹⁶⁷

A técnica desenvolvida por Eugene Wambaugh tem como pressuposto a estruturação de uma proposição jurídica no bojo da decisão jurídica tomada como paradigma. Isto posto, o teste consiste em inserir uma palavra que inverta o significado da referida proposição e, deste modo, analisar se a nova proposição jurídica – contrária a primeira – é capaz de modificar a decisão. Caso não ocorra alteração, a regra geral tomada como proposição não se constitui

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. *Op. Cit.*, p. 813 e 831. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 183.

¹⁶⁶ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. *Op. Cit.*, p. 814.

ratio decidendi e, neste sentido, não há precedente judicial demarcado em tais fundamentos. Em outras palavras, para Wambaugh, a *ratio decidendi* constitui-se regra jurídica geral sem a qual a decisão se estabeleceria diversamente.¹⁶⁸

A crítica ao teste de Wambaugh tem lugar quando a decisão tem dois fundamentos que, independentemente, implicam a mesma conclusão. Neste caso, a inversão de um dos fundamentos não conduzirá a uma decisão diferente, inviabilizando a referida técnica de identificação da *ratio decidendi*.¹⁶⁹

O método de Arthur L. Goodhart busca delimitar a *ratio decidendi* a partir de fatos considerados essenciais – ou materiais – pelo juízo que prolatou a decisão paradigma. Ou seja, a avaliação jurídica atribuída aos fatos considerados materiais constituem a *ratio decidendi* de uma decisão jurídica, idônea a vincular a conclusão de casos futuros em que os referidos fatos sejam verificados.¹⁷⁰

A dificuldade do método Goodhart consiste em definir se um grupo de fatos foi considerado como material ou não em situações em que a fundamentação não aborda todos os fatos do caso, ou ainda em ocasiões em que há mais de um grupo de fatos considerados como fundamentais, o que implicaria a existência de mais de uma *ratio decidendi*. Em ambas as conjunturas, a técnica de Goodhart teria sua utilidade comprometida.¹⁷¹

Verificadas as inconsistências das técnicas apresentadas por Wambaugh e Goodhart, uma modelo que combine a identificação dos fatos de um caso e as razões que balizam a decisão parece ser mais adequado. Nesse sentido, Priscilla Silva de Jesus, a partir do que Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira denominam como método eclético ou misto, propõe que a delimitação da *ratio decidendi* deve seguir dois passos, quais sejam, a identificação dos fatos considerados relevantes para o caso e o levantamento da razão de decidir que conduziu à norma jurídica individual e concreta da decisão, nos moldes do teste de Wambaugh, atentando para a necessidade de repetição do teste em cada razão eventualmente existente no âmbito da decisão jurídica tomada como precedente judicial.¹⁷²

Há de se destacar, não obstante, que há decisões em que não se faz possível distinguir o respectivo princípio essencial por ocorrer defeito de fundamentação¹⁷³, o que se pode verificar quando órgão colegiado profere acórdão em que os votos têm bases diferentes e

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 814-815.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 815.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 815-817.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 816.

¹⁷² JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 38-39.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 32.

nenhuma é sustentada pela maioria, não havendo, neste caso, porque falar-se em precedente judicial, haja vista a ausência de *ratio decidendi*, matéria a que se retornará em seção específica na sequência do presente trabalho.¹⁷⁴

Além dos fundamentos que caracterizam a parte vinculante do precedente – *ratio decidendi* – há manifestações que não balizam diretamente a decisão, não obstante relevantes para a construção do discurso em sede de prestação jurisdicional como considerações incidentais, acessórias ou secundárias, alegações paralelas ou não determinantes para a solução do caso concreto, caracterizando o conceito de *obter dictum*.¹⁷⁵

As questões tratadas em uma decisão jurídica que não são necessárias à fixação da *ratio decidendi*, ou seja, os fatos ou fundamentos jurídicos, insertos no espectro da decisão, mas que são inequivocamente despiciendo a estruturação da conclusão do caso concreto sob julgamento, constituem-se *obter dicta* e, desta feita, apesar de integrarem a decisão, não são apanhados pela força vinculante do precedente judicial a casos futuros semelhantes.¹⁷⁶

[...] Somente a *ratio decidendi* ou *holding*, a matéria de direito essencial e decisiva do caso, constitui precedente vinculante. *Dicta*, soluções irrelevantes para a solução do caso, são, por convenção, não vinculantes para futuros juízes, ainda que, tal qual os escritos de qualquer pessoa, possam ser consideradas como argumentos. Se as *dicta* fossem vinculantes, um juiz poderia criar uma quantidade ilimitada de novo direito.¹⁷⁷

Dessa feita, tem-se uma concepção de *obter dictum* empreendida de forma negativa, isto é, os elementos contidos em um determinado caso e que não compõem a *ratio decidendi*, são *obter dicta*. Não obstante, os fundamentos considerados *obter dicta*, apesar de não serem determinantes no âmbito da *ratio decidendi*, podem exercer relevante papel no conjunto da decisão, como elementos complementares ao discurso em sede de fundamentação ou mesmo à estruturação do dispositivo da decisão jurídica, sem que sejam considerados elementos essenciais e vinculantes para juízos posteriores em casos semelhantes.¹⁷⁸

Outrossim, é possível afirmar que os elementos considerados *obter dicta* em uma decisão tomada como precedente vinculante a juízos posteriores exercem função persuasiva no âmbito da Teoria do Precedente Judicial. Podem funcionar como elementos essenciais na composição da fundamentação da decisão jurídica, indicar possível posicionamento futuro do

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano XI, n. 65, p. 18-21, Mar.-Abr. 2015, p. 19.

¹⁷⁵ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 38-39. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 184-185. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Op. Cit.** p. 387-388. CHIASSONI, Pierluigi. *Op. Cit.*, p. 84-86

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. *Op. Cit.*, p. 823.

¹⁷⁷ RASMUSEN, Eric. Judicial legitimacy as a repeated game. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. *Op. Cit.*, p. 829.

¹⁷⁸ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 40.

juízo que prolatou a decisão paradigma ou ainda, ser instrumento balizador de processo de superação de um dado precedente judicial.¹⁷⁹

Estabelecidos os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, é importante destacar que a aplicação de um precedente judicial não se realiza de forma automática, mediante uma estruturação lógica de enquadramento direto de fatos aos fundamentos de uma decisão tomada como paradigma, alheia a considerações relativas ao contexto cultural, aos valores e às pré-compreensões do intérprete, bem como às contingências do momento da aplicação. O juízo incumbido de aplicar um precedente judicial vinculante deve, a partir da *ratio decidendi* da decisão modelo, ponderar acerca de sua adequação às circunstâncias que lhe são apresentadas no caso concreto precedente, observadas as consequências práticas da tomada dos conceitos, valendo-se da técnica de *distinguishing* ou, em situação em que seja mais razoável a superação do precedente, do procedimento de *overruling*.¹⁸⁰

3.2.2 A técnica de *distinguishing* como instrumento de aplicação prática do precedente judicial

O processo de aplicação *in concreto* de um precedente judicial realizado pelo magistrado se dá a partir do estabelecimento de um liame entre a *ratio decidendi* da decisão jurídica paradigma e as contingências do caso presente. O princípio jurídico fundante do precedente – os motivos determinantes para a decisão –, neste contexto, devem ser considerados quando da construção da solução para o caso concreto atual, sendo a técnica de *distinguishing* extremamente relevante para tal, não visando à mera comparação entre as circunstâncias fáticas dos casos, mas auxiliando na estruturação de hipóteses concebíveis de solução para os problemas atuais apresentados em sede de prestação jurisdicional.¹⁸¹

Para Cardozo, a prestação jurisdicional inicia-se com uma operação de comparação – incumbe ao juiz analisar os precedentes judiciais. O precedente caracteriza-se como ponto de partida para a interpretação do direito, não o único possível, nem tampouco o que se estabelece peremptoriamente, mas aquele que se põe como postulado hermenêutico e mesmo como desdobramento da prática social institucionalizada, de modo que a análise da *ratio decidendi* inserta nas decisões pretéritas constitui-se a regra operativa primeira do processo.¹⁸²

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. *Op. Cit.*, p. 832 e 837.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 853-854.

¹⁸² CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 9.

A análise do precedente é o ponto de partida da construção da solução para o caso concreto presente e, assim sendo, não encerra a atividade do intérprete. A força diretiva do precedente está condicionada a constante teste de adequação visando à promoção da justiça. Assim, a supramencionada operação intelectual de comparação atribuída ao juiz possui duas funções: i) distinguir a *ratio decidendi* – o princípio subjacente – do precedente; e ii) realizar um teste de adequação do referido princípio ao direito como um todo, definindo suas tendências de desenvolvimento e os limites à sua força diretiva, com o escopo de manter a dinamicidade da atividade hermenêutica e promover a justiça.¹⁸³

A *ratio decidendi*, extraída do precedente judicial, tem o condão de conduzir a inquirição por soluções para casos semelhantes que no presente são submetidos à análise do Poder Judiciário. A operação de comparação mencionada por Cardozo pode ser empreendida por meio da técnica do *distinguishing* – ou *distinguish* –, que consiste na demonstração de incompatibilidade entre a decisão paradigma e o caso sob análise, de sorte que o princípio vinculante – norma jurídica geral – do julgado anterior não se aplique ao caso presente.¹⁸⁴

Entretanto, tem-se que se a referida norma jurídica geral não deve ser indiscriminadamente desconsiderada. Se, em sede de prestação jurisdicional, a existência de precedente judicial vinculante for ignorada e produzir-se manifestação injustificadamente diferente do paradigma inserto na *ratio decidendi* que anteriormente serviu de fundamento para a fixação do precedente, incorre-se em decisão *per incuriam*, em desacordo com um modelo de direito positivo que visa desenvolver uma Teoria do Precedente Judicial¹⁸⁵. Na nova sistemática processual brasileira, O novo Código de Processo Civil considera tal decisão mesmo como não fundamentada e, por conseguinte, passível de invalidação.¹⁸⁶

A decisão judicial, nesse sentido, é inescapavelmente contextual e tem como desiderato precípua a justiça social, caracterizando-se, no que diz respeito ao precedente judicial, como atividade construtora de sentido em paradigma científico que visa à superação de concepções metafísicas acerca da hermenêutica jurídica e de princípios inexoráveis, peremptórios e universalizantes, que sedimentam verdades intransponíveis. Busca-se a consecução de juízo de adequação dos conceitos às necessidades do contexto sociocultural

¹⁸³ *Ibidem*, p. 11-13 e 16.

¹⁸⁴ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 53-54.

¹⁸⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. *Apud* JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 54.

¹⁸⁶ “Art. 489. [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. *Op. Cit.*, Art. 489.

vigente no momento histórico de reavaliação da hipótese jurídica inserta na *ratio decidendi* da decisão paradigma em face do caso concreto presente.¹⁸⁷

O processo de comparação em tela aperfeiçoa-se em dois momentos: *distinguishing* método e *distinguishing* resultado. No primeiro momento – *distinguishing* método –, há processo de comparação entre a *ratio decidendi* da decisão paradigma e o caso concreto sob análise; no segundo momento, ante a comparação adrede realizada entre o princípio jurídico vinculante e a situação sob análise em sede de prestação jurisdicional, identifica-se semelhança ou dessemelhança – *distinguishing* resultado.¹⁸⁸

Desenvolvido tal processo de comparação mediante a aplicação da técnica de *distinguishing*, é possível que sejam apontadas diferenças relevantes quanto aos fatos que conduziram a decisão paradigma e os verificados nas circunstâncias atuais, ou que o caso concreto presente não se enquadre no disciplinamento jurídico tomado na *ratio decidendi* como precedente, uma vez que as questões de direito sejam distintas ou o princípio inserto na *ratio decidendi* seja amplo demais para as circunstâncias atuais, ou mesmo que exista precedente judicial que trate a matéria sob análise em sentido contrário ou ainda que elemento ignorado anteriormente seja relevante atualmente e demande reconsideração da aplicação da decisão paradigma ao caso concreto presente.¹⁸⁹

Notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso sub judice e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o caso livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida nos casos anteriores, por entender que, a despeito das particularidades concretas, aquela tese lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).¹⁹⁰

Destarte, observa-se que a aplicação dos precedentes é um atividade inexoravelmente contextual, tendo como pedra de toque um processo de ponderação acerca da adequação da *ratio decidendi* da decisão paradigma a processos posteriores, devendo-se superar a concepção que promove a identificação entre súmulas e jurisprudência uniforme com precedentes, haja vista a flagrante distinção entre seus conceitos¹⁹¹ e estabelecer um modelo lógico de inferência que se pretenda antifundacionalista e antiessencialista, que considere as contingências socioculturais e contextualmente pondere acerca da utilização de hipóteses

¹⁸⁷ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 109-110.

¹⁸⁸ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 54-55.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 55-56.

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Op. Cit.** p. 403.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC. *Op. Cit.*, p. 19.

jurídicas que se adequem ao caso concreto para além da ideia de certeza, mas em consonância com um modelo de verossimilhança dos conceitos.

Assim, sendo a análise dos fundamentos de um precedente, no âmbito da Teoria do Precedente Judicial, o ponto de partida do intérprete na atividade de análise da adequação dos conceitos sedimentados na *ratio decidendi* de um precedente, há de se observar que incumbe ao juízo presente promover a superação ou a reformulação do princípio jurídico de tal decisão tomada como paradigma que não mais satisfaça às demandas sociais em dado momento histórico, o que caracteriza a operação de *overruling*.

3.2.3 Superação e readequação do precedente judicial: *overruling* e *overriding*

A decisão judicial se estabelece como o produto de uma atividade criativa, que não está imune a contingências históricas, tradicionais e políticas, com o escopo de alcançar a justiça social. A *ratio decidendi* dos precedentes, mais que um modelo interpretativo estabelecido peremptoriamente visando à simetria e a coerência lógico-procedimental, caracteriza-se como um ponto de partida ao desenvolvimento do discurso jurídico empreendido em sede de prestação jurisdicional, mesmo um postulado a ser reiteradamente submetido a testes de adequação prática no âmbito da Filosofia do Direito e, outrossim, da própria Ciência do Direito.

A partir da atividade intelectual do *distinguishing*, é possível verificar que em algumas situações, para além de inadequação fática da *ratio decidendi* do precedente judicial ao caso sob análise, verifica-se impossibilidade conceitual de aplicação do princípio essencial da decisão paradigma, circunstância que demanda o processo de superação do precedente.¹⁹²

Assim, considerado ponto de partida do discurso jurídico, o precedente, quando não mais adequado contextualmente às necessidades sociais, aos usos, costumes, tradições, enfim, ao paradigma cultural de uma época, deve ser afastado por inservível ao desiderato de consecução da justiça e por outro substituído pela lavra do Poder Judiciário em face de caso concreto que lhe seja apresentado, dispensando a movimentação da máquina legislativa ou a completa revisão do direito a cada inflexão ou readequação promovida na sociedade.¹⁹³

Sob tal perspectiva, a regra de adesão aos precedentes deve ser vista com temperamentos, a rígida vinculação do hodierno paradigma jurídico às pretéritas decisões judiciais, ao invés de conferir estabilidade e coerência ao discurso, pode implicar erro e

¹⁹² JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁹³ CARDOZO. Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 112.

ratificação da injustiça. Incumbe ao Poder Judiciário promover, mesmo como corolário inafastável da ciência, a constante revalidação dos precedentes mediante constantes testes de adequação destes a realidade social, inclusive afastando aqueles que não mais correspondam às necessidades e aos permanentes incrementos de complexidade da sociedade.¹⁹⁴

Neste contexto, é possível que se verifique superação total do precedente – *overruling* –, com a instituição de nova *ratio decidendi* e, por conseguinte, de precedente totalmente novo acerca da matéria em tela; ou superação parcial do precedente – *overriding* –, não havendo afastamento, mas readequação do princípio essencial da decisão paradigma às novas circunstâncias verificadas empiricamente em sede de prestação jurisdicional.¹⁹⁵

Neste diapasão, é de destacada relevância a postura criativa em sede de prestação jurisdicional, o ideário do juiz como descobridor do sentido da lei tem seu lugar na Ciência do Direito tão-somente pela irrefutável impossibilidade prática de sua consecução. Há, na prática dos tribunais, influxos incontestes de um sem número de elementos metajurídicos, que condicionam a decisão jurídica ao contexto social, político e cultural do intérprete. Em outras palavras, o juiz, trazendo para o processo judicial seus preconceitos, sua visão de mundo, sua cultura, que a rigor refletem o contexto da cultura na qual se insere, molda o direito e conduz a interpretação e o desenvolvimento do precedente judicial.¹⁹⁶

A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. Embora possam existir outros motivos, [...] as hipóteses mais comuns de superação do precedente [são]: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexecutável na prática.¹⁹⁷

No contexto de *overruling*, bem como em toda a sistemática de aplicação vinculante de precedentes judiciais, é mister que se observem segurança jurídica, isonomia – mesmo tratamento em sede de prestação jurisdicional a situações semelhantes – e estabilidade sistêmica do Direito.¹⁹⁸

A superação pode ser expressa – *express overruling* – ou tácita – *implied overruling*. Quando há manifestação explícita pela adoção de novo entendimento e, por conseguinte, fixação de nova *ratio decidendi*, o que caracteriza novo precedente judicial, tem-se *express overruling*. Nos casos em que a modificação de orientação não se dá de modo claro e

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 117.

¹⁹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 187.

¹⁹⁶ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 125-126.

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. *Op. Cit.* p. 406.

¹⁹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 189.

expresso, mas a partir de fixação de *ratio decidendi* que flagrantemente colida com o fundamento de decisão jurídica anterior, há *implied overruling*.¹⁹⁹

Em ambas as situações, o processo de *overruling*, neste contexto, caracteriza-se como estabelecimento de um novo precedente judicial, que, quanto a seus efeitos temporais, pode ser classificado como *retrospective overruling* – dotado de efeitos *ex tunc*, ou retrospectivos – ou *prospective overruling* – efeitos *ex nunc* ou prospectivos.²⁰⁰

Nesse contexto, os efeitos temporais do novo precedente podem ser classificados como i) de aplicação retroativa pura – aplicam-se às situações anteriores e posteriores à prolação, inclusive aquelas transitadas em julgado, ii) aplicação retroativa clássica – os efeitos espraiam-se às situações anteriores, ressalvadas aquelas em que haja trânsito em julgado, iii) aplicação prospectiva pura – o precedente tem aplicação tão-somente para as situações que ocorrerem posteriormente, não sendo contemplado, inclusive, o caso em julgamento, iv) aplicação prospectiva clássica – aplica-se o precedente para os casos futuros, exceto para os fatos do caso sob julgamento, v) aplicação prospectiva a termo – o novo precedente aplica-se a partir de data determinada pelo órgão judicial.²⁰¹

No espectro de possibilidades de superação ou readequação de um precedente judicial é ainda possível verificar o fenômeno de *antipipatory overruling*, que consiste na antecipação, por juízo inferiores, de uma provável modificação de entendimento por parte do tribunal superior, fixando novo precedente judicial. Há, nesse fenômeno, a não aplicação de precedente por parte dos juízos vinculados com base em um juízo de probabilidade acerca da modificação de posicionamento do juízo vinculante, que se confirma caso este efetivamente estabeleça decisão paradigma sobre a matéria sob nova *ratio decidendi*. Caso não se confirme a tendência de alteração da *ratio decidendi* paradigma, o precedente não deve ter sua incidência afastada.²⁰²

À guisa de conclusão à presente seção, tem-se que o estabelecimento de conceitos fundamentais para a sistematização da aplicação do precedente judicial, tomando este como elemento decorrente mesmo da decisão judicial e, portanto, verificável independentemente de contingências do direito positivo, o caracterizam como conceito lógico-jurídico inserto no

¹⁹⁹ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 65.

²⁰⁰ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 66.

²⁰¹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166-167.

²⁰² JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 71-72.

âmbito da Teoria Geral do Processo e possibilitam a distinção de uma Teoria do Precedente Judicial, enquanto teoria processual particular.

Até aqui a exposição se fez acerca da identificação, aplicação e superação da *ratio decidendi*, enquanto elemento fundamental para a fixação de um precedente judicial. Faz-se mister abordar, outrossim, em consonância com a perspectiva pragmatista acerca da Teoria do Direito neste trabalho defendida – ou seja, um modelo epistemológico marcado pelo antiessencialismo, pelo antifundacionalismo e pelo contextualismo dos conceitos jurídicos –, o modo de construção da própria *ratio decidendi*, discutindo o enquadramento de tal atividade criativa do intérprete na delimitação concernente aos contextos da descoberta e da justificação, tomando como parâmetro o raciocínio abduutivo de Peirce.

3.3 Os contextos da descoberta e da justificação e a construção da *ratio decidendi* na fixação do precedente judicial

Como mencionado acima, a atividade de construção da decisão jurídica é eminentemente criativa e, nos moldes do pragmatismo de Peirce, se aperfeiçoa por meio de uma inferência hipotética, que a partir de considerações acerca das consequências práticas da utilização de um conceito jurídico para a solução de um problema jurídico e de uma regra geral, implica um modelo concebível de caso. Em outras palavras, a construção lógica que se estabelece infere dos efeitos para as causas – conclusão-regra-caso –, mediante um juízo de verossimilhança, caracterizando a abdução.

A hipótese levantada nesses termos não é uma correspondência, uma representação da realidade, mas uma possibilidade tão-somente concebível e, portanto falível, vislumbrada pelo intérprete a partir de um *insight* criativo visando à consecução da fixação de um modelo plausível de ação que, contextualmente, adequa-se às necessidades de solução de um determinado caso concreto.

A decisão jurídica não se aperfeiçoa como solução logicamente correta deduzida a partir de um instrumento normativo abstratamente considerado. A lógica da tomada de decisão é contingente, falível e contextual, manifesta-se como uma inclinação intelectual que possibilite dirimir um conflito social por meio de uma aplicação concebível do direito. Não se busca a verdade, mas a plausibilidade do juízo empreendido visando à inferência de uma hipótese, como no exemplo apresentado por Peirce, *in verbis*:

Em uma ocasião desembarquei em um porto de uma província turca; e, ao aproximar-me da casa que queria visitar, me deparei com um homem a cavalo, escoltado por quatro batedores que sustentavam um dossel sobre sua cabeça. Como o governador da província era o único personagem que eu poderia pensar fosse tão magnificamente honrado, inferi que era ele. Isto foi uma hipótese.²⁰³

Percebe-se que não há no exemplo de Peirce acima reproduzido uma conclusão que se impõe a partir do desenvolvimento de uma construção lógica que implique um discurso racionalmente justificado, mas uma inferência que, a partir de um *insight* criativo, distingue uma possibilidade de apaziguamento de uma dúvida genuína acerca de uma questão real, de modo que o estabelecimento da hipótese se aperfeiçoa contextualmente e mesmo anteriormente aos fundamentos que lhe asseguram plausibilidade discursiva. Em outras palavras, tem-se que a descoberta precede a justificação.

Tal arranjo mental tem lugar de destaque no direito. Rigorosamente, são essas construções da imaginação do intérprete que se constituem os fundamentos motivadores, ainda que inconscientemente, da decisão jurídica, que se estabelece em dois momentos, quais sejam, os contextos da descoberta e da justificação. Naquele verificam-se as manifestações psicológicas que conduzem à decisão – ou à elaboração de uma solução plausível para um problema real enfrentado pelo intérprete –, nos moldes do raciocínio abduutivo de Peirce, tratado no primeiro capítulo do presente trabalho e que Benjamin Cardozo classifica como elementos subscientes; este representa a fundamentação, que se apresenta argumentativamente segundo um arranjo lógico que possibilita a decisão mediante um raciocínio dedutivo *a posteriori*, dogmaticamente adequando o discurso.

Analisar a lógica da decisão judicial é perceber dois principais momentos: o contexto da descoberta e o da justificação. Este segundo é o exercício formal da dedução, pois a *ratio decidendi* parte de uma premissa geral (a norma) até a premissa particular (o caso), assim, a conclusão é o silogismo apresentado na sentença. Entretanto, a interpretação se desenvolve mesclada com elementos subscientes – nas ideias de Cardozo – e se realiza no contexto da descoberta, momento em que se estudam fatos e se cria uma teoria para explicá-los [...].²⁰⁴

Assim, não obstante a apresentação da *ratio decidendi* no âmbito da decisão jurídica se dê visando ao escopo de justificar os resultados – mediante um processo inferencial dedutivo –, este momento é sempre *a posteriori*, haja vista que a exposição dos fundamentos

²⁰³ PEIRCE, Charles S. Deducción, inducción e hipótesis (*Deduction, induction and hypothesis*). *Op. Cit.* p. 3. Tradução livre. No original: “En una ocasión desembarqué en un pueblo de una provincia turca; y, al acercarme a la casa que tenía que visitar, me topé con un hombre a caballo, rodeado por cuatro jinetes que sostenían un dosel sobre su cabeza. Como el gobernador de la provincia era el único personaje de quien yo pudiera pensar que fuese tan magníficamente honrado, inferí que era él. Esto fue una hipótesis”.

²⁰⁴ SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. FREITAS, Lorena de Melo. **Pragmatismo e Direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33330-42586-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2014. p. 2.

determinantes da manifestação em sede de prestação jurisdicional é em absoluto distinta logicamente da estrutura inferencial que efetivamente baliza a tomada de decisão, que não se aperfeiçoa por dedução, mas em consonância com a abdução, como um juízo de verossimilhança, nos termos propostos por Peirce.²⁰⁵

A Teoria do Conhecimento acerca do Direito, nesta senda, se coloca para muito além de consideração relacionadas à correção ou objetividade em face de instrumentos normativos considerados em abstrato. O espaço criativo de juiz quando da concepção da *ratio decidendi* é limitado apenas *a posteriori*, sobremaneira nos denominados casos difíceis, de sorte que a solução para um caso concreto é elaborada como uma hipótese concebível empiricamente por meio de valorações que se caracterizam fora do ordinariamente convencionado, ou seja, como um incremento ao estado de técnica – um *insight* criativo idôneo a construir conhecimento novo –, em modelo epistemológico em que “[...] a distinção entre a consciência subjetiva ou individual e a objetiva ou geral [...] é vaga e evanescente, e tende a se tornar pouco mais que uma distinção de palavras [...]”²⁰⁶. Assim, a decisão jurídica não é balizada por elementos eminentemente dogmáticos fixados como parâmetros abstratos *a priori* para o intérprete, não obstante os instrumentos normativos consagrados pelo direito positivo sejam relevantes em tal processo, mas segundo elementos psicológicos e ético-sociais, caracterizando uma preocupação com os desdobramentos práticos da utilização dos conceitos.²⁰⁷

3.3.1 A demarcação dos contextos da descoberta e da justificação no âmbito da Teoria do Conhecimento

No âmbito da Teoria do Conhecimento, as expressões contexto da descoberta e contexto da justificação foram apresentadas explicitamente por Hans Reichenbach – *Experience and Prediction: An analysis of the foundations and the structure of knowledge*, 1938 –, mas os elementos de distinção são mais claramente expostos por Karl Popper – *Logik der Forschung*, 1934 –²⁰⁸, com o fito de diferenciar rigidamente os processos de concepção e validação de um modelo teórico.²⁰⁹

²⁰⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 34.

²⁰⁶ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 80.

²⁰⁷ BROWNE, George. Reflexos Políticos e Jurídicos da Falseabilidade de Karl Popper e do Falibilismo de Charles Sanders Peirce no Método do Direito. *Op. Cit.*, p. 270-273.

²⁰⁸ PORTELA FILHO, Raimundo. PORTELA, Carmen Almeida. Existe uma lógica da descoberta?: A proposta de Hanson. *In: Caderno Pesquisa*, São Luis, v. 10, n. 2, p. 52-69, jul. dez 1999, p.54..

²⁰⁹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 44.

A concepção de uma teoria inovadora – contexto da descoberta – caracteriza-se como um produto da imaginação visando à proposição de uma hipótese que seja capaz de conduzir à solução de um determinado problema; enquanto a validação desta teoria – contexto da justificação – tem o escopo de demonstrar argumentativamente a adequação da hipótese levantada aos parâmetros da ciência.

Popper propõe uma Teoria do Conhecimento – ou Teoria da Ciência –, que denomina como método dedutivo de prova, contrária a ideia de utilizar a lógica indutiva como método de desenvolvimento do conhecimento humano. Critica a concepção de que um modelo teórico deve ser admitido como verdadeiro mediante demonstração empírica que justifique que um caso particular possa ser tomado como regra geral universal.²¹⁰

Para Popper, o escopo da teoria do Conhecimento é empreender uma análise lógica do próprio conhecimento por meio de reiteradas testagens empíricas. Em outras palavras, à lógica da ciência cabe avaliar o método científico.²¹¹

Visando a tal desiderato, Popper afirma que o método indutivo não satisfaz a meta a qual se propõe, qual seja, estabelecer a verdade a partir da verificação empírica buscando a universalização dos conceitos. Entende que um processo de justificação de um conceito por meio da indução deve recorrer a reiteradas induções, caracterizando um processo de regressão infinita, inviabilizando o estabelecimento do conhecimento.²¹²

Outrossim, Popper afirma que no processo de análise lógica do método científico não são relevantes as manifestações de concepção dos conceitos – contexto da descoberta – que seriam tão-somente desdobramentos psicológicos e, por conseguinte, impassíveis de observações lógicas. Entende que a descoberta constitui-se elemento irracional no processo de fixação do conhecimento, não sendo possível a reconstrução do referido processo posteriormente por meio de um discurso lógico, de modo que apenas a validação argumentativa de uma teoria – contexto da justificação – seria relevante para um modelo de Teoria do Conhecimento comprometido com a racionalização lógica do conhecimento.²¹³

O estágio inicial, o ato de conceber ou inventar uma teoria, parece-me não reclamar análise lógica, nem ser dela suscetível. A questão de saber como uma ideia nova ocorre ao homem – trate-se de um tema musical, de um conflito dramático ou de uma teoria científica – pode revestir-se de grande interesse para a psicologia empírica, mas não interessa à análise lógica do conhecimento científico. Esta última diz respeito não a questões de fato (o *quid facti?* de Kant), mas apenas a questões de *justificação* ou *validade* (o *quid juris?* de Kant). Suas indagações são do tipo

²¹⁰ POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica** (*The logic of scientific Discovery*). Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 30.

²¹¹ *Ibidem*, p. 27.

²¹² *Ibidem*, p. 29.

²¹³ *Ibidem*, p. 32.

seguinte: pode um enunciado ser justificado? Em caso afirmativo, como? É suscetível de prova? Depende logicamente de certos outros enunciados? Ou talvez os contradiga? Para que um enunciado possa ser examinado logicamente sob esse aspecto, deve ter-nos sido apresentado previamente. Alguém deve tê-lo formulado e submetido a exame lógico.²¹⁴

Popper afasta o contexto da descoberta do âmbito de análise da Teoria do Conhecimento, considerando tal processo como objeto da psicologia e, sendo assim, inservível ao desiderato de balizar logicamente o conhecimento científico.

A perspectiva pragmatista de Teoria do Conhecimento no presente trabalho considerada, nos moldes do pragmatismo de Peirce, com seus reflexos no direito – pragmatismo jurídico –, diferentemente de Popper, considera logicamente relevante o contexto da descoberta, que se aperfeiçoa através do raciocínio abduutivo. A abdução, em substituição às tradicionais inferências dedutiva e indutiva, que consideram apenas o contexto da justificação como relevante no processo de construção da decisão jurídica – como no trecho da obra de Popper citado acima – busca analisar a descoberta como elemento substancial em tal processo, distinguindo como a decisão foi efetivamente tomada.²¹⁵

Assim, o raciocínio abduutivo é tomado como método de apreensão conceitual do pragmatismo, analisando o processo de tomada de decisão no âmbito do contexto da descoberta, haja vista a inexorável constatação que, em sede de prestação jurisdicional, a decisão precede a justificação, ou seja, a conclusão constitui-se o elemento condicionante da regra geral – premissa maior – aplicável a um dado caso concreto – premissa menor. Nesse sentido, a estruturação da *ratio decidendi* fixadora de um precedente judicial se dá no contexto da descoberta e todo desenvolvimento do discurso empreendido se dá *ex post facto* e não como construção lógica idônea a conduzir racionalmente a decisão jurídica paradigma.²¹⁶

3.3.2 Contexto da descoberta, abdução e *ratio decidendi*

A fixação do precedente judicial, por meio da construção da *ratio decidendi*, se caracteriza como uma atividade criativa do intérprete que, a partir de seu acervo cultural, tem o condão de inovar conceitualmente a partir do estado de dúvida genuína a si apresentado, valendo-se de processo especulativo visando ao levantamento de hipóteses verossímeis, operacionalizado através do raciocínio abduutivo, sobretudo nos chamados casos difíceis, em que o conhecimento consolidado acerca do direito não é capaz de solucionar satisfatoriamente

²¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

²¹⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 40-41.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 42.

o problema real submetido à apreciação em sede de prestação jurisdicional de modo a consolidar um paradigma para casos futuros semelhantes.

A abdução presta-se ao escopo de, enquanto método de apreensão do direito, analisar a estruturação da *ratio decidendi* no contexto da descoberta, como consolidação de uma solução concebível criada no imaginário do intérprete – diga-se, Estado/juiz – e só posteriormente justificada em consonância com o direito positivo vigente sob uma perspectiva pragmatista. Ou seja, não comprometida com um modelo de verdade metafísica, a inferência abdutiva é capaz de apresentar hipóteses verossímeis que expliquem as circunstâncias de um caso concreto submetidas ao Poder Judiciário e posteriormente possam, em novos casos semelhantes, mediante novo teste de adequação da referida hipótese – *ratio decidendi* – ao contexto social, ser aplicada de modo antifundacionalista, isto é, como uma possibilidade razoável de solução de conflitos que, ainda que nos termos do Art. 927 do novo Código de Processo Civil de apreciação obrigatória e efeitos vinculantes, se aperfeiçoe de modo contingente e alheia a incursões essencialistas acerca do direito.

[...] Tem-se que no contexto da descoberta, é investigada a razão explicativa porque o juiz tomou a decisão, seja por um motivo religioso, econômico, psicológico, social, jurídico, dentre outros; enquanto que no contexto de justificação o foco é estruturar a razão justificadora, em que a adequação racional, a correição da argumentação e a coerência devem ser observadas.²¹⁷

Nesses termos, a construção da *ratio decidendi* tem sempre uma parcela que decorre das predileções e dos sopesamentos concretos realizados pessoalmente pelo intérprete, de modo que a razão subjetiva é mesmo marca indelével de tal processo²¹⁸. Afasta-se a concepção de certeza no direito, instituindo-se âmbito de verossimilhança das premissas consideradas como adequadas para as circunstâncias sob análise, desenvolvidas segundo um paradigma lógico-hipotético contextualizante – inferência abdutiva –, centralizando a discussão nas consequências práticas da manifestação jurisdicional²¹⁹.

Superando-se a perspectiva tradicional no âmbito da Teoria Geral do Direito de que apenas o contexto da justificação é relevante como objeto de estudo, o pragmatismo jurídico, instrumentalizado pelo raciocínio abductivo, que se aperfeiçoa no contexto da descoberta, rompe com a ideia de racionalidade lógica da decisão jurídica visando à certeza e à correição conceitual. Verifica-se que a *ratio decidendi* de uma decisão idônea a fixar-se como precedente judicial se estabelece mediante uma perspectiva epistemológica de falibilidade da

²¹⁷ *Ibidem*, p. 45.

²¹⁸ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 129.

²¹⁹ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 65-66.

própria ciência, que se expressa pelo verossímil e não pelo peremptoriamente verdadeiro, caracterizando um processo criativo e contextual.²²⁰

Nesse sentido, a abdução não serve para aferir racionalidade ao discurso fixador do precedente judicial, mas se distingue uma análise acerca do *insight* criativo do intérprete capaz de levantar uma hipótese que conduza à ação e, desse modo, estabeleça uma solução plausível para um problema jurídico, considerando as consequências práticas da aplicação da referida hipótese, que, a rigor, constitui-se o princípio fundante do precedente judicial, fundamentado discursivamente em momento posterior, no contexto da justificação.²²¹

A abdução, não visando aferir racionalidade ao discurso jurídico, também não tem o escopo de estabelecer conceitos verdadeiros, no sentido de representação definitiva da realidade. Para o pragmatismo, a verdade é plúrima e contextual e seu acordo à realidade não se constitui como uma representação perfeita, mas como um processo de adequação às situações concretas e contingentes verificas pelo sujeito.

Nosso relato de verdade é um relato de verdades no plural, o processo de conduzir, compreendido *in rebus*, e tendo somente essa qualidade em comum, que elas *pagam*. Pagam guiando-nos a alguma parte de um sistema que mergulha em numerosos pontos em objetos de percepção-senso, que podemos copiar mentalmente ou não, mas com os quais, de qualquer modo, estamos na espécie de comércio vagamente designada como verificação. A verdade para nós é simplesmente um nome coletivo para processos de verificação [...].²²²

A partir dessa perspectiva, a investigação visando ao levantamento de hipótese por meio da inferência abdutiva é destacadamente falibilista, a ideia de verdade como processo de verificação identifica-se com a de plausibilidade dos conceitos jurídicos, reiteradamente submetidos a testes que contextualmente visam aferir sua adequação prática, em um paradigma onde a Teoria do Direito faz-se sempre aberta a novas possibilidades conceituais.²²³

A inferência abdutiva empreendida no contexto da descoberta distingue-se pela verossimilhança das hipóteses inferidas, sendo, desta feita, falível por excelência, o que implica que a manifestação do intérprete visando à solução de um caso concreto, estruturando logicamente a *ratio decidendi* e, por conseguinte, possibilitando a fixação do precedente judicial, não tem o escopo de encerrar a investigação científica com o estabelecimento de verdades peremptórias. A força vinculante de um precedente a partir do princípio jurídico

²²⁰ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 47.

²²¹ *Ibidem*, p. 92.

²²² JAMES, Wiliam. **Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 120-121.

²²³ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 51.

inserto em sua *ratio decidendi* não se relaciona ao estabelecimento de um paradigma hermenêutico abstrato de subsunção de conceitos jurídicos *a priori* estabelecidos em casos futuros semelhantes, mas como uma hipótese que contextualmente deve ser reapreciada no que diz respeito a sua utilidade e adequação aos fins de uma determinada sociedade contextualmente considerada.

Assim, a abdução constitui-se o ponto de partida para a fixação do precedente judicial, de sorte que a *ratio decidendi* é mesmo decorrência de uma inquirição realizada pelo intérprete em sede de prestação jurisdicional anterior ao desenvolvimento do próprio discurso balizador da decisão jurídica e capaz de criar possibilidades conceituais levando em consideração as consequências práticas de sua consecução, o que os métodos indutivo e dedutivo, tradicionalmente utilizados na Teoria do Conhecimento, não poderiam conceber.

Distinta da indução e da dedução, a abdução é uma forma sintética de inferência, que não é validada nem *a priori*, nem dedutivamente. Em suma, é uma forma de raciocínio que parte dos efeitos para remontar às causas e procura descobrir a partir da consideração daquilo que já se conhece, alguma outra coisa que não se conhece. Dessa sorte, a abdução insiste sobre as consequências experimentais e se constitui eminentemente uma lógica da descoberta.²²⁴

A *ratio decidendi* se aperfeiçoa no contexto da descoberta e está visceralmente ligada ao contexto cultural em que se é concebida, de modo a afastar manifestações metafísicas que considerem que a partir de operações lógicas seja possível estabelecer paradigma cognitivo que possibilite a definição de conceitos escorregados, peremptórios e universais. O conhecimento é sempre decorrente de possibilidades, haja vista a multiplicidade de significados plausíveis atribuíveis aos conceitos.²²⁵

O conhecimento acerca do direito se caracteriza mediante juízo de probabilidade, de modo que em sede de prestação jurisdicional, visando à fixação de precedente judicial, a *ratio decidendi* é estabelecida inexoravelmente em consonância com o paradigma sociopolítico em que está inserta, bem como com os elementos subconscientes que permeiam a atividade do órgão judicante, que como destacado, manifesta-se historicamente e em permanente atuação criativa que se aperfeiçoa no contexto da descoberta.²²⁶

²²⁴ *Ibidem*, p. 89.

²²⁵ BROWNE, George. **Considerações em Torno do Pragmatismo e da Filosofia Jurídico-Pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr.** *Op. Cit.*, p. 12.

²²⁶ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo.** *Op. Cit.*, p. 67-68.

3.3.3 A relação entre a abdução e o silogismo retórico do entimema

Não é ocioso destacar, considerando a abdução uma inferência lógica, a relação existente esta e o entimema, o que não foi objeto de estudos mais aprofundados por Peirce, mas tem lugar nos estudos de autores contemporâneos, como Richard L. Lanigan, nos Estados Unidos, e no Brasil, ainda que de forma incidental, o tema foi tratado por Lorena de Melo Freitas, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Lucia Santaella, João Maurício Adeodato, entre outros autores.²²⁷

Como mencionado anteriormente, Peirce entende que a abdução é uma espécie de raciocínio lógico, tal qual a dedução e a indução, mas destes sensivelmente diverso, uma vez que se caracteriza como um juízo sintético explicativo em que se verifica uma probabilidade conceitual, isto é, um juízo intuitivo aceitável acerca do objeto cognoscente, uma hipótese, proposta levando-se em consideração as consequências práticas de sua própria utilização, de modo que o raciocínio, diferentemente dos silogismos dedutivo e indutivo, distingue-se como “[...] inferência de um caso a partir de uma regra e um resultado [...]”.²²⁸ Em outras Palavras, a estrutura lógica do silogismo em tela dá-se nos moldes conclusão-premissa maior-premissa menor, sendo marcada pelo sopesamento das consequências práticas visando ao levantamento de uma hipótese explicativa verossímil que seja a mais adequada contextualmente.²²⁹

Para Peirce, a abdução diferencia-se das demais inferências em face de sua estrutura lógica, mas também pelo resultado do próprio raciocínio desenvolvido, qual seja, a possibilidade de inovação conceitual. Considerando a abdução uma inferência hipotética e, nesse sentido, menos sólida que a dedução e a indução, haja vista que, por ser um juízo de verossimilhança, a hipótese levantada é tão-somente provável, por vezes veiculando uma

²²⁷ LANIGAN, Richard L. From enthymeme to abduction: the classical law of logic and the postmodern rule of rhetoric. In: LANGSDORF, Lenore. SMITH, Andrew R. (Eds.). **Recovering pragmatism's voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication**. New York: State University of New York, p. 49-70, 1995. FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. Op. Cit. NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A retórica da lógica. Op. Cit. SANTAELLA, Lucia. **O método anticartesiano de C. S Peirce**. Op. Cit. ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 110, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, p. 35-73, jan.-jun. 2015. ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. In: ADEODATO, João Maurício. **A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica**. Curitiba: CRV, p. 21-41, 2014.

²²⁸ Tradução livre. No original: “[...] Es la inferencia de un caso a partir de una regla y un resultado [...]” PEIRCE, Charles S. *Deducción, inducción e hipótesis (Deduction, induction and hypothesis)*. Op. Cit., p. 2-3.

²²⁹ RAUEN, Fábio José. Lógica e linguagem natural. In: RAUEN, Fábio José. **Anais do III Simpósio Sobre Formação de Professores: tecnologias e inovação na educação básica**. Tubarão: Editora da Universidade do Sul de Santa Catarina-UNISUL, 2011. Disponível em: <http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/eventos/simfop/2011_10.htm>. Acesso em 24 fev. 2017.

possibilidade conceitual não observável diretamente, pode inferir a partir de conceitos conhecidos outros conceitos até então desconhecidos, ou não demonstráveis imediatamente pelo sujeito, mas apenas tomados como plausivelmente concebíveis, o que a diferencia absolutamente das inferências dedutiva e indutiva, que a partir de premissas conhecidas visam a inferir conclusões conceituais, outrossim, conhecidas. Isso quer dizer que na abdução há a adoção de um conceito como adequado contextual e contingencialmente, mas isso não institui uma ideia de certeza teórica, antes distingue um paradigma de falibilidade do próprio conhecimento, que deve ser submetido a reexames de adequação que indiquem se a hipótese criativa tomada como verosímil permanece válida ante o estado de técnica da ciência.²³⁰

[...] De fato, no seu núcleo central, ela [a abdução] se refere ao ato criativo de invenção de uma hipótese explicativa, sendo, consequentemente [*sic*], o tipo de raciocínio pelo qual a criatividade se manifesta na ciência e na arte, do que decorre que é, aí, justamente nesse ponto de encontro, onde os caminhos de ambas se cruzam. Sendo o tipo mais frágil de argumento lógico, a abdução serve com perfeição às necessidades da arte, pois esta não tem nenhum compromisso com a verdade da ciência, produzindo uma verdade que lhe é própria, a pura verdade do admirável e do sensível da razão. Embora tenha a forma de um argumento frágil, essa fragilidade é, paradoxalmente, tudo de que depende a criação também na ciência, nela repousando o processo subsequente [*sic*] de investigação. Trata-se, em síntese, do princípio gerativo para as mutações da sensibilidade e para o crescimento do conhecimento. A despeito da fragilidade de sua forma lógica, é nela que reside a fundação de qualquer espécie de investigação, seja ela teórica, prática ou aplicada na ciência, na academia ou na vida cotidiana.²³¹

Isso significa que a abdução é uma espécie de raciocínio lógico a ser empreendido com o escopo de inferir um juízo conceitual inovador veiculando uma hipótese explicativa plausível concebida a partir de um *insight* criativo. Ou seja, a abdução, em tempo, distingue-se uma inferência lógica e um *insight*, que se aperfeiçoa através de um silogismo fundado na verossimilhança de um juízo conceitual hipotético levantado a partir da ponderação das consequências práticas de sua aplicação em longo prazo.²³²

A inferência abduativa, valendo-se de um processo intelectual marcado por um *insight* criativo, distingue-se pelo levantamento de uma hipótese plausível, isto é, uma explicação possível – mas não a explicação correta – para uma dada circunstância concreta, assim considerada a partir da adequação de suas consequências práticas a fins específicos em longo prazo. Tal estrutura aproximaria a abdução do silogismo retórico, veiculado pelo entimema, uma vez que ambos teriam como características a falibilidade e a consideração de que alguns elementos são tomados como pontos de partida do próprio raciocínio e que, por isso, não

²³⁰ PEIRCE, Charles S. *Deducción, inducción e hipótesis (Deduction, induction and hypothesis)*. *Op. Cit.*, p. 9-10.

²³¹ SANTAELLA, Lucia. *Op. Cit.*, p. 103.

²³² *Ibidem*, p. 103-104.

demandariam maior discussão e poderiam mesmo ser suprimidos. Isso implicaria que tais formas de raciocínio – abdução e entimema – seriam silogismos imperfeitos, ou ainda, que a abdução caracterizar-se-ia como uma espécie de entimema, por não expressar explicitamente todos os elementos integrantes do raciocínio inferencial, o que demarcaria um empreendimento retórico do sujeito acerca do objeto sob análise.²³³

Tal forma de construção do raciocínio distinguir-se-ia eminentemente argumentativa, tratando de temas sociais complexos sob uma perspectiva voltada a parâmetros condutores da ação, ou seja, como manifestações no âmbito da razão prática, desenvolvidas a partir de um paradigma no qual os conceitos teriam um caráter contingente e não comprometido com a verdade, a certeza, ou quaisquer expressões da atividade intelectual visando à objetivação do conhecimento, mas como exteriorização de uma racionalidade provisória e contextualmente considerada. O escopo da atividade intelectual, nesse diapasão, se caracterizaria como um processo retórico estratégico, em que a atribuição de sentido aos conceitos pelo sujeito teria o condão de persuadir em um ambiente discursivo visando à consecução de objetivos específicos estabelecidos pelo emissor do discurso.²³⁴

Nesse sentido, Richard L. Lanigan afirma que os estudos de Peirce acerca da abdução se caracterizariam como a forma própria desenvolvida por este autor para tratar do entimema, *in verbis*:

[...] O modelo pós-modernista é também a visão que Peirce adota em suas várias análises do entimema aristotélico como um ‘argumento incompleto’. E é esta segunda visão que concorda com a invenção de Peirce do termo abdução como um neologismo (1) para corrigir a tradução tradicional do uso de Aristóteles do grego, e (2) para especificar o entimema como a espécie retórica do silogismo na lógica de Aristóteles, mais especificamente em termos de formas aristotélicas de causalidade [...].²³⁵

Sendo assim, a abdução se caracterizaria como um discurso simbólico em que a apresentação de argumentos incompletos teria o escopo de operar uma construção retórica que conduziria a conclusões não demonstráveis pelas formas convencionalmente utilizadas na ciência – inferências dedutiva e indutiva –, mas que se valeria de um processo de elaboração argumentativa acerca da realidade partindo dos efeitos concretos da utilização dos conceitos, visando assegurar interesses específicos. Em outras palavras, a abdução seria uma forma de

²³³ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A retórica da lógica. *Op. Cit.*, p. 174-175.

²³⁴ ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. *Op. Cit.*, p. 48.

²³⁵ LANIGAN, Richard L. *Op. Cit.*, p. 53-54. Tradução livre, no original: “[...] The postmodernist model is also the view that Peirce adopts in his various analyses of the Aristotelian enthymeme as an ‘incomplete argument’. And, it is this second view that accords with *Peirce’s invention of the name* abduction as a neologism (1) to correct the traditional translation of Aristotle’s usage from Greek, and (2) to specify the enthymeme as the rhetorical species of syllogism in Aristotle’s logic, most specifically in terms of Aristotle’s forms of causality [...]”

entimema – silogismo formalmente deficiente – destinada a consolidar discursivamente uma formulação hipotética voltada à consecução de um objetivo específico, ou como Lanigan a caracteriza, um discurso de interesse.²³⁶

Há de se considerar, entretanto, que a abdução, nos moldes do pragmatismo de Peirce, no presente trabalho tomado com referência teórica, tem o escopo de levantar uma hipótese criativa na qual a falibilidade não se caracteriza no âmbito do discurso – contexto da justificação –, como um silogismo retórico visando à persuasão do ouvinte pelo emissor do discurso, mas como característica fundamental da própria ciência, de tal sorte que o processo inferencial realizado pelo sujeito é mesmo anterior à justificação e se distingue como uma construção que antecipa um caso, tomado hipoteticamente a partir de considerações acerca das consequências práticas de sua utilização no que diz respeito à adequação a uma regra geral, sendo tal processo, neste contexto, aperfeiçoado no contexto da descoberta, como um *insight* criativo, logicamente estruturado através de uma forma silogística própria – conclusão-premissa maior-premissa menor.²³⁷

Desse modo, a aplicação do raciocínio abduutivo possibilita considerar a premissa menor (caso ou fato jurídico), que é a hipótese do silogismo abduutivo, como algo altamente problemático, falível e sujeito ao questionamento. O enquadramento de um evento como fato jurídico é o cerne da questão na inferência abduitiva, que repercute diretamente numa seara crucial para o direito: como o fato da vida cotidiana é transformado em jurídico e a significação que adquire pelos efeitos imaginados pelo julgador. Ou seja, na abdução há uma virada para se focar em como o fato jurídico é descoberto e como ele ganha significado a partir de suas consequências concebíveis.²³⁸

Sendo assim, não há que se considerar a abdução uma espécie de entimema, antes um forma silogística distinta, uma vez que a inferência em tela se dá como uma atividade intelectual criativa voltada ao levantamento de hipóteses verossímeis no contexto da descoberta, enquanto o entimema destina-se fundamentalmente à persuasão, isto é, fixa-se no contexto da justificação, de tal sorte que se verificam construções silogísticas diversas, sendo a abdução estrutura lógica singular, idônea a instrumentalizar, nos moldes do pragmatismo peirceano, manifestações conceituais inovadoras no âmbito da Teoria do Conhecimento.²³⁹

Definidos os conceitos fundamentais da Teoria do Precedente Judicial, enquanto teoria particular estabelecida no contexto da Teoria Geral do Processo e caracterizado o processo de criação da *ratio decidendi* por meio da inferência abduitiva, empreendida no contexto da descoberta e instrumentalizando um método pragmatista de apreensão do direito, capaz de

²³⁶ *Ibidem*, p. 54-55.

²³⁷ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A retórica da lógica. *Op. Cit.*, p. 178.

²³⁸ *Ibidem*, p. 186.

²³⁹ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 64.

veicular inovações conceituais para problemas jurídicos reais, faz-se mister discorrer acerca da possibilidade de aplicação, nos moldes da perspectiva teórica pragmatista adotada no presente trabalho, de uma sistemática do precedente judicial no âmbito do novo Código de Processo Civil em consonância com um modelo comprometido com a consecução da prescrição de estabelecimento de um paradigma de prestação jurisdicional caracterizado pela estabilidade, integridade e coerência do direito, o que se propõe como temática a ser abordada no capítulo a seguir.

4 PREVISIBILIDADE DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO DO PRECEDENTE JUDICIAL: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ABDUÇÃO PEIRCEANA NA NOVEL SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

Como mencionado anteriormente no presente trabalho, uma perspectiva pragmatista do direito propõe uma busca por clareza de pensamento, visando superar o essencialismo metafísico que tem o escopo de estabelecer decisões corretas e conceitualmente peremptórias. Nesse sentido, a Teoria do Direito é tomada sob paradigma contextualizante, em que os conceitos são reiteradamente submetidos a testes de adequação à realidade, considerando as consequências práticas de sua utilização.

A função do pensamento é estabelecer hábitos. O conhecimento se faz relevante por sua repercussão prática, pela possibilidade de influenciar o comportamento humano.

[...] A identidade de um hábito depende de como ele [...] induz a agir, não só nas circunstâncias em que provavelmente surgiram, mas também naquelas que poderão ocorrer, não importa quão improváveis elas sejam. Aquilo que o hábito é depende do quando e do como ele [...] leva a agir. No que toca ao quando, qualquer estímulo para a acção provém da percepção; no que toca ao como, todo o objectivo da acção é o de produzir um resultado sensível. [...].²⁴⁰

A inquirição empreendida pelo sujeito com o escopo de conduzir à acção se estabelece ante um estado de dúvida genuína acerca do próprio direito e é apaziguada pela fixação da crença, que aqui se identifica com a decisão jurídica, expressa como manifestação de um juízo de verossimilhança capaz de contextualmente solucionar um determinado conflito verificado no tecido social e submetido à apreciação do Poder Judiciário.²⁴¹

Nesse sentido, a inferência abdutiva é capaz de apresentar novas possibilidades de solução aos conflitos analisados em sede de prestação jurisdicional, operacionalizando o desenvolvimento da Ciência do Direito a partir de manifestações criativas contingentes realizadas pelo intérprete e levando em consideração as consequências práticas da tomada dos conceitos. Isto é, o raciocínio jurídico se aperfeiçoa no contexto da descoberta e parte da conclusão para as causas.

No âmbito da Teoria do Precedente Judicial, a *ratio decidendi* é concebida nos moldes do raciocínio abductivo, como uma solução razoável veiculada a partir do levantamento de uma

²⁴⁰ PEIRCE, Charles S. Como tornar as nossas ideias claras. *Op. Cit.* p. 12.

²⁴¹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências.** *Op. Cit.*, p. 66.

hipótese criada pelo intérprete no contexto da descoberta e idônea a estabelecer um princípio jurídico capaz de distinguir-se como paradigma para futuros casos concretos semelhantes.

Nessa senda, a *ratio decidendi*, na sistemática de fixação do precedente judicial, caracteriza-se como efetivo instrumento normativo, condicionando a manifestação do Poder Judiciário em casos futuros ao princípio jurídico inserto na decisão jurídica paradigma, nos termos prescritos no Art. 927 do novo Código de Processo Civil.²⁴²

Não é ocioso destacar que a referida vinculação do juízo posterior ao princípio inserto na *ratio decidendi* de uma decisão jurídica tomada como precedente judicial não se dá em abstrato, mas mediante rigoroso teste de adequação conceitual por meio da técnica de *distinguishing*, levando-se em consideração as consequências práticas do paradigma precedente ante as contingências do caso presente. Não há a subsunção automática da norma jurídica geral de um dado precedente tomado como fundamento jurídico *a priori*. Em consonância com a perspectiva pragmatista defendida no presente trabalho, tem-se que o processo de aplicação do precedente judicial parte de uma inferência abdutiva que, tal qual a própria criação da *ratio decidendi* da decisão paradigma, empreende uma formulação prospectiva, ou seja, pondera acerca das consequências práticas da decisão e que, portanto, seja idônea a promover o desenvolvimento do estado de técnica do direito mediante uma atividade criativa do intérprete no contexto da descoberta, seja através da aplicação do precedente, seja através de sua readequação – *overriding* – ou superação – *Overruling*.²⁴³

O novo Código de Processo Civil, Art. 926, prescreve uma sistemática de aplicação dos precedentes judiciais comprometida com a estabilidade, a integridade e a coerência do direito.²⁴⁴ Considerando a Teoria do Direito e a decisão jurídica e, portanto, a fixação do precedente judicial enquanto paradigma hermenêutico, a partir tão-somente do contexto da justificação, desconsiderando-se o contexto da descoberta e, de tal sorte, inviabilizado a aplicação do *insight* criativo pragmatista – abdução – ²⁴⁵, é possível compreender o

²⁴² “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II os enunciados de súmula vinculante; III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...]”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. *Op. Cit.*, Arts. 927.

²⁴³ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 48-49.

²⁴⁴ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...]”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. *Op. Cit.*, Art. 926.

²⁴⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito** (*Legal reasoning and legal theory*). Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. DWORKIN, Ronald. **Levado os direitos a sério** (*Taking rights seriously*). Tradução de Nelson Boeira.

desenvolvimento do estado de técnica do direito em consonância com um modelo de aplicação vinculante dos precedentes judiciais fundamentado na objetividade e racionalização conceitual a partir da argumentação, visando ao estabelecimento de paradigma de integridade do direito que se aperfeiçoa por meio da ideia de certeza e de consolidação do conhecimento em consonância com uma concepção teórica de continuidade em cadeia.

Tal perspectiva tem como pedra de toque a existência, no âmbito da Teoria Geral do Direito, de “[...] um vetor de racionalidade estruturante [...]”²⁴⁶ idôneo a balizar a decisão jurídica no contexto da justificação, de sorte que incumbe ao intérprete, em sede de prestação jurisdicional, empreender um esforço hermenêutico necessário à consecução do desiderato de definir a solução do caso concreto em consonância com um modelo teórico capaz de haurir a natureza fundamental do sistema jurídico como um todo.²⁴⁷

Nesse sentido, nos moldes do pragmatismo jurídico, pretende-se analisar as condições de possibilidade da aplicação prática de uma sistemática vinculante do precedente judicial comprometida com o desiderato de promover o desenvolvimento da Ciência do Direito em consonância com a ideia de fixação de um paradigma epistemológico para além de uma perspectiva de estabilidade, coerência e integridade abstratamente considerada no contexto da justificação, mas que promova a integração entre justificação e descoberta, enquanto contextos complementares entre si e que, a rigor, nos moldes de superação dos dualismos essencialistas proposto no presente trabalho, constituem-se uma só manifestação do intérprete, conforme será exposto na sequência.

4.1 A fixação do precedente judicial como uma atividade racionalmente justificável

Como mencionado anteriormente, o Art. 926 do novo Código de Processo Civil prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”²⁴⁸, e, desse modo, evitar a prolação de decisões surpresa em sede de prestação jurisdicional, bem como rupturas hermenêuticas, promovendo, por conseguinte, previsibilidade jurídica no que diz respeito às manifestações do Poder Judiciário, valendo-se para tal, da sistemática de observação obrigatória do precedente judicial, considerado mesmo

Revisão da tradução de Silvana Vieira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismo e arbitrariedades? In: **Consultor Jurídico - ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 12 mar. 2016. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme consciência?** 2. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme consciência?** *Op. Cit.*, p 38.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p 168-169.

²⁴⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. *Op. Cit.*, Art. 926, *Caput*.

efetivo instrumento normativo vinculante no desenvolvimento do processo hermenêutico visando à solução de conflitos.

Dessa feita, é de grande relevância analisar as possibilidades de aplicação do referido preceito a partir das perspectivas teóricas racionalista, marcada pela fundamentação racional do discurso em sede de prestação jurisdicional visando à fixação do precedente judicial e sua posterior observação em futuros casos semelhantes apresentados ao Poder Judiciário, aperfeiçoada argumentativamente e exclusivamente no contexto da justificação, e pragmatista, comprometida com a adequação prática dos conceitos a partir de suas consequências, no presente trabalho abalizada pela inferência abdutiva peirceana.

No que diz respeito à perspectiva racionalista, seria possível considerar que a decisão judicial, sobremaneira a decisão fundada em um precedente judicial tomado como paradigma hermenêutico vinculante, deveria observar princípios coerentes e constantes, afastando o decisionismo e atos eminentemente políticos e, portanto, minimizando o âmbito de subjetividade do intérprete em sede de prestação jurisdicional, maximizando a objetividade do direito por meio de um modelo teórico que proporcione a neutralidade interpretativa e a integridade do direito.²⁴⁹

Tal concepção baseia-se no reforço da ideia de racionalidade sistêmica da argumentação jurídica, a ser empreendida no contexto da justificação, de modo que a interpretação do direito prescindiria do contexto da descoberta no processo de desenvolvimento do conhecimento jurídico, sendo relevante, assim, tão-somente a adequação racional da decisão ao plexo de princípios e valores insertos no sistema jurídico positivo.²⁵⁰

A referida racionalidade sistêmica do direito relacionar-se-ia à fundamentação do discurso verificado na decisão jurídica, que ao ser desenvolvido em consonância com uma ordem institucional adrede estabelecida e moralmente assentada, atenderia à demanda por previsibilidade, segurança e certeza do direito, aperfeiçoando-se para além do caso concreto em tela, mas tomando premissas universalizáveis discursivamente, de sorte que os argumentos deveriam ser considerados a partir de um modelo pré-concebido de justificação.²⁵¹

Neste diapasão, Neil MacCormick entende que a adequação de um conceito em sede de interpretação jurídica não consiste na consecução de um dado fim pretendido concretamente, isto é, independe das consequências práticas da utilização do referido conceito, ou de quaisquer considerações levantadas no contexto da descoberta, mas tem lugar

²⁴⁹ STRÄTZ, Murilo. *Op. Cit.*, p. 23-24.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 27-28.

²⁵¹ MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p 8-9.

ante um fundamento racional capaz de promover tal adequação em face da universalização dos argumentos apresentados pelo intérprete no contexto da justificação.²⁵²

Para MacCormick, as consequências de uma decisão judicial não são contingentes e concebidas no contexto da descoberta e fundamentadas no contexto da justificação, em atividade que se distingue ato contínuo do intérprete no processo de construção do conhecimento acerca do direito, mas têm sua consecução alcançada mediante adequação racional do discurso ao direito enquanto sistema, o que implica a possibilidade de utilização dos princípios fundantes de tal decisão – *ratio decidendi* – em casos semelhantes não porque adequadamente atendam a um objetivo concreto ou particular, mas por serem racionalmente coerentes e argumentativamente universalizáveis.²⁵³

[...] Do ponto de vista da racionalidade prática, a persuasão imediata e concreta de um argumento não é necessariamente a mesma coisa que sua efetiva adequação. A questão de uma teoria da argumentação como justificação não é saber qual argumento afetivamente convence o júri ou juiz em particular, mas qual deveria convencer qualquer instância decisória racional. Nesse sentido, [...] um ‘auditório universal’ proporcionaria um teste definitivo: qualquer argumento capaz de convencer um auditório composto por todas as pessoas inteligentes e cuidadosas disponíveis, dispostas a analisar as questões apresentadas de forma desinteressada, seria um argumento adequado.²⁵⁴

Assim, a fixação de um precedente judicial e sua aplicação em casos semelhantes futuros realizar-se-ia por meio de um juízo que *in concreto* se fizesse capaz de promover, no contexto da justificação e, desse modo, valendo-se exclusivamente de uma teoria da argumentação racionalmente concebida, a adequação dos conceitos considerados pelo intérprete na construção do discurso jurídico a um paradigma que se caracterize universalizável e que assegure estabilidade e coerência ao direito em consonância com a ideia de sistematicidade e racionalidade.

Nesse modelo, o conhecimento acerca do direito, destacadamente quando da manifestação do discurso em sede de prestação jurisdicional, distinguir-se-ia exclusivamente no contexto da justificação, articulando sistematicamente todos os fatores relevantes para a racional fundamentação da decisão jurídica, tomando, destarte, o direito como integridade conceitual argumentativamente justificável.²⁵⁵

Acerca da ideia de integridade, sobremaneira no que diz respeito ao precedente judicial, tem-se que a justificação racional do direito se estabelece por meio da observação de

²⁵² *Ibidem*, p. 110-111.

²⁵³ *Ibidem*, p. 116-117 e 118-119.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 26.

²⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito** (*Systemdenken und systembergrieff in der jurisprudenzen*). Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2002, p. XXIII-XXIV.

um princípio de coerência objetiva em relação a decisões anteriores fixadas como paradigmas hermenêuticos para situações futuras semelhantes, tomando o processo de construção do discurso jurídico a partir de um dever moral de enquadramento interpretativo histórico visando à equidade, que se caracteriza através de uma fundamentação racional que se vincule às manifestações políticas explicitadas no bojo do tecido social anteriormente.²⁵⁶

A argumentação jurídica estabelecida sob tal perspectiva distinguir-se-ia também como uma manifestação histórica de um paradigma conceitual racionalmente concebido, de modo que o discurso deveria compreender as peculiaridades que ao longo do tempo permearam o processo de desenvolvimento do próprio sentido dos conceitos jurídicos tomados pelo intérprete, que por se comprometer com a coerência, a estabilidade e a integridade do direito, nestes termos consideradas, não deve promover rupturas em face de contingências verificadas quando da concreta utilização de um conceito visando à solução de um problema real atual.²⁵⁷

A integridade, nesse sentido, é um ideal de racionalidade que tem o escopo de vincular manifestações jurídicas em conformidade com um princípio moral de consecução da justiça por meio da observação do desenvolvimento pretérito do direito, atribuindo coerência intrasistêmica ao discurso justificador da decisão e promovendo tratamento isonômico de situações semelhantes ao longo do tempo, ainda que existam divergências interpretativas acerca de um dado conceito ou de suas consequências. Isto é, tal modelo teórico distinguir-se-ia coerente porque respeitando princípios provenientes de decisões anteriores, quer sejam eminentemente políticas – decisões legislativas – quer sejam jurisdicionais – precedentes –, manteria o compromisso de fixar um paradigma hermenêutico de integridade do direito.²⁵⁸

[...] O direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos legais (direitos que provêm de decisões anteriores de instituições políticas e, portanto, permitem a coerção) que vão além da extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como integridade supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente e baseada em princípios de decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes discordam fortemente sobre o que isso significa [...].²⁵⁹

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **El império de la justicia**: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. (*Law's Empire*). Tradução de Ernesto Abril. Revisão técnica de Julio Vivas. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1992, p. 77-78.

²⁵⁷ MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p. 174.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **El império de la justicia**. *Op. Cit.*, p. 132 e 160.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 103. Tradução livre, no original: “[...] El derecho como integridad supone que las personas poseen derechos legales (derechos que provienen de decisiones anteriores de instituciones políticas y por lo tanto permiten la coerción) que van más allá de la extensión explícita de las prácticas políticas concebidas como convenciones. El derecho como integridad supone que las personas tienen derecho a una extensión coherente y basada en principios de las decisiones políticas del pasado incluso cuando jueces disientan en gran medida sobre lo que ello significa [...]”.

Assim sendo, a interpretação em sede de prestação jurisdicional deve observar que há direitos estabelecidos pela tradição legislativa e por decisões anteriores e que incumbe ao intérprete assegurar tais direitos e, em face de casos atuais a si apresentados, observar as decisões que anteriormente fixaram-se como precedentes judiciais e de forma racional atribuíram sentido a tais comandos normativos.²⁶⁰

Não é ocioso destacar, entretanto, que para Ronald Dworkin a concepção de direito como integridade espraia-se para além da aplicação de decisões políticas e da observação de precedentes quando da demanda por solução de um problema atual submetido ao intérprete. Dworkin entende que a atividade a ser realizada pelo intérprete consiste no estabelecimento de um modelo teórico capaz de promover mesmo o aprimoramento da Teoria do Direito em sede de filosofia política.²⁶¹

Visando a tal desiderato, Dworkin se vale da alegoria do Juiz Hércules, juiz filósofo de capacidade extraordinária, que enquanto intérprete e filósofo do direito tem a incumbência de promover, em conformidade com o ideal de coerência intrasistêmica e integridade, o desenvolvimento do conhecimento acerca do direito a partir de uma teoria política especial capaz de haurir a própria natureza fundamental do sistema jurídico, compreendida como uma construção justificada através de argumentos de princípio racionalmente considerados.²⁶²

Para Dworkin, a teoria desenvolvida pelo Juiz Hércules, enquanto intérprete ideal, constitui-se uma teoria da equidade, haja vista que ao tratar casos semelhantes do mesmo modo e, por conseguinte, atribuir força normativa à manifestação política e histórica veiculada por meio do precedente judicial, verificar-se-ia a consecução da justiça e a sedimentação da ideia de sistematicidade e integridade do direito.²⁶³

Outrossim, o Juiz Hércules promoveria o próprio desenvolvimento da Teoria do Direito em consonância com o ideal de sistematicidade e integridade, não através de uma cristalização conceitual, mas por meio de uma contribuição da referida teoria política especial – ou teoria da equidade aplicada à sistemática de observação obrigatória do precedente judicial – ao estado de técnica, adaptando o princípio jurídico geral inserto na *ratio decidendi* de uma decisão pretérita tomada como paradigma às necessidades sociais hodiernas, caracterizando um modelo hermenêutico comprometido com a estabilidade do sistema enquanto manifestação histórica veiculada através de um discurso racionalmente

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levado os direitos a sério.** *Op. Cit.*, p. 165.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 167.

²⁶² *Ibidem*, p. 165 e 169.

²⁶³ *Ibidem*, p. 177.

desenvolvido, idôneo a apresentar a explicação correta, no sentido de adequada argumentativamente no contexto da justificação, para um dado problema jurídico atual.²⁶⁴

Isso, indubitavelmente, implica que o desenvolvimento da Teoria do Direito em conformidade com a ideia de integridade relaciona-se à história como elemento balizador da própria estabilidade do sistema, mas considerando as peculiaridades sociais do momento presente como de vital importância no processo decisório, de modo que cada manifestação discursivamente justificada voltada à solução de um conflito atual, veiculada por uma decisão judicial, constitui-se incremento de sentido ao plexo conceitual da ciência, o que Dworkin trata, valendo-se de mais uma alegoria, como evolução do direito em romance em cadeia. Isto é, a interpretação empreendida em sede de prestação jurisdicional, visando à solução de um problema atual de acordo com a construção teórica historicamente consolidada, distingue-se um capítulo no enredo do romance que narra o aprimoramento do conhecimento jurídico.²⁶⁵

O direito como integridade requer que um juiz que decide um caso [...] se considere como um autor em cadeia do direito consuetudinário. Sabe que outros juízes decidiram casos que, embora não sejam iguais ao seu, lidaram com problemas semelhantes; deve considerar suas decisões como parte de uma longa história que deve interpretar e logo continuar, segundo seu próprio juízo acerca de como fazer a história em desenvolvimento a melhor possível. (Claro que, para ele, a melhor história se dá a partir do ponto de vista da moralidade política e não da estética). Podemos fazer uma distinção entre as duas dimensões principais deste juízo interpretativo. A decisão do juiz (suas conclusões pós-interpretativas) deve vir de uma interpretação que se adapte e justifique ao que aconteceu antes, na medida do possível. Mas tanto no direito como na literatura, o jogo entre a adaptação e a justificação é complexo. Assim como a interpretação dentro de um romance em cadeia é para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias ou artísticas, no direito, é um delicado equilíbrio entre as convicções políticas de diferentes tipos; tanto no direito quanto na literatura estes devem ser suficientemente relacionados, ainda que separados para permitir um juízo geral que alterna o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de norma em face de seu fracasso sobre outro tipo de norma [...].²⁶⁶

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 176.

²⁶⁵ MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p. 305.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **El império de la justicia**. *Op. Cit.*, p. 173. Tradução livre, no original: “El derecho como integridad requiere que un juez que decide un caso [...] se considere como un autor en la cadena del derecho consuetudinário. Sabe que otros jueces han decidido casos que, a pesar de no ser iguales al suyo, tratan sobre problemas parecidos; debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio acerca de cómo hacer de la historia en desarrollo lo mejor posible. (Por supuesto que para él, la mejor historia se ve desde el punto de vista de la moralidad política y no de la estética). Podemos hacer la distinción entre las dos dimensiones principales de este juicio interpretativo. La decisión del juez (sus conclusiones posinterpretativas) debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido antes, hasta donde sea posible. Pero tanto en derecho como en literatura, el juego entre adaptación y justificación es complejo. Así como la interpretación dentro de una novela en cadena es para cada intérprete un delicado equilibrio entre distintos tipos de actitudes literarias o artísticas, en derecho, es un delicado equilibrio entre convicciones políticas de diferentes tipos; tanto en derecho como en literatura éstos deben estar lo suficientemente relacionados aunque desunidos para permitir un juicio general que cambia el éxito de una interpretación sobre un tipo de norma contra su fracaso sobre otro [...]”.

Nesse sentido, a atividade interpretativa, não obstante permeada por ares de atualização e adequação argumentativa às peculiaridades de situações presentes, atribuindo espaço à manifestação do intérprete como efetiva contribuição ao desenvolvimento do conhecimento acerca do direito, deve, inexoravelmente, fazer-se comprometida com a continuidade teórica do conhecimento e de sua aplicação, ou seja, deve promover um modelo de desenvolvimento da ciência que se caracteriza como uma sequência sem rupturas ou sobressaltos da construção do estado de técnica, o que aperfeiçoa a ideia de que cada intérprete tem a responsabilidade de promover a melhor teoria possível partindo do paradigma conceitual que recebeu, agregando sua contribuição observando o historicamente consolidado e proporcionando à posteridade as bases para a continuação de tal processo ininterruptamente e de forma racionalmente justificável – mesmo como a elaboração coletiva de um romance em cadeia. Esse processo deve ensejar a melhor explicação possível para um determinado problema jurídico, compreendida como tal a estruturação teórica desenvolvida a partir da ideia de sistematicidade e integridade do direito, de tal sorte que a manifestação do intérprete atenda à demanda por continuidade histórica da Teoria do Direito – a decisão presente deve adaptar-se ao conjunto decisório pretérito, afastando a possibilidade de rupturas conceituais, ou como na analogia de Dworkin, a escrita de um romance novo –, bem como estabelecer uma teoria política especial – teoria da equidade, que nesse contexto poderia ser caracterizada como uma teoria especial da interpretação jurídica –, capaz de apreender todos os elementos relevantes ao desenvolvimento do discurso racional justificador da decisão jurídica.²⁶⁷

Percebe-se, assim, que a continuidade exigida demanda a fixação de um paradigma teórico comprometido com a correção da interpretação jurídica. Em outras palavras, a ideia de desenvolvimento da Teoria do Direito de acordo com a alegoria do romance em cadeia, a estabilidade e a integridade demandam do intérprete a explicação de um caso concreto atual por meio da decisão que se distinga correta para o problema jurídico em tela, que levando em consideração todo o arranjo teórico historicamente consolidado, a Constituição, a legislação infraconstitucional e os precedentes, conduz à construção de um discurso que racionalmente se justifica como solução para o caso, afastando quaisquer outras explicações porque argumentativamente inadequadas a um modelo hermenêutico racional.

A interpretação jurídica, nesse sentido, tem o desiderato precípua de estabelecer a única explicação correta possível para um dado problema enfrentado pelo intérprete em sede de prestação jurisdicional observando a ideia de direito como integridade e procurando alcançá-

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 167-168.

lo não através de um processo criativo subjetivo centrado na escolha do sujeito entre explicações plausíveis para problemas reais, antes o rechaça por considerá-lo decisionista e excessivamente cético, mas considera que exista um modo racional de alcançar a verdade – expressa como decisão jurídica correta –, qual seja, a construção de uma estrutura argumentativa que tenha o condão de se universalizar por ser fundada em princípios capazes de apresentar conclusões que representem o sentido inerente ao próprio direito, independentemente do intérprete, ou seja, como um sentido *a priori* incutido no âmago da ciência e que seja superior a qualquer outro porque racionalmente desenvolvido.²⁶⁸

A ideia de decisão jurídica correta, comprometida racionalmente com a estabilidade do direito como integridade, relaciona-se à existência de uma pré-compreensão acerca do sentido dos conceitos jurídicos e das explicações para problemas reais em conformidade com a sistematicidade do direito enquanto manifestação cultural historicamente concebida e mediada pela linguagem, expressa como um discurso racionalmente justificável, mas que independe de uma manifestação criativa do intérprete.²⁶⁹

[...] O significado é encontrado e produzido no contexto de um *a priori* compartilhado. Trata-se, portanto, de algo que podemos mencionar [...] como um *transcendental histórico*. O que é importante ressaltar aqui é que o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), *como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva*.²⁷⁰

Em outras palavras, a decisão correta nesse paradigma teórico não se relaciona a uma manifestação volitiva do sujeito, mas está visceralmente relacionada à ideia de racionalidade tendente à objetivação conceitual, empreendida em consonância com princípios consolidados historicamente e que funcionam como um nível de pré-compreensão que vincula a própria manifestação do intérprete, haja vista a existência de um grau de sentido que inexoravelmente deve ser observado e aperfeiçoado em consonância com a perspectiva de direito como integridade – ou como a construção do romance em cadeia de Dworkin – e não como expressão discricionária de atribuição de sentido pelo sujeito cognoscente.²⁷¹

Haveria um processo prévio de definição de sentido para os conceitos jurídicos – pré-compreensão –, independente do sujeito e que condiciona o próprio discurso a um paradigma de justificação da decisão jurídica entendida como adequada ao direito por ser a única

²⁶⁸ MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p. 344.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme consciência?** *Op. Cit.*, p 16-17.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 19 (Grifos no original).

²⁷¹ *Ibidem*, p. 25 e 67.

racionalmente correta para explicar um determinado caso concreto submetido ao intérprete em sede de prestação jurisdicional.²⁷²

Caracterizar-se-ia a correção da decisão jurídica em razão de sua adequação, em última instância, ao plexo principiológico constitucional, de modo que o discurso construído no contexto da justificação teria o condão de, a partir da normatividade atribuída à consolidação histórica da Constituição e do direito como integridade, distinguir-se alheio à manifestações *ad hoc*, mas vinculando o intérprete ao dever de observação dos precedentes e justificação racional e, por conseguinte, de apresentação da explicação hermeneuticamente correta para o problema concreto enfrentado em sede de prestação jurisdicional.²⁷³

A resposta adequada à Constituição exsurge no momento em que – sob os aportes dworkianos – os juízes e tribunais, reconhecendo o pressuposto interpretativo da integridade procuram apresentar em um *conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade*. Note-se que, quando se fala de reconhecimento deste pressuposto interpretativo, esta-se [sic] a referir que não pode existir concretização do direito que não tenha passado pela estrutura legitimadora da igualdade. Ou seja, no fundo, *a defesa de respostas constitucionalmente corretas na esteira da integridade do direito, tem seu ponto de estofa no fato de que o direito não pode realizar tratamentos diferenciados às pessoas sem que esse tratamento esteja amplamente justificado e adequado aos princípios políticos que regem uma determinada comunidade política [...]*.²⁷⁴

A ideia de decisão correta relaciona-se a de adequação a um paradigma marcado por princípios políticos fixados em conformidade com um sentido *a priori* compartilhado pela comunidade científica, em que os conceitos jurídicos são tomados como elementos fundantes de uma argumentação racional visando à consecução da estabilidade e da coerência do direito como integridade.

Nesse sentido, tem-se que a estabilidade sistêmica do direito, em tais moldes racionalistas concebida, mesmo visando à correção hermenêutica, implica uma Teoria do Precedente Judicial comprometida com um paradigma conceitual fixado em consonância com uma concepção de integridade histórica fundada na construção argumentativa da decisão correta, tendo a observação do princípio fundamental inserto em uma decisão jurídica – *ratio*

²⁷² *Ibidem*, p. 90.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos d crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. In: **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**. v. 1. n. 1, Belém/ São Leopoldo: UFPA/UNisinos, p. 93-105, jul. 2010,. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374/601>>. Acesso em: 29 Out. 2016, p 103 e 104. VIEIRA, Vinícius Astoupho. Respostas judiciais adequadas e o novo Código de Processo Civil: Uma análise do artigo 476. In: **Cadernos de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. ano 11. n. 11, São Bernardo do Campo: FDSBC, p. 99-111, 2014, p. 107.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. v. 43. n. 50, Bauru: Instituto Toledo de Ensino, p. 91-114, jul./dez. 2008, p. 111. (Grifos no original).

decidendi –, tomada como paradigma hermenêutico, um instrumento de promoção da justiça por meio da imparcialidade e da equidade em sede de prestação jurisdicional, de modo a promover, quando da apresentação de solução para um problema atual, atividade intelectual marcada pela utilização da analogia e pela

[...] economia de esforço [por parte do intérprete] – juízes e advogados não precisam realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias. Uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração.²⁷⁵

Destarte, através da observação do precedente judicial, decorrente de uma atividade intelectual realizada pelo intérprete capaz de apresentar a explicação jurídica correta para uma dada circunstância verificada no tecido social, distingue-se padrão hermenêutico de objetivação do direito, de tal sorte que a *ratio decidendi* de uma decisão pretérita tomada como paradigma é tomada como elemento argumentativo essencial para a construção da decisão jurídica presente em atendimento ao ideal de correção racional do discurso jurídico.²⁷⁶

Traçado brevemente tal panorama de um paradigma teórico do direito a partir de uma perspectiva racionalista, centrada na manifestação do intérprete exclusivamente no contexto da justificação e condicionada por uma pré-compreensão conceitual que a partir da ideia de estabilidade e de direito como integridade, considerada nos termos acima expostos, faz-se comprometida com o desiderato de promoção de manifestações jurisdicionais visando à verdade conceitual – decisão jurídica correta –, verifica-se que há, inequivocamente, a estruturação de uma Teoria do Conhecimento acerca do direito eminentemente essencialista e, por conseguinte, um retorno ao método cartesiano de descoberta da verdade acerca do direito a partir de conceitos concebidos *a priori* e preemptoriamente.

Tal perspectiva, não obstante atribua ao sujeito a incumbência de promover o aprimoramento da Teoria do Direito em conformidade com as peculiaridades do problema jurídico presente observando o histórico conceitual – desenvolvimento da ciência em conformidade com a alegoria do romance em cadeia –, ao ter como cerne da atividade do intérprete a racionalização do discurso visando à decisão correta para o caso concreto sob análise, independentemente de outras considerações contingentes e contextuais, ratifica o modelo gnosiológico metafísico que considera o conhecimento a partir de distinções e como algo alheio ao sujeito, mas que lhe é imposto como uma representação da realidade e, por conseguinte, como verdade abstrata.

²⁷⁵ MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p. 191.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 192.

Apesar de propor um modelo de aplicação do precedente judicial que supere concepções mecanicistas e subsuntivas²⁷⁷, ao sedimentar a meta de adequação hermenêutica como fixação da decisão correta, justificada racionalmente em consonância com a ideia de estabilidade entendida como adesão a um paradigma conceitual historicamente consolidado através de manifestações jurídicas pretéritas tomadas como construção teórica em cadeia capaz de estabelecer conceitos como ideias *a priori* compartilhadas, atribuindo ao intérprete uma atividade essencialista de declarar o sentido abstrato do precedente judicial, verifica-se, a rigor, a adoção de um modelo lógico dedutivo, arrimado no caráter indefectível dos conceitos e comprometido com a estabilidade do direito enquanto expressão da verdade que, como tal, se pretende universal.²⁷⁸

Como mencionado anteriormente, tal perspectiva teórica assenta-se na fundamentação racional do discurso, bem como na rigorosa cisão entre os contextos da descoberta e da justificação, desconsiderando o primeiro e atribuindo exclusivamente ao segundo relevância no processo de desenvolvimento do conhecimento acerca do direito e de construção de explicações para problemas reais enfrentados pelo intérprete, sobretudo em sede de prestação jurisdicional e fixação de precedentes judiciais.

A referida cisão entre os contextos da descoberta e da justificação, relegando as manifestações do primeiro ao âmbito de interesse da psicologia empírica²⁷⁹, ou como expressão de uma atividade intelectual do intérprete que por analogia seja capaz de indicar um princípio abstratamente considerado que subjaz ao próprio sistema jurídico²⁸⁰, considerando apenas a construção racional de um discurso em consonância com o direito – veiculado por instrumentos normativos positivados ou por precedentes judiciais –, como relevantes à construção do conhecimento no âmbito da Teoria do Direito caracteriza um dualismo essencialista que estabelece a interpretação jurídica como um processo que conduz, inexoravelmente, a explicações conceitualmente corretas por meio de uma inferência lógica que impescinde de certezas adrede estabelecidas através de princípios jurídicos universais – ou que assim sejam pretendidos – e que conduzam a conclusões igualmente corretas enquanto conceitos e tão-somente por isso adequadas.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? In: **Consultor Jurídico - ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedent-es-cpc>>. Acesso em: 29 Out. 2016.

²⁷⁸ STRÁTZ, Murilo. *Op. Cit.*, p. 33.

²⁷⁹ POPPER, Karl R. *Op. Cit.*, p. 29-30.

²⁸⁰ MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p. 271-272.

Tal perspectiva teórica tem como pedra de toque a persuasão racional, empreendida no contexto da justificação, que por desconsiderar – ou minimizar a relevância – as manifestações no contexto da descoberta, se estabelece em consonância com a ideia de verdade dos conceitos jurídicos, que dessa forma implicam conclusões argumentativas universalizáveis. Há de se observar, entretanto, que a universalização por meio da construção de um discurso racional demanda um consenso filosófico que apenas sob um paradigma fundado numa perspectiva eminentemente moral do direito seria realizável, o que decerto não se constitui fenômeno verificável praticamente em uma sociedade complexa, democrática e multicultural, haja vista se manifestar, sobremaneira em sede de prestação jurisdicional, visando à consecução de objetivos contingentes e contextuais e não ao estabelecimento de acordos filosóficos abstratos acerca da interpretação correta do direito, atividade insuficiente para a solução de problemas reais pelo intérprete.²⁸¹

Nos moldes do presente trabalho, busca-se afastar o dualismo essencialista que implica a cisão *in abstracto* dos contextos da descoberta e da justificação, de modo a considerar a atividade desenvolvida pelo intérprete como um processo que toma os dois contextos como expressões de um fenômeno único, que se expressa visando à solução de problemas reais por meio de conclusões plausíveis verificadas a partir de suas consequências, o que se aperfeiçoa através da abdução, distinguindo um processo que se caracteriza pela ideia de adequação dos conceitos em face da possibilidade de atendimento a demandas jurídicas socialmente contingentes e não por meio de um consenso filosófico referente à verdade enquanto representação da realidade – ou única explicação racionalmente justificável do fenômeno jurídico, caracterizando uma decisão jurídica correta.

No tópico apresentado na sequência, pretende-se analisar a condição de possibilidade de se entender a prescrição de estabilidade do direito por meio da sistemática de observação dos precedentes inserta no novo Código de Processo Civil superando o dualismo abstrato entre os contextos da descoberta e da justificação, valendo-se da inferência abdutiva de Peirce como contribuição pragmatista ao desenvolvimento de uma Teoria do Precedente Judicial comprometida com a solução de problemas jurídicos reais para além da ideia de certeza ou de correção do direito estabelecida por meio de um discurso racional.

²⁸¹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica** (*The problematics of moral and legal theory*). Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. XI-XII.

4.2 Pragmatismo e previsibilidade do direito: a relevância da inferência abductiva no âmbito da Teoria do Precedente Judicial

O novo Código de Processo de Processo Civil traz a lume a demanda por estabilidade da jurisprudência, utilizando-se neste desiderato, em grande medida, da sistemática de observação obrigatória dos precedentes judiciais. Como mencionado anteriormente, não raramente busca-se atender a tal imperativo legal a partir de uma perspectiva racionalista que entende a interpretação jurídica como espaço de construção de um discurso racionalmente justificado visando à consecução da equidade em consonância com a ideia de integridade do direito como adequação a um modelo de correção conceitual, e desse modo, tomando a Teoria do Direito como um instrumento de estabelecimento de certeza expressa por meio de uma decisão correta, fundamentada em princípios jurídicos estabelecidos em consonância com uma teoria moral ou com um *a priori* compartilhado, se aperfeiçoa como um encadeamento histórico de uma perspectiva fundacionalista acerca do direito.

A partir de uma perspectiva pragmatista, que se pretende antifundacionalista, antiessencialista e contextual, o conhecimento acerca do direito não se caracteriza como representação racionalmente concebida da realidade através de um processo de encadeamento contínuo e absolutamente sem rupturas de aperfeiçoamento do estado de técnica validado por meio de um ideal abstrato de correção. Entende-se que a interpretação, e, por conseguinte, a decisão jurídica e a fixação do precedente judicial, bem como a observação da *ratio decidendi* como paradigma para semelhantes casos concretos posteriores, caracteriza-se por destacado falibilismo conceitual, marca indelével da própria ciência, de modo que a adequação de um conceito verifica-se em face de sua aplicabilidade prática visando à solução de conflitos reais contextualmente e não como uma justificação racional universalizável.²⁸²

A adequação dos conceitos e a própria construção do conhecimento acerca do direito aperfeiçoam-se de forma contingente e contextual, por meio de reiterados testes que *in concreto* – e, portanto, desconsiderando uma justificação conceitual racionalmente elaborada voltada ao estabelecimento de manifestações hermeneuticamente corretas – viabilizem a apresentação de explicações tão-somente verossímeis e que através de uma atividade intelectual criativa do intérprete solucionem demandas atuais concretas.

Essa concepção não significa que o pragmatismo fundamente-se radicalmente numa espécie de ceticismo epistemológico absoluto e que, assim, proponha um paradigma teórico

²⁸² PEIRCE, Charles S. Falibilismo, continuidad y evolucion. *Op. Cit.*, p. 2-3.

relativista que indique uma estrutura de prestação jurisdicional decisionista. O que se pretende no pragmatismo não é desconsiderar completamente o *establishment* jurídico e substituí-lo por uma resignação pessimista acerca da teoria do conhecimento, tomando a investigação filosófica relacionada à verdade como algo despiciendo porque ininteligível ao ser humano, mas indicar que os conceitos devem ser considerados a partir de suas aplicações práticas no mundo real e que discussões eminentemente metafísicas acerca da certeza racional e da correção são insolúveis e, desse modo, não satisfazem a necessidade de apresentação de explicações que conduzam a ações factíveis visando à solução de problemas jurídicos.²⁸³

4.2.1 A ideia de estabilidade como uma necessidade prática de previsibilidade do direito

Considerar o estabelecimento da *ratio decidendi* de um precedente judicial como a conclusão racional de um discurso visando à correção conceitual e a estabilidade do direito como integridade, ou seja, como um encadeamento histórico de manifestações hermenêuticas tomadas como elementos indicadores de certeza, implica a imagem de que existe uma verdade que se expressa por uma linguagem própria capaz de descrever a essência das coisas.²⁸⁴

Ao contrário, um posicionamento pragmatista acerca do direito tem o escopo de superar dualismos fundacionalistas como o que propõe uma racionalidade intrínseca ao ser humano e, como seu contraponto, expressões irracionais da conduta humana, admitindo as manifestações jurídicas em sede de prestação jurisdicional como expressões conceituais acerca do direito voltadas ao atendimento a necessidades sociais contingentes, levando em consideração que coerência e plausibilidade em uma decisão jurídica não são elementos de certeza, mas antes de adequação a fins estabelecidos contextualmente.²⁸⁵

Seguindo esse lastro, destaca-se a multiplicidade de tipos de processos de decisão existentes no direito. Multiplicidade esta que demonstra a variedade de interesses e necessidades a que eles podem servir, sendo inviável pensar em critérios universais de racionalidade [...].²⁸⁶

Nesse sentido, a ideia de estabilidade e a própria observação do precedente judicial em casos atuais semelhantes apresentados ao intérprete não correspondem a um dever inexorável em relação a conceitos historicamente consolidados por meio de argumentação racional, mas se caracterizam como instrumentos de relevância prática no processo de interpretação do direito voltado a apresentação de explicações plausíveis e verificáveis empiricamente para

²⁸³ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. *Op. Cit.*, p. XIV-XV, 358.

²⁸⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. *Op. Cit.*, p.101.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 102.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 102.

problemas jurídicos concretos. Em outras palavras, toma-se a estabilidade como um instrumento prático de atendimento a demanda por previsibilidade das manifestações hermenêuticas, de modo que a observação do precedente judicial em situações presentes visa a evitar modificações conceituais rápidas, que inviabilizariam a previsão de resultados em casos concretos e, dessa forma, esvaziariam a condição de possibilidade de um arranjo institucional capaz de estabelecer objetivos sociais de longo prazo.²⁸⁷

Compreende-se a ideia de estabilidade a partir de uma sistemática de observação do precedente judicial como instrumento de consecução de uma finalidade concreta de previsibilidade, de modo que o conceito de estabilidade é tomado segundo a máxima pragmática de Peirce, ou seja, define-se por sua utilidade prática²⁸⁸, de modo a caracterizar-se como elemento de garantia da segurança jurídica e não como um conceito abstrato estabelecido em consonância com um paradigma teórico de justificação racional do direito visando à certeza – ou à decisão correta.

A fixação do precedente e a observação da *ratio decidendi* como paradigma para solução de casos concretos posteriores, sob o viés pragmatista que se pretende no presente trabalho, se estabelece para além de uma estrutura hermenêutica centrada na construção racional do discurso em sede de prestação jurisdicional e, dessa forma, afasta-se da concepção teórica que atribui ao contexto da justificação proeminência em tal processo, antes atribui notável relevância ao contexto da descoberta, porém destacando que a atividade do intérprete nessa senda caracteriza-se pela incindibilidade dos contextos da descoberta e da justificação.

A saber, verifica-se tal incindibilidade através da observação da utilização da inferência abdutiva no estabelecimento da *ratio decidendi* em sede de prestação judicial fixando um precedente. Enquanto construção intelectual visando à determinação de uma explicação plausível para um problema real a partir das consequências práticas da utilização dos conceitos, veiculada por meio de um *insight* criativo que se justifica *a posteriori*, a abdução promove a manifestação do intérprete conciliando os contextos da descoberta e da justificação, como ato contínuo, superando o dualismo abstrato de que decidir e fundamentar

²⁸⁷ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica.** *Op. Cit.*, p. 328-330.

²⁸⁸ BROWNE, George. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito.* ano 13. n. 13. Recife: Universidade Federal de Pernambuco/Centro de Ciência Jurídicas/Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, p.237-258, 2003, p. 237.

caracterizam-se como expressões distintas no processo de construção do conhecimento no âmbito da Teoria do Direito.²⁸⁹

4.2.2 A fixação do precedente judicial como manifestação incindível do intérprete nos contextos da descoberta e da justificação

Em consonância com uma perspectiva antiessencialista, a atividade interpretativa em sede de prestação jurisdicional afasta-se da racionalização do discurso visando à certeza e considera que uma decisão jurídica constitui-se um processo criativo que se adequa às necessidades circunstanciais práticas verificadas no tecido social.²⁹⁰

Nesse sentido, em recusa ao modelo teórico racionalista, o pragmatismo considera que o juiz se manifesta de forma criativa ao proferir uma decisão jurídica e que tal evento se aperfeiçoa como produto de uma atividade em que a decisão e a construção de sua fundamentação implicam ato contínuo no processo de interpretação do direito.²⁹¹

Não é ocioso pontuar, nesse diapasão, que a decisão é permeada pela influência de uma infinidade de elementos que conduzem o processo criativo empreendido pelo intérprete e que em regra não são expostos textualmente, caracterizando o contexto da descoberta, enquanto a fundamentação, de seu turno, é o exercício formal de exposição do suporte normativo que viabiliza a decisão e caracteriza o contexto da justificação.²⁹²

Não obstante a relevância da fundamentação da decisão jurídica para a determinação da conduta humana em consonância com o padrão normativo vigente, não há uma correlação necessária entre um modelo de justificação racional e a segurança jurídica, afastando incertezas e conduzindo a um paradigma de clareza conceitual do direito.²⁹³

[...] Pelo contrário, um sistema de super-valorização [sic] dos processos de justificar pode desenvolver tantas e tantas distinções na abstração e desmembramentos de fatos que as ideias acerca dos institutos jurídicos passam a obscuras e confusas. Perde-se o contato da realidade. O próprio sentido social do que seja segurança

²⁸⁹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, 45-46 e 128-129.

²⁹⁰ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial em Alagoas: A Atuação do Poder Judiciário na Interpretação do Direito Social à Saúde**. Maceió: Repositório da UFAL, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas/Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/123456789/14191/Ativismo%20judicial%20em%20Alagoas%20a%20atua%20c3%a7%20do%20poder%20judici%20c3%a1rio%20na%20interpreta%20c3%a7%20do%20direito%20social%20c3%a0%20sa%20c3%bade.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014, p. 7.

²⁹¹ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 41.

²⁹² *Ibidem*, p. 64 e 72-73.

²⁹³ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 52.

jurídica caminha frágil, porque sustentado em uma racionalidade artificial, distanciada dos fatos e problemas que lhe deram origem.²⁹⁴

Assim sendo, é mister observar a construção da decisão e, por conseguinte, a fixação do precedente judicial como uma manifestação do intérprete que combina os contextos da descoberta e da justificação, de modo que sejam considerados os diversos elementos que indicam o porquê da tomada de decisão – razões explicativas que caracterizam a descoberta – e a estruturação de argumentos capazes de promover testes de adequação da referida explicação ao padrão normativo em que se insere a manifestação jurisdicional em tela – razão justificadora. Tal manifestação, ao fim e ao cabo, concilia pensamento e existência – ser e dever ser –, superando a cisão abstrata entre decisão e fundamentação e afastando a perspectiva racionalista que defende a apresentação de um discurso racional como elemento essencial à consecução da correção conceitual em sede de interpretação jurídica.²⁹⁵

A estrutura da decisão jurídica não se caracteriza como um processo lógico-dedutivo tradicional, expresso por meio de um discurso racionalmente elaborado, mas como uma estrutura que se distingue pela concatenação de um *insight* criativo que se vale da abdução peirceana para antecipar uma conclusão, através de uma regra geral, para um caso – conclusão-premissa maior-premissa menor –, e de uma testagem empreendida com o fito de demonstrar sua adequação através de uma inferência dedutiva que justifica *a posteriori* a decisão em consonância com uma norma jurídica do sistema. Em outras palavras, a investigação pragmatista visando à solução de um caso concreto – dúvida genuína – se realiza pela antecipação de uma conclusão que se apresenta como uma explicação apenas plausível para o problema jurídico em tela, nesse sentido, destacadamente falível, de modo que deve ser sujeita, em uma manifestação intelectual incindível, a um processo de verificação normativa capaz de atribuir o nível de adequação contextual necessário para afastar conclusões rivais – fixação da crença.²⁹⁶

Nesse sentido, a fixação de um precedente e sua observação em situações concretas subsequentes se dá ante a verificação de adequação prática das hipóteses levantadas a fins específicos, ou seja, pela consideração da relevância das consequências da utilização dos conceitos em um ambiente hermenêutico contextual que se aperfeiçoa pela integração da descoberta e da justificação e não por meio de uma cisão abstrata entre tais planos e na atividade interpretativa firmada exclusivamente na justificação, como um discurso

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 51.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 45-46.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 114-116.

comprometido com o encadeamento conceitual histórico do direito que se fundamenta em princípios gerais universais e peremptórios.

Os fatos envolvidos nesta discussão são triviais e não são oferecidos como apresentando qualquer coisa original ou fora do comum. O que nos preocupa é sua influência sobre a lógica da decisão. Pois as implicações são mais revolucionárias do que poderiam a princípio parecer ser. Eles indicam que a lógica deve ser abandonada ou que deve ser uma lógica relativa a consequências e não a antecedentes, uma lógica de previsão de probabilidades em vez de dedução de certezas. Para os propósitos de uma lógica de investigação sobre prováveis consequências, princípios gerais podem apenas ser instrumentos justificados por sua utilidade. Eles são recursos de pesquisa intelectual, análise e introspecção sobre os fatores da situação a ser tratada. Como outras ferramentas, devem ser modificados quando aplicados a novas condições e novos resultados têm de ser alcançados [...].²⁹⁷

A observação do precedente, mais que uma reverência ao passado, consiste em um instrumento contingente de previsibilidade da decisão jurídica, que tem lugar em razão da necessidade de adequação aos fins sociais pretendidos em sede de prestação jurisdicional a partir de uma hipótese criativa inovadora, mas afeta ao contexto do intérprete, haja vista ser verificável empiricamente, o que não corresponde, absolutamente, a um ideal de certeza ou de correção lógico-dedutiva.

Assim, verifica-se em uma perspectiva pragmatista que os elementos relevantes para a decisão – contexto da descoberta – e sua fundamentação – contexto da justificação – são conciliados em uma manifestação única do intérprete, de sorte que o precedente, enquanto fonte normativa, e o fato jurídico integram o mesmo plano, que através da abdução apreende a complexidade da realidade sensível e da Teoria do Direito a partir dos efeitos concebíveis da utilização dos conceitos jurídicos.²⁹⁸

Sob esse prisma, a abdução se destaca como a inferência capaz de conciliar os planos prescritivo e descritivo acerca do direito, superando o dualismo racionalista entre causalidade e imputação – ser e dever ser. A proposta pragmatista, através da utilização da abdução, se pretende normativa, no sentido de prospectivamente visar ao controle prescritivo da conduta humana, bem como, por meio do levantamento de uma hipótese verossímil, apresentar uma

²⁹⁷ DEWEY, John. Logical method and law. In: **Cornell Law Review**. v. 10. Issue 1, Ithaca: Cornell University, p. 17-27, Dez. 1924, Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1225&context=clr>>. Acesso em: 25 Dez. 2016, p 26. Tradução livre, no original: “The facts involved in this discussion are commonplace and they are not offered as presenting anything original or novel. What we are concerned with is their bearing upon the logic of judicial decisions. For the implications are more revolutionary than they might at first seem to be. They indicate either that logic must be abandoned or that it must be a logic relative to consequences rather than to antecedents, a logic of prediction of probabilities rather than one of deduction of certainties. For the purposes of a logic of inquiry into probable consequences, general principles can only be tools justified by the work they do. They are means of intellectual survey, analysis, and insight into the factors of the situation to be dealt with. Like other tools they must be modified when they are applied to new conditions and new results have to be achieved [...]”.

²⁹⁸ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 123 e 126.

explicação – ou uma descrição explicativa – em face de um problema real e atual apresentado ao intérprete e que o incita à discussão referente à adequação das possibilidades de solução *in concreto* para tal circunstância jurídica – processo de fixação da crença a partir da dúvida genuína nos moldes pragmatistas propostos por Peirce.²⁹⁹

A atividade empreendida pelo intérprete, nesse diapasão, não parte de premissas que se impõem como conceitos jurídicos verdadeiros e universais a serem subsumidos de pronto através de uma inferência dedutiva justificada racionalmente e que conduza à certeza – ou à decisão correta em face do direito positivo e dos precedentes –, antes, pelo contrário, distingue-se complicado conjunto de elementos que influenciam a referida manifestação hermenêutica, esvaziando a ideia de premissas racionalmente consolidadas, de modo que o intérprete inicia seus trabalhos com o levantamento de uma hipótese tão somente verossímil com o fito de antecipar uma solução plausível para um problema concreto e, logo na sequência, de sorte que se verifique verdadeira continuidade do processo intelectual em tela – aperfeiçoando a perspectiva pragmatista no presente trabalho proposta de conciliação entre descrição explicativa e prescrição normativa –, realiza uma verificação ante o direito posto por meio de um processo de fundamentação argumentativa que se caracteriza como uma autocrítica e tem o escopo de examinar a adequação do *insight* criativo em tela ao paradigma normativo – enunciados normativos legislados e precedentes fixados em casos semelhantes –, de modo que o referido teste prático tem o condão mesmo de justificar a tomada da hipótese inicialmente levantada em face de outras igualmente plausíveis que lhe sejam rivais, encerrando o processo de construção da decisão jurídica como uma atividade criativa, contingente e contextual e, por conseguinte, idônea a efetivamente contribuir para o aprimoramento do conhecimento jurídico pela utilização da abdução como inferência marcada pela formulação de hipóteses falíveis capazes de inovar o estado de técnica acerca de um determinado problema concreto.³⁰⁰

A abdução se propõe a superar o dualismo abstrato entre os contextos da descoberta e da justificação e promover, no âmbito da interpretação do direito, a consecução de um processo criativo que a partir de um juízo de verossimilhança se adequa ao paradigma normativo vigente. Em suma, a decisão jurídica se expressa como ato contínuo do intérprete em que a própria conclusão conduz sua fundamentação, ou como vem sendo reiteradamente afirmado no presente trabalho, a descoberta precede logicamente a justificação no processo de construção da decisão jurídica. Mas tal antecedência não implica uma cisão, senão uma

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 128.

³⁰⁰ DEWEY, John. *Logical method and law. Op. Cit.*, p 23.

diferenciação prática das etapas de um fenômeno único, qual seja, a atribuição de sentido aos conceitos jurídicos com o escopo de apresentar soluções plausíveis para problemas concretos.³⁰¹

4.2.3 A contribuição da abdução para a fixação do precedente judicial

Como mencionado acima, a Teoria do Precedente Judicial não se caracteriza como um modelo epistemológico de reverência ao passado, considerado como encadeamento histórico de uma racionalidade expressa argumentativamente. A ideia de fixação do precedente judicial e observação de sua *ratio decidendi* em casos semelhantes posteriores, se estabelece mediante uma perspectiva prospectiva acerca do direito, caracterizada pela inafastável necessidade de exames de adequação prática das hipóteses conceituais utilizadas no precedente em face das necessidades sociais verificadas pelo intérprete posteriormente.

Assim, a ideia de adesão ao passado visando à estabilidade e à coerência enquanto instrumentos de consecução de um ideal abstrato de integridade do direito não satisfaz a inequívoca necessidade por contextualização do conhecimento, o que implica que a Teoria do Precedente Judicial há de ter como escopo garantir a previsibilidade das manifestações em sede de prestação jurisdicional sem desconsiderar a própria falibilidade dos conceitos, de modo que readequações sejam toleradas e mesmo consideradas imprescindíveis no processo em tela – atividade empreendida através das técnicas de *distinguishing* e mesmo de *overruling* e *overriding* –, visando reavaliar a própria normatividade da *ratio decidendi* de um precedente e, deste modo, promover a consolidação de um paradigma hermenêutico que tenha como características fundamentais a inovação e a criatividade, sempre visando ao aperfeiçoamento da ciência e das relações sociais.³⁰²

A fixação de um precedente judicial não tem o escopo de promover a consecução de um modelo teórico que se destine a reproduzir em decisões posteriores a consolidação da racionalidade verificada em decisões pretéritas, ou se estabelecer como mera contribuição para um ideal de continuidade que, outrossim, busca tomar a argumentação racional como fundamento de estabilidade do direito. Sob a ótica do pragmatismo jurídico, a Teoria do Precedente Judicial tem o condão de aprofundar a discussão acerca dos conceitos jurídicos e da relevância de sua aplicação em circunstâncias concretas, considerando as decisões precedentes tão-somente como pontos de partida e, desse modo, distinguindo inexorável

³⁰¹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 123 e 126.

³⁰² DEWEY, John. *Logical method and law*. *Op. Cit.*, p 27.

comprometimento com a ideia de incremento de complexidade ao arcabouço conceitual do direito através do levantamento de hipóteses plausíveis visando à solução contextual de problemas jurídicos reais.³⁰³

Nesse sentido, é possível estabelecer uma perspectiva pragmatista de estabilidade e coerência do direito, atendendo à prescrição do Art. 926 do novo Código de Processo Civil divorciando-se da ideia de adesão ao precedente como um dever moral fundamentado na racionalidade da argumentação em sede de prestação jurisdicional. Em tal perspectiva pragmatista, a *ratio decidendi* inserta em um precedente judicial tomado como paradigma para casos concretos posteriores que lhe sejam semelhantes se distingue como ponto de partida para a instituição de novas consequências atribuíveis concretamente aos conceitos que, por meio de constantes reiteraões, alcançam relativa estabilidade. Tal estabilidade é relativa haja vista a impossibilidade prática de absoluta uniformização interpretativa – o que caracterizaria modelo marcado pela infalibilidade dos conceitos jurídicos, o que se pretende superar –, de tal sorte que, a partir dos repetidos exames de adequação prática da *ratio decidendi* aos fins sociais almejados em sede de prestação jurisdicional, há uma valoração dos conceitos visando à coerência metodológica em um ambiente jurídico contextualmente previsível. Em suma, estabilidade e coerência, para o pragmatismo, não se caracterizam como elementos abstratamente considerados quando da construção de um discurso racional, mas como desdobramentos de uma investigação permanente visando à fixação de pressupostos conceituais tão-somente plausíveis e, portanto, falíveis, mas razoavelmente previsíveis em face do contexto cultural do sujeito cognoscente em um processo de interpretação visando ao desenvolvimento da Ciência do Direito.³⁰⁴

Para o pragmatismo, a *ratio decidendi* de um precedente tomado como paradigma para a solução de um caso concreto posterior é acatada como fonte normativa capaz de conduzir ao levantamento de uma hipótese que, em um ambiente contextualmente considerado, melhor se adegue às necessidades sociais, bem como um instrumento de previsibilidade acerca das manifestações do Poder Judiciário em sede de prestação jurisdicional referente a determinado tema, o que implica uma espécie de restrição relativa à atividade do intérprete, ou, como afirmado acima, um ponto de partida a ser considerado no processo criativo de interpretação do direito, não como peremptório fundamento de certeza que acarrete irrestrita fidelidade ao

³⁰³ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica.** *Op. Cit.*, p. 314.

³⁰⁴ CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 30-33.

passado, senão como referência hermenêutica para a realização de reiterados testes de adequação prática dos conceitos jurídicos às contingentes demandas sociais.³⁰⁵

Disso decorre que uma Teoria do Precedente Judicial pragmatista não considera a estabilidade do direito como uma sujeição ao passado como consolidação de um ideal de racionalidade, mas como um instrumento de previsibilidade que indica uma atividade criativa do sujeito cognoscente que se distingue voltada para a frente. Isto é, a observação de uma decisão jurídica pretérita em face de um caso concreto posterior não é relevante de *per si*, mas mediante a possibilidade de adequação de seus fundamentos – *ratio decidendi* – ao presente e ao futuro, inclusive com a inafastável possibilidade de rompimento com o passado em razão de sua eventual inaplicabilidade ao contexto do intérprete em momento posterior.³⁰⁶

A observação do precedente, nesse sentido, se operacionaliza por meio da inferência abdutiva realizada pelo sujeito, que a partir da *ratio decidendi* da decisão jurídica tomada como paradigma – ponto de partida normativo para o processo interpretativo em sede de prestação jurisdicional –, empreende um juízo criativo que se aperfeiçoa com o levantamento de uma hipótese plausível visando a uma solução factível para o problema presente a partir de sopesamentos empreendidos pelo sujeito acerca de suas consequências também para o futuro, em longo prazo considerado.

Interessa, desse modo, evidenciar que o Pragmatismo de Peirce, operacionalizado pela abdução leva em consideração fundamentalmente as consequências *in the long run*, ou seja, as de longo alcance, lançadas na imaginação criativa, para além do observável; não se restringindo as de efeito imediato *in the short run*. Como estão sujeitas ao autocontrole, e situadas num contexto determinado, as hipóteses lançadas pela abdução não são livres de modo absoluto, pois vão depender da provocação, em que a experiência pré-existente é considerada [...].³⁰⁷

Logo, o pragmatismo não é meramente utilitarista, ou seja, a hipótese levantada através da inferência abdutiva é permeada por considerações nas quais a relação custo-benefício da aplicação de um conceito é apenas uma das ponderações práticas a serem realizadas pelo sujeito no processo de construção da decisão jurídica. O escopo pragmatista não é estabelecer uma perspectiva consequentialista em sentido estrito, o que conduziria, em última análise, ao formalismo e ao essencialismo conceituais, antes se pretende aprofundar as discussões acerca do conhecimento do direito, inclusive valendo-se da interdisciplinaridade, visando à razoabilidade de uma decisão contextualmente considerada.³⁰⁸

³⁰⁵ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. *Op. Cit.*, p. 382.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 413-414.

³⁰⁷ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 131.

³⁰⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. *Op. Cit.*, p.50-51 e 56-57.

O critério pragmatista de conhecimento pretende controlar o ambiente físico e social em que se insere o intérprete através de uma decisão que interfira na realidade em face do problema concreto apresentado, mas também como instrumento de estabilidade conceitual, no sentido de previsibilidade em longo prazo, de tal sorte que a adequação de um determinado conceito, sobremaneira no que diz respeito à observação de uma sistemática de vinculação legal ao precedente judicial, se estabelece em razão da condição de possibilidade de reavaliação da aplicabilidade de um conceito posteriormente.³⁰⁹

Em outras palavras, um conceito distingue-se bem-sucedido para a solução de um problema jurídico concreto não porque seja racionalmente verdadeiro, mas porque se mostre útil ao escopo de fixar, de modo contingente e contextual, uma hipótese que influencie efetivamente as relações sociais em jogo e possibilite relativa previsibilidade ao desenvolvimento do conhecimento acerca do direito – máxima pragmática de Peirce – consolidando um ambiente de inquirição científica caracterizado pelo permanente aprofundamento da discussão referente à funcionalidade do próprio direito – dúvida genuína-fixação da crença-reavaliação conceitual-dúvida genuína.

Nesse sentido, o intérprete pragmatista, ao ponderar acerca das consequências práticas da utilização de um conceito no bojo das relações sociais em longo prazo, assume a responsabilidade de moldar o direito posto

[...] como uma espécie de massa plástica que pode ser usada para preencher aqueles buracos embaraçosos que existem na estrutura jurídica e política da sociedade. [...] Quando se confronta com uma conduta escandalosa que os constituintes [e, por conseguinte, os legisladores em geral] não previram nem preveniram especificamente, o juiz pragmático não se limita a dar de ombros e dizer: ‘desculpe, não há lei que se aplique a este caso’.³¹⁰

Contextualmente, nesses casos, como de resto, em sede de prestação jurisdicional de modo geral, mesmo em razão da vedação do *non liquet*, o juiz atua de forma criativa, respeitando o direito legislado e os precedentes, mas afastando a literalidade que conduziria a resultados absurdos ou inadequados à consecução das necessidades sociais relacionadas à matéria e ao ordenamento jurídico como um todo e, destarte, reestruturando o espectro aplicativo do próprio instrumento normativo em tela, sem que isso implique decisionismo ou arbitrariedade, mas legítima manifestação de atribuição de sentido aos conceitos jurídicos em face de suas consequências práticas verificáveis em uma sociedade pluralista e em consonância com as normas jurídicas consolidadas, em seu conjunto, legitimando tal

³⁰⁹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. *Op. Cit.*, p. 21.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 408-409.

manifestação hermenêutica, haja vista que uma decisão que ignore tais normas não se distingue pragmatista, mas antijurídica.³¹¹

O juiz pragmatista não almeja reescrever o direito posto, atitude inaceitável em uma sociedade democrática, mas questionar suas premissas quando da aplicação dos conceitos insertos nos instrumentos normativos considerados em sede de prestação jurisdicional, afastando abstrações teóricas acerca do direito e, nesse sentido, buscando contribuir para o desenvolvimento da ciência por meio do permanente incremento de complexidade às discussões relacionadas à aplicabilidade do conhecimento, de tal sorte que o escopo do pragmatismo não é alcançar a certeza, mas arrefecer o permanente estado de dúvida com o qual se depara o intérprete.³¹²

Deste modo, a possibilidade semântica de um conceito estará confinada à sua possibilidade fenomênica, vale dizer, ao modo como suas conseqüências [*sic*] possam *aparecer* no plano da experiência [...]. Pode-se dizer que tanto em Kant como em Peirce, esta cláusula obrigatória de validade semântica do plano teórico é dada pelo seu contingenciamento fenomenológico *in futuro*, vale dizer, pelas concebíveis possíveis conseqüências [*sic*] experienciáveis.³¹³

A manifestação pragmatista no que diz respeito à observação do precedente judicial afirma-se como uma perspectiva antiessencialista, no sentido de que a *ratio decidendi* não se caracteriza como expressão de certeza conceitual consolidada através de um discurso racional. O intérprete pragmatista, valendo-se da abdução, tem o escopo de sopesar todas as conseqüências plausíveis de uma decisão jurídica tomando um precedente como ponto de partida a ser observado. Como estabelecer definitivamente todas as possibilidades de aplicação de um conceito é algo irrealizável, verifica-se mesmo destacada falibilidade da própria Ciência do Direito, que reiteradamente deve ter seus pressupostos aplicativos submetidos a testes de adequação prática e, por conseguinte, tem no permanente aperfeiçoamento do estado de técnica sua marca indelével.³¹⁴

Sendo antiessencialista, a perspectiva pragmatista desconsidera fundamentos conceituais abstratos de certeza e caracteriza-se absolutamente maleável, considerando a utilização de quaisquer procedimentos no processo de investigação visando ao levantamento de hipóteses plausíveis para a solução de problemas jurídicos reais. O escopo da inquirição

³¹¹ *Ibidem*, p. 409-410 e 416.

³¹² *Ibidem*, p. 417-418.

³¹³ IBRI, Ivo Assad. As conseqüências de *conseqüências práticas* no pragmatismo de Peirce. In: **Cognitio: Revista de Filosofia**. Ano 1. n. 1, São Paulo: Centro de Estudos do Pragmatismo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo / EDUC–Palas Athena, jan.-jun. 2007. p. 10-19, Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13392/9928>>. Acesso: em 31 jan. 2017, p. 33. (Grifos no original).

³¹⁴ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das conseqüências**. *Op. Cit.*, p. 132.

pragmatista é promover a adaptação dos conceitos às necessidades reais da vida através de reiterados exames de probabilidade, ponderando acerca das consequências práticas da aplicação de uma hipótese concreta ao longo do tempo e, desse modo, alcançando a estabilidade das relações sociais através da previsibilidade dos efeitos das normas.³¹⁵

Nesse sentido, o pragmatismo, conciliando os contextos da descoberta e da justificação no processo de construção da decisão jurídica em uma sistemática de observação do precedente judicial, se vale da abdução como instrumento inferencial para o levantamento de hipóteses plausíveis acerca da aplicação dos fundamentos da *ratio decidendi*, que se justificam argumentativamente *a posteriori*, mesmo como caminho visando à demonstração formal do raciocínio abduativo.

Tal processo é verificado na própria fixação do precedente, haja vista que, nos moldes defendidos no presente trabalho, a *ratio decidendi* caracteriza-se como um juízo de verossimilhança destinado a solucionar contextualmente um problema jurídico concreto e não um fundamento de certeza racional a ser inexoravelmente aplicado a casos posteriores, o que indica a relevância da utilização da técnica do *distinguishing*, que se aperfeiçoa, outrossim, através de uma inferência abduativa.³¹⁶

A abdução constitui-se uma forma de raciocínio prospectivo, ou como mencionado acima, voltada para a frente, que em um processo criativo busca explicar, através do levantamento de hipóteses verossímeis, a ocorrência de um dado fenômeno jurídico. As consequências práticas de tal hipótese são submetidas a reiterados testes de falibilidade, isto é, têm sua consecução verificada *in concreto*, confirmando ou negando a hipótese levantada como uma possibilidade válida de solução de problemas jurídicos reais, de modo que a *ratio decidendi* de uma decisão tomada como paradigma para casos semelhantes posteriores se caracteriza como solução adequada em longo prazo – fundamento de estabilidade, ou de previsibilidade do desenvolvimento do conhecimento acerca do direito ante a fixação do precedente judicial – em razão de sua própria aplicabilidade prática enquanto instrumento de consolidação científica do *insight* criativo acerca de um conceito jurídico concretamente considerado referente às circunstâncias que se apresentam ao sujeito cognoscente quando da atribuição de sentido ao direito posto em sede de prestação jurisdicional, tanto na fixação do precedente, quanto em sua observação em casos semelhantes no futuro.³¹⁷

³¹⁵ JAMES, Wiliam. **Pragmatismo**. *Op. Cit.*, p.60.

³¹⁶ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 73.

³¹⁷ BROWNE, George. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce. *Op. Cit.*, p.237-258, 2003, p. 247-248.

Partindo do conhecimento consolidado socialmente, a abdução inferencial, no *insight* criativo que aperfeiçoa a descoberta, um conceito inovador no âmbito científico – conhecimento novo –, que, por meio de permanente processo de tentativa e erro – testes de falibilidade conceitual –, tem a aspiração de criticamente ponderar acerca das consequências previsíveis da aplicação dos conceitos enquanto estruturas capazes de contextualmente e de forma contingente relacionarem-se à realidade conduzindo à ação, estabelecendo soluções plausíveis e verificáveis empiricamente para problemas reais, afastando-se da abstração racionalista de que incumbe ao intérprete alcançar certezas universais e definitivas e propondo um paradigma teórico marcado pela apresentação de conceitos tão-somente verossímeis, distinguindo a falibilidade conceitual como característica fundamental da própria ciência.³¹⁸

Sendo assim, a abdução, ao apresentar soluções conceituais tão-somente verossímeis no contexto do processo judicial, caracteriza a fixação da *ratio decidendi* e a própria construção do conhecimento jurídico como um todo, como desdobramento de um raciocínio probabilístico, que se aperfeiçoa visando ao levantamento de hipóteses verificáveis a partir da análise de suas consequências práticas em longo prazo, afastando-se da perspectiva de processo como instrumento dogmático de alcance da verdade, ainda que formal.³¹⁹

Neste contexto, a perspectiva pragmatista de análise do direito, veiculada pela inferência abdutiva, faz-se útil à Ciência do Direito, aproximando-a das ciências em geral, na medida em que esta, sendo inescapavelmente relacionada às ocorrências verificáveis empiricamente, empreende sua investigação teórica esquivando-se de abstrações conceituais que conduziriam a celeumas metafísicas insuperáveis e centrando esforços na análise do plexo de consequências práticas previsíveis ante a fixação de modelo interpretativo voltado à ação no que diz respeito à apresentação de respostas explicativas para o fenômeno jurídico.³²⁰

A investigação científica, de modo geral e a desenvolvida na Ciência do Direito, em particular, impescinde da abdução como inferência que inaugura o processo de construção do conhecimento através do levantamento de uma hipótese explicativa plausível para um fato concreto e que, posteriormente – não como uma condição de precedência cronológica, mas como precedência lógica na estruturação do raciocínio –, terá suas consequências concebíveis submetidas a testes de adequação através de uma inferência dedutiva, caracterizando a

³¹⁸ *Ibidem*, p. 250-251.

³¹⁹ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 65.

³²⁰ IBRI, Ivo Assad. As consequências de *consequências práticas* no pragmatismo de Peirce. *Op. Cit.*, p. 34.

conciliação mencionada anteriormente entre os contextos da descoberta e da justificação como manifestação incindível do sujeito cognoscente.³²¹

No que diz respeito especificamente à abdução no direito, é possível, segundo o pensamento de Giovanni Tuzet, considerar que tal inferência tem duas funções no processo de construção do conhecimento jurídico, quais sejam, explicativa e classificatória, *in verbis*:

A interpretação jurídica apresenta pelo menos dois tipos de abdução. Se tomarmos abdução no próprio sentido explicativo, como sendo (i) a inferência que vai do efeito a causa, a ‘*fact-finding question*’ [questão de averiguação] na interpretação é uma espécie de raciocínio abduativo: dos fatos conhecidos ao desconhecido, levantando hipóteses sobre o que aconteceu. Se tomarmos abdução no sentido classificatório da hipótese, como sendo (ii) a inferência que classifica alguns fatos atuais dentro de um tipo de fato, também a ‘*rule-finding question*’ [questão da determinação de regras] na interpretação é uma espécie de raciocínio abduativo: a partir das características dos fatos explicados pela abdução (i), para o tipo de fato a que essas características pertencem. Isto significa, em outros termos, que a abdução (ii) encontra a regra ou o princípio que articula esse tipo de fato e suas consequências normativas (se o fato-P ocorreu, então a consequência-Q é devida). Abdução legal em sentido amplo é a combinação das abduções (i) e (ii).³²²

Disso decorre que a abdução se caracteriza no contexto da descoberta, distinguindo uma inferência explicativa acerca dos fatos, que confere precedência aos efeitos em face das causas e uma inferência classificatória, com o escopo de formular uma regra a partir das consequências possíveis da tomada da referida explicação dos fatos. A operação intelectual caracteriza-se como uma atividade criativa do sujeito que através de uma inferência que se valendo do conhecimento consolidado – o estado de técnica vigente, os elementos inarticulados na decisão, os pré-conceitos e mesmo as idiosincrasias do intérprete – apresenta uma hipótese inovadora para explicar as circunstâncias a si apresentadas, utilizando-se desta para fixar uma regra plausível e mesmo por isso falível, mas exequível, que veicule as consequências práticas que melhor se adequem contextualmente às contingentes necessidades sociais ao longo do tempo. Portanto, se aperfeiçoa na abdução um raciocínio de estrutura lógica do tipo conclusão-regra-caso, que nesse sentido diferencia-se das inferências dedutiva e

³²¹ TUZET, Giovanni. Legal abductions. In: BOURCIER, Danièle. **Legal knowledge and information systems – JURIX 2003: The Sixteenth Annual Conference**. Amsterdam/Berlin/Oxford/Tokyo/Washington, DC: IOS, 2003, p. 41..

³²² *Ibidem*, p. 41-42. Tradução livre, no original: “Legal adjudication presents at least two kinds of abduction. If we take abduction in the proper explanatory sense, as being (i) the inference which goes from effect to cause, the ‘*fact-finding question*’ in adjudication is a kind of abductive reasoning: from the known facts to the unknown, making hypotheses on what happened. If we take abduction in the classificatory sense of hypothesis, as being (ii) the inference which classifies some actual facts under a type of fact, also the ‘*rule-finding question*’ in adjudication is a kind of abductive reasoning: it goes from the characters of the facts accounted for by abduction (i), to the type of fact those characters belong to. This means, in other terms, that abduction (ii) finds the rule or the principle that articulates that type of fact and its normative consequences (if fact-P has occurred, then consequence-Q is due). Legal abduction in a broad sense is the combination of abduction (i) and (ii)”. Lorena de Melo Freitas apresenta entendimento no mesmo sentido, também citando Giovanni Tuzet, Cf. FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 71-72.

indutiva por visar à inovação conceitual a partir do levantamento de hipóteses que prescindem de premissas verdadeiras, haja vista articularem prescrições tão-somente verossímeis e que apenas mediante a verificação empírica podem, posteriormente, mas em ato contínuo – no contexto da justificação, como mencionado, incidível da descoberta e operado através de uma inferência dedutiva – confirmar sua utilidade e, por conseguinte, mesmo sua adequação à Teoria do Direito, enquanto manifestação conceitual juridicamente válida.

A fundamentação da decisão jurídica – argumentos inferidos dedutivamente a partir do direito posto, aqui incluindo não apenas a lei em sentido amplo, mas também os precedentes judiciais –, constitui-se a estrutura lógica formal justificadora da abdução.³²³ Em outras palavras, a inferência abdutiva propõe uma hipótese explicativa que substitui um predicado mais geral por outros menos gerais, ou seja, um conceito normativo geral dá espaço a conceitos particulares contidos naquele e que se caracterizam como relacionáveis ao caso concreto sob análise pelo intérprete e distinguem-se possibilidades verossímeis apresentadas como manifestações conceituais que satisfaçam as necessidades contextuais práticas presentes e que se projetam para o futuro, de modo que as consequências da aplicação de tal hipótese são submetidas a um teste de adequação ao paradigma normativo, o que implica um exame de pertinência da decisão jurídica proveniente de tal processo como uma solução válida em face do plexo normativo vigente por meio de uma inferência dedutiva, o que aperfeiçoa a estrutura lógica de descoberta-justificação, ou *insight* criativo abdutivo e fundamentação dedutiva.³²⁴

Nesse sentido, a abdução constitui-se uma relevante contribuição do pragmatismo filosófico à Ciência do Direito no que diz respeito à análise do contexto da descoberta no processo de construção da decisão jurídica. A estruturação do silogismo abdutivo distingue-se pelo levantamento de uma hipótese verossímil, ou seja, falível, que é tomada como premissa menor, de modo que o raciocínio abdutivo, sendo o ponto de partida da atividade criativa empreendida pelo intérprete visando à manifestação de uma decisão jurídica, tem com elemento central a investigação de como um evento concreto é convertido em fato jurídico, levando-se em consideração as consequências concebíveis da atribuição de sentido na operação de descoberta e que ser e dever ser são expressões de um só plano existencial, no qual pensamento e existência não se diferenciam como planos ontologicamente distintos, antes se caracterizam como realidades da vida que se manifestam de forma indissociável.³²⁵

³²³ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo.** *Op. Cit.*, p. 70 e 73.

³²⁴ TUZET, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 43.

³²⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências.** *Op. Cit.*, p. 135.

Após essa fase abdutiva, a inferência que determina as consequências jurídicas dos fatos relevantes, é, no essencial, uma dedução [repita-se, há uma precedência lógica e não cronológica, haja vista descoberta e justificação distinguem-se como manifestações incidíveis]. Em sentido estrito, é a fase normativa do raciocínio jurídico: a dedução legal determina as consequências que devem resultar dos fatos determinados de acordo com alguma regra ou princípio. (Uma operação dedutiva do raciocínio jurídico [...] capta a inferência de consequências legais, mas não a inferência dos fatos relevantes, que é, em geral, abdutiva).³²⁶

Supera-se assim o dualismo entre descoberta e justificação – existência e pensamento, ser e dever ser – e verifica-se a emergência de um paradigma teórico que possibilite a inovação conceitual no âmbito da Ciência do Direito de forma contextual, desconsiderando a utilização de abstrações essencialistas para a explicação dos fenômenos jurídicos, que se consolida por meio de reiterados exames de adequação prática dos conceitos visando ao constante aperfeiçoamento do conhecimento jurídico para além da ideia de verdade racional.³²⁷

Na interpretação jurídica, uma hipótese levantada como solução para um caso concreto não pode ser demonstrada diretamente, senão por meio de uma dedução *a posteriori* relativa à adequação das consequências práticas de sua utilização, haja vista a impossibilidade prática de reconstrução dos fatos – alcançar a verdade real é mesmo empreitada inexecutável –, de modo que o raciocínio desenvolvido pelo intérprete distingue-se juízo de verossimilhança, em que as conclusões são contingentes, ou seja, são plausíveis e não verdades definitivas, o que indica que a construção intelectual nesta senda é inequivocamente abdutiva.³²⁸

Nesses termos, a abdução não se compromete com a busca de certezas, é um raciocínio que tem o escopo de apresentar possibilidades verossímeis, levantadas como hipóteses que se distinguem sob responsabilidade do sujeito cognoscente e devem permanecer inexoravelmente condizentes com o arranjo institucional consolidado, que funciona como óbice ao desenvolvimento de decisões arbitrárias.³²⁹

Isso significa que não obstante a abdução constitua-se uma inferência tão-somente provável, não se pretende, em uma perspectiva teórica pragmatista do direito, estabelecer um paradigma interpretativo em que qualquer decisão jurídica tenha lugar – uma espécie de

³²⁶ TUZET, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 42. Tradução livre, no original: “Following such an abductive phase, the inference that determines the legal consequences of the relevant facts, is, in the main, a *deduction*. In a strict sense, it is the normative phase of legal reasoning: legal deduction determines the consequences that *ought* to follow from the facts ascertained according to some rule or principle. (A deductivist account of legal reasoning [...] captures the inference of legal consequences but not the inference of the relevant facts, which is, in the main, abductive)”.

³²⁷ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 136.

³²⁸ TUZET, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 42.

³²⁹ *Ibidem*, p. 45.

niilismo epistemológico, nas palavras de Lorena de Melo Freitas –, postura contrária mesmo à ideia de coerência como previsibilidade tomada pelo pragmatismo. A busca de superação de um modelo de correção racionalista – decisão correta fundamentada em um discurso formal argumentativamente racional – não abre espaço ao decisionismo, antes exige uma responsabilidade institucional por parte do sujeito cognoscente que veda a apresentação de decisões arbitrárias disfarçadas em fundamentos abstratos tomados como condições lógicas necessárias, através de reiterados testes de adequação da referida hipótese conceitual aplicada ao caso sob análise e que tenda a espriar seus afeitos para o futuro, o que constitui uma forma de autocontrole da atividade do intérprete em face do direito posto.³³⁰

Neste contexto, o princípio fundante de um precedente judicial é também uma expressão de um raciocínio inferencial abduativo, de sorte que a própria *ratio decidendi* constitui-se uma hipótese normativa verossímil, concebida como possibilidade provável de solução jurídica considerada a partir de suas consequências práticas em face de um caso concreto e voltada para frente, com o fito de condicionar, ainda que apenas como ponto de partida normativo, isto é, como instrumento de previsibilidade – o que pode ser considerado, nos moldes do presente trabalho, como uma forma de atendimento à demanda por estabilidade e coerência prescrita no Art. 926 do novo Código de Processo Civil –, a interpretação do direito destinada a solucionar demandas semelhantes no futuro por meio de um teste de adequação que se aperfeiçoa através de uma inferência dedutiva. Tal processo confirma a relevância da abdução também na atividade de observação de um precedente judicial em casos semelhante posteriores, de tal sorte que *in concreto* é inferida abduativamente uma hipótese tomando como ponto de partida a decisão jurídica pretérita – contexto da descoberta – e submetendo-a a um exame de adequação ao direito posto e às necessidades sociais em longo prazo – contexto da justificação – consolidando, destarte, a solução para o caso concreto presente sob análise.³³¹

É possível, nesse diapasão, tomar como exemplo de tal modo de manifestação no âmbito da prestação jurisdicional a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 733.433 – Minas Gerais, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, em que a Corte, em recurso interposto pelo Município de Belo Horizonte/MG contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisou a condição de possibilidade de atribuição de legitimidade ativa *ad causam* à Defensoria Pública para propor ação civil pública visando à tutela de interesses e direitos difusos ante o prescrito no Art. 134 da

³³⁰ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**. *Op. Cit.*, p. 83.

³³¹ TUZET, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 42.

Constituição Federal, em repercussão geral estabelecendo tese acerca da matéria, bem como visando fixar precedente quanto à interpretação do referido dispositivo constitucional.³³²

A discussão estabelecida concerne à alegação, apresentada pelo Município de Belo Horizonte/MG – Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte –, quanto à ilegitimidade ativa *ad causam* da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais para propor ação civil pública visando a compelir o Município a manter em funcionamento ininterruptamente, durante os meses de dezembro e janeiro, creches e escolas de educação infantil, uma vez que a Constituição Federal prescreveria que se distinguem como legitimados para proposição de ação civil pública tão somente os entes que para tal forem explicitamente elencados pelo texto constitucional³³³, bem como que à Defensoria Pública incumbiria a defesa dos necessitados, assim identificados individualmente³³⁴, o que não poderia ser realizado no caso concreto em tela, haja vista o pleito relacionar-se a interesse difuso, compartilhado pela coletividade indistintamente, de modo que a legislação infraconstitucional que confere legitimidade à Defensoria Pública para atuação em tais demandas seria eivada de inconstitucionalidade³³⁵, motivo pelo qual o recurso extraordinário, no entendimento da

³³² “EMENTA: Direito Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos. Interpretação do art. 134 da Constituição Federal. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 733.433/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 4 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10669457>>. Acesso em: 10 out. 2016, p. 1.

³³³ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]. § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei [...]” BRASIL. Constituição. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016, Art. 129.

³³⁴ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” “Art. 5º [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]” *Ibidem*, Arts. 134 e 5º, LXXIV.

³³⁵ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] II - a Defensoria Pública; [...]” BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2016, Art. 5º, II. “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada

Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, deveria ser conhecido e provido para extinguir o processo sem resolução do mérito em razão da inexistência de legitimidade para a causa por parte da Defensoria Pública de Minas Gerais.³³⁶

O relator, Ministro Dias Toffoli, visando estabelecer uma hipótese interpretativa plausível para a solução do referido caso concreto, tomou como ponto de partida a *ratio decidendi* inserta na ADI 3.943/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se julgou pela constitucionalidade do Art. 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 –, conferindo legitimidade ativa *ad causam* à Defensoria Pública para propor ação civil pública, inclusive quando visando à tutela de interesses transindividuais.³³⁷

Nesta senda, entendendo por direitos difusos aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas por determinadas circunstâncias fáticas, de modo que sua titularidade não pode ser especificamente individualizada, haja vista contemplarem a coletividade como um todo e terem objeto jurídico incindível, o relator – Ministro Dias Toffoli –, entendeu que o número de beneficiários com a manutenção das creches e escolas de educação infantil abertas ininterruptamente nos meses de dezembro e janeiro espraia-se para além dos alunos efetivamente matriculados em tais instituições de ensino no Município de Belo Horizonte, mas contempla, outrossim, os futuros matriculados e, em última análise, constitui-se interesse de toda a coletividade, caracterizando um interesse difuso.³³⁸

Sendo não individualizável a titularidade dos direitos difusos – direitos transindividuais –, e enquadrado neste contexto o interesse de manter abertas ininterruptamente as creches e escolas de educação infantil nos meses de dezembro e janeiro, a discussão central acerca da legitimidade ativa da Defensoria Pública na situação concreta em comento relaciona-se à impossibilidade de demonstração de hipossuficiência de cada titular individualmente, nos termos do Art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; [...]” BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994 – Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 10 out. 2016, Art. 4º, VII e VIII.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 733.433/MG**. *Op. Cit.*, p. 4.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.493/DF. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 154/2015, 6 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20150805_154.pdf>. Acesso em: Acesso em: 14 out. 2016. p. 112.

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 733.433/MG**. *Op. Cit.*, p. 31-32.

Nesse sentido, tomou-se como hipótese que a Defensoria Pública tem como escopo institucional promover a concretização dos direitos e das liberdades individuais das pessoas necessitadas e que nas demandas coletivas é possível maximizar o acesso à justiça por meio do tratamento processual concentrado de pretensões pulverizadas no tecido social, de modo que nos casos em que a titularidade não seja individualizável, mas seja determinável, a ação civil pública atende à demanda por eficiência da prestação jurisdicional, tratando em processo coletivo os interesses subjetivos difusos dos hipossuficientes, consolidando a possibilidade de legitimidade ativa *ad causam* da Defensoria Pública para propor ação civil pública visando à tutela de interesses difusos e afastando a ideia de ofensa ao disposto no Art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Em outras palavras, entendeu-se que por meio do ajuizamento de ações civis públicas, a Defensoria Pública assegura, ainda que de forma indireta, a assistência jurídica aos necessitados, cumprindo seu múnus constitucional, uma vez que todos aqueles que tinham sua pretensão atendida individualmente podem fazê-lo também em sede de processo transindividual.³³⁹

Pois bem, ao observarmos que a Defensoria Pública atende e promove, em determinada localidade, milhares de ações individuais para a tutela de direitos fundamentais de hipossuficientes e que a omissão abusiva, causa de pedir dessas demandas, poderia ser extirpada ou solucionada pelos legitimados passivos por meio de uma ação coletiva, podemos concluir que inexistente lógica em se afastar a legitimidade processual da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública em defesa do referido direito subjetivo difuso [...].³⁴⁰

Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal decidiu por negar provimento ao recurso extraordinário e entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para atuar em demandas visando à tutela de interesses difusos, fixando como tese em repercussão geral: “A Defensoria Pública tem legitimidade para propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas”. Afastou-se, assim, o entendimento literal da Constituição no que diz respeito à demonstração de hipossuficiência individualmente como condição necessária para a atuação da Defensoria Pública, haja vista que em direitos transindividuais, mesmo em razão do caráter difuso do interesse em tela, não se verifica titularidade individualizável, mas tão-somente determinável de tal direito, o que se distingue suficiente, em consonância com o entendimento adotado pelo Tribunal, para atender ao comando constitucional.³⁴¹

Nesse exemplo, verifica-se que o precedente judicial, a legislação infraconstitucional e mesmo a Constituição Federal, são tomados como elementos instrumentais visando à

³³⁹ *Ibidem*, p. 33-36.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 34.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 41-42 e 102.

consecução de finalidades sociais específicas, veiculando, por meio do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecido, outrossim, com o escopo de fixar modelo interpretativo relacionado à condição de possibilidade de atribuição de legitimidade ativa *ad causam* à Defensoria Pública para propor ação civil pública visando à tutela de interesses e direitos difusos, uma solução plausível e contextual para uma demanda real apresentada à Corte, qual seja, a legitimidade da Defensoria Pública de Minas Gerais para pleitear, em favor da coletividade do Município de Belo Horizonte, a abertura ininterrupta, durante os meses de dezembro e janeiro, de creches e escolas de educação infantil.

Distingue-se atividade eminentemente criativa da Corte que, reconsiderando a atribuição de sentido consolidada – teste de adequação conceitual –, encaminhou-se para proferir decisão observando uma consequência jurídica nova atribuível ao comando constitucional, estabelecendo uma ideia de estabilidade jurídico-social, em logo prazo considerada, comprometida com a garantia dos direitos individuais através da atuação da Defensoria Pública visando à tutela de direitos difusos por meio de ação civil pública.

Tal atividade caracteriza-se inequivocamente pragmatista ao afastar a interpretação literal da Constituição Federal relativa à atuação da Defensoria Pública, que conduziria mesmo a resultados contextualmente inadequados ante o escopo institucional que lhe foi atribuído pela própria Constituição. A Corte promoveu uma reestruturação aplicacional do comando constitucional em tela, interferindo na realidade *in concreto*, mas visando à estabilidade conceitual em longo prazo, através de considerações acerca das consequências práticas da decisão a partir do levantamento de uma hipótese verossímil em face do direito consolidado – a Defensoria Pública promove, ainda que indiretamente, a defesa dos hipossuficiente ao atuar em demandas visado à tutela de interesses e direitos difusos.

Configura-se, na decisão aqui considerada, uma inferência abductiva. Consideram-se as consequências práticas em longo prazo como imprescindíveis para a solução do caso concreto – raciocínio dos efeitos para a causa –, de modo que a conclusão acerca da legitimidade ativa da Defensoria Pública precede logicamente as causas justificadoras de tal entendimento, de modo que o levantamento de uma hipótese relativa à promoção da defesa dos direitos dos necessitados constitui-se uma inferência realizada a partir de suas consequências e da regra constitucional disciplinadora da matéria.

A estrutura lógica da decisão em tela distingue-se dos silogismos dedutivo ou indutivo e constitui-se uma inferência que parte da ponderação acerca das consequências práticas em longo prazo de uma conclusão a partir de uma disposição constitucional para o levantamento de uma hipótese conceitual contextualmente plausível. O raciocínio realizado caracteriza-se

em moldes em que o silogismo distingue-se como uma inferência da premissa menor a partir da conclusão e da premissa maior, isto é, a descoberta precede logicamente a justificação, em um processo intelectual em que tais momentos são manifestações contínuas e incidíveis na construção da decisão judicial: 1) conclusão – consequência normativa – “a Defensoria Pública tem legitimidade para propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas”³⁴²; 2) premissa maior – prescrição normativa constitucional – Art. 134, da Constituição Federal³⁴³; 3) premissa menor – hipótese normativa – no âmbito dos direitos difusos, estes considerados como expressão de interesses transindividuais e nesse sentido, não individualizáveis, mas determináveis *in concreto*, a proposição de ação civil pública é meio idôneo para promover, ainda que indiretamente, a defesa de interesses subjetivos difusos dos hipossuficientes.³⁴⁴ Aperfeiçoa-se, destarte, um raciocínio abduutivo, em que a inferência não é uma decorrência lógica justificada pelo termo médio, mas por um processo de descoberta que implica o levantamento de uma hipótese contingente e, portanto, falível, mas que tem sua adequação às necessidades sociais e jurídicas verificáveis por meio da possibilidade de reconsiderações conceituais em um permanente processo de aprimoramento da ciência.³⁴⁵

Outrossim, é possível considerar que se encaminha no mesmo sentido, qual seja, de atuação criativa em sede de prestação jurisdicional com utilização do raciocínio abduutivo, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 655.265 – Distrito Federal, de relatoria do Ministro Luiz Fux, com redação do acórdão do Ministro Edson Fachin, em que se discutiu acerca do momento de demonstração do cumprimento do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso na carreira da magistratura, em conformidade com o prescrito no Art. 93, I, da Constituição Federal e em repercussão geral se estabeleceu tese com o escopo de fixar precedente relativo à matéria.³⁴⁶

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 733.433/MG**. *Op. Cit.*, p. 41-42 e 102.

³⁴³ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” BRASIL. Constituição. *Op. Cit.*, Art. 134.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 733.433/MG**. *Op. Cit.*, p. 33-36.

³⁴⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. *Op. Cit.*, p. 83.

³⁴⁶ “EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. *STARE DECISIS*. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA

A Constituição Federal prescreve como um dos requisitos necessários para a investidura na carreira da magistratura, a demonstração, pelo bacharel em direito, de atividade jurídica por período não inferior a três anos³⁴⁷. Visando a disciplinar a matéria, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – estabeleceu, por meio de resolução, que o momento de realização da referida demonstração deve ser o da inscrição definitiva no respectivo concurso público.³⁴⁸

JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (*OVERRULING*) DO PRECEDENTE. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que ‘densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação’. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que ‘*impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos*’. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais ‘*é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária*.’ (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: ‘*é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva*’. 10. Recurso extraordinário desprovido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 655.265/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>>. Acesso em: 16 out. 2016, p. 1-3. (Grifos no original).

³⁴⁷ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; [...]” BRASIL. Constituição. *Op. Cit.*, Art. 93,I.

³⁴⁸ “Art. 58. Requerer-se-á a inscrição definitiva ao presidente da Comissão de Concurso, mediante preenchimento de formulário próprio, entregue na secretaria do concurso. § 1º O pedido de inscrição, assinado pelo candidato, será instruído com: a) cópia autenticada de diploma de bacharel em Direito, devidamente registrado pelo Ministério da Educação; b) certidão ou declaração idônea que comprove haver completado, à data da inscrição definitiva, 3 (três) anos de atividade jurídica, efetivo exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função, exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito; [...] i) formulário fornecido pela Comissão de Concurso, em que o candidato especificará as atividades jurídicas desempenhadas, com exata indicação dos períodos e locais de sua prestação bem como as principais autoridades com quem haja atuado em cada um dos períodos de prática profissional, discriminados em ordem cronológica; [...]” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 75, de 12 de Maio de 2009 – Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75b.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016, Art. 58.

Decidiu-se em caso semelhante, discutido na ADI 3.460/DF, referente ao ingresso na carreira do Ministério Público, que resolução de idêntico teor ao da mencionada Res. 75/2009-CNJ, qual seja, que o momento de demonstração de atividade jurídica por candidato a ingresso na carreira do Ministério Público, no caso da ADI em tela, correspondente ao da inscrição definitiva, constitui-se prescrição em conformidade com a Constituição Federal³⁴⁹, de modo que se aperfeiçoaria, nesse sentido, a promoção da segurança jurídica quanto aos candidatos ao ingresso na carreira ministerial pública.³⁵⁰

O relator do Recurso Extraordinário em tela, Ministro Luiz Fux, entendeu pela incompatibilidade do precedente da ADI 3.460/DF com a Constituição, uma vez que a exigência de demonstração de atividade jurídica em momento anterior ao da investidura no cargo constituir-se-ia violação ao caráter competitivo e ao princípio da igualdade. Além disso, entendeu que o enunciado do Art. 93, I, da Constituição Federal, prescreve a demonstração de atividade jurídica como requisito para ingresso na carreira da magistratura e não para a inscrição em concurso público, de tal sorte que a exigência inserta na Res. 75/2009-CNJ não encontraria amparo constitucional.³⁵¹

Sendo assim, o relator, entendendo pela necessidade de total afastamento da *ratio decidendi* do precedente veiculado pelo acórdão proferido na ADI 3.460/DF – *overruling* –, manifestou-se pela inconstitucionalidade da Res. 75/2009-CNJ e propôs que

o triênio constitucional de prática jurídica imposto pelo art. 93, I, da Constituição da República para o ingresso na carreira da Magistratura deve ser [...] demonstrado pelo candidato, apenas, no momento da sua posse no cargo, e não na inscrição definitiva para o concurso público.³⁵²

Tal entendimento, entretanto, não foi seguido pela maioria da Corte, tendo prevalecido o voto do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, pela inexistência de suporte para a ocorrência de *overruling* em relação ao precedente veiculado na ADI 3.460/DF, manifestando-se pela constitucionalidade da Res. 75/2009-CNJ e, portanto, pela manutenção da exigência de demonstração de atividade jurídica por candidato ao ingresso na carreira da magistratura no momento da inscrição definitiva no respectivo concurso, por não entender violação à Constituição na exigência em tela.³⁵³

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.460/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 37/2007, 14 Jun. 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20070614_037.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016. p. 37.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 655.265/DF**. *Op. Cit.*, p. 22.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 26 e 33.

³⁵² *Ibidem*, p. 37.

³⁵³ *Ibidem*, p. 39, 43 e 48.

O Ministro Edson Fachin, no voto que conduziu a maioria da Corte, manifestou-se no sentido de que a ideia de precedente judicial se estabelece ante o desiderato de fixação de um modelo de interpretação do direito marcado pela previsibilidade, mesmo em consonância com o prescrito no Art. 926, do novo Código de Processo Civil, que neste sentido identifica-se com a adequação conceitual dos fundamentos da decisão jurídica tomada como paradigma às necessidades jurídicas verificadas na sociedade. Assim, considerou que a superação do precedente veiculado na ADI 4.360/DF quanto ao momento de demonstração do triênio de atividade jurídica para ingresso na carreira da magistratura não se caracterizaria como solução apropriada em razão da inexistência de mudanças substanciais nas circunstâncias fáticas e jurídicas relacionadas à matéria, que eventualmente implicariam inadequação da regra veiculada no precedente, de tal sorte que, por atender às necessidades contextuais, não se verificariam, prospectivamente, inclusive em observação a demanda por segurança jurídica e isonomia no que se refere ao processo de seleção para a magistratura, benefícios concretos na superação da tese fixada, devendo prevalecer o entendimento consolidado pelo Tribunal, considerado plenamente compatível com o contexto conceitual do direito vigente no país.³⁵⁴

Nesse sentido, é possível distinguir que a decisão em tela se aperfeiçoa por meio de uma perspectiva pragmatista do direito e do precedente judicial. Considerando que a decisão jurídica constitui-se uma atividade criativa desenvolvida no âmbito da Teoria do Direito e em consonância com o paradigma normativo institucionalmente consolidado, tomados como pontos de partida pelo intérprete no caso concreto, a solução hermenêutica para uma matéria específica discutida em sede de prestação jurisdicional, sobremaneira em um tribunal superior e visando ao desiderato de fixar entendimento que se constitua precedente e, por conseguinte, modelo a ser observado em demandas semelhantes posteriormente, requer o levantamento de uma hipótese explicativa contextual que espraie seu marco conceitual prospectivamente e visando à adequação da construção empreendida aos fins sociais e jurídicos considerados relevantes, caracterizando-se como construção tão-somente verossímil, mesmo em face de uma regra constitucional taxativa como a relativa à demonstração de atividade jurídica por três anos por candidato a ingresso na carreira da magistratura, afastando a ideia de certeza racional – ou de decisão correta – acerca da atribuição de sentido aos enunciados normativos constitucionais e ao direito como um todo, o que implica um modelo de previsibilidade

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 39, 43 e 48.

compreendido como produto de sopesamentos relacionados às consequências práticas da utilização dos conceitos em longo prazo.³⁵⁵

O Supremo Tribunal Federal, ao definir a inscrição definitiva como momento para a demonstração, pelo candidato a ingresso na carreira da magistratura, do triênio constitucionalmente exigido de atividade jurídica, compreendeu que tal construção hermenêutica acerca da prescrição constitucional em tela atende ao escopo de se atribuir sentido ao direito em consonância com fins específicos, quais sejam, no caso concreto, conduzir à magistratura profissionais com um grau mínimo de experiência profissional, a ser apurado durante o respectivo concurso público, desse modo garantindo segurança jurídica ao certame em razão do afastamento de discussões posteriores relativas ao atendimento a tal requisito, inclusive com eventuais deferimentos de liminares para reservas de vagas, o que estabeleceria contexto de incerteza e inviabilizaria um processo de seleção eficiente e ágil para o provimento dos cargos necessários para a adequada prestação de serviços pelo Poder Judiciário à população em geral.³⁵⁶

Assim sendo, o sentido atribuído pela Corte ao Art. 93, I, da Constituição Federal e o entendimento pela constitucionalidade da Res. 75/2009-CNJ, constituem-se manifestações que visam assegurar o alcance de consequências práticas específicas, consideradas contextualmente como relevantes em longo prazo, mas não corretas peremptoriamente, o que indica que a hipótese levantada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 655.265/DF, aperfeiçoa uma inferência abdutiva, haja vista o empreendimento de um raciocínio conduzido das consequências para as causas, onde a observação do precedente judicial – ADI 4.360/DF – é tomada, junto com a legislação relativa à matéria, como elemento de justificação *a posteriori* da tese fixada pelo Tribunal para prolatar a decisão do caso concreto, de tal sorte que a Corte, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, assume a incumbência de estabelecer um modelo de previsibilidade, instrumentalizado pela sistemática de observação obrigatória dos precedentes judiciais, comprometido com a análise, em longo prazo, das consequências práticas das decisões proferidas no bojo das relações institucionais e sociais, bem como no contexto de crescente incremento de complexidade e permanente necessidade de reavaliação conceitual da própria Ciência do Direito.

No capítulo seguinte, observar-se-á como nos tribunais superiores, sobretudo no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, caracteriza-se institucionalmente

³⁵⁵ SOARES, Marcos Antônio Striquer. Produção da sentença judicial com base na ética de C. S. Peirce. *Op. Cit.*, p. 137.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 655.265/DF**. *Op. Cit.*, p. 56-58.

o *múnus* de manter um paradigma de prestação jurisdicional marcado pela previsibilidade conceitual, destacando-se a concepção de colegialidade, em consonância mesmo com a identificação dos referidos tribunais como cortes supremas, e verificando eventuais dificuldades disso decorrentes no que diz respeito à fixação da *ratio decidendi* e, portanto, ao próprio estabelecimento de uma Teoria do Precedente Judicial no Brasil.

5 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES COMO CORTES DE PRECEDENTES

Segundo uma perspectiva pragmatista do direito, os órgãos colegiados de cúpula do Poder Judiciário, ou cortes supremas – na perspectiva brasileira, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça –³⁵⁷, têm a missão institucional de assumir a vanguarda do desenvolvimento da Ciência do Direito sob uma perspectiva teleológica, não no sentido de buscar-se a vontade do legislador ou da lei, o que distinguiria postura interpretativa essencialista, apontando que o instrumento normativo é dotado de um sentido em si, mas em razão das consequências práticas da tomada de conceitos jurídicos no tecido social.³⁵⁸

Nesse sentido, a função atribuída às referidas cortes supremas se estabelece para além daquela de mera corte de revisão, mas se distingue no sentido de orientar, em consonância com a sistemática de observação obrigatória dos precedentes judiciais, a interpretação jurídica dos juízos que lhes sejam inferiores – cortes de justiça e juízos de primeiro grau –, sobretudo no que diz respeito à jurisdição constitucional, exercendo o papel de cortes de precedentes.³⁵⁹

Isso quer dizer que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, enquanto colegiados definidos como cortes supremas no arranjo jurídico-institucional brasileiro, ao atuarem visando atribuir sentido ao direito positivo – à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional federal, respectivamente –, em moldes criativos como os reiteradamente mencionados no presente trabalho, devem conduzir sua atividade direcionada a orientar a análise de casos semelhantes posteriores, nos próprios tribunais e, sobretudo, nos juízos que lhes sejam vinculados, ou seja, a manifestação em sede de prestação jurisdicional em tais cortes deve ser prospectiva – voltada para a frente – de tal modo a espraiar efeitos para além do caso concreto e das circunstâncias específicas neste verificadas. Em outras palavras, as cortes supremas devem assumir o papel de cortes de precedentes, a serem obrigatoriamente observados pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, dessa forma assegurando um paradigma de previsibilidade do direito e, por conseguinte, de igualdade e liberdade em uma sociedade democrática e plural.³⁶⁰

³⁵⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. *Op. Cit.* MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: Precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁵⁸ CATÃO, Adualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade.** *Op. Cit.*, p. 43-47.

³⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. *Op. Cit.*, p. 19.

³⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas.** *Op. Cit.*, p. 13.

Não é ocioso destacar, entretanto, que a atividade empreendida pelas mencionadas Cortes no âmbito da Teoria do Precedente Judicial caracteriza-se visando à adequação dos conceitos jurídicos contextualmente e não à certeza ou à verdade acerca do direito. Verifica-se modelo de atuação marcado, ainda que de forma não expressa, por ponderações relativas às consequências práticas da utilização dos conceitos em longo prazo. A *ratio decidendi* concebida em manifestação proveniente de colegiado de tal natureza em sede de prestação jurisdicional e idônea a fixar precedente judicial, distingue-se a partir de uma valoração conceitual contingente e não se identifica com a ideia de parametrização do direito mediante enunciados abstratos vinculantes, mas antes se desenvolve nos moldes da inferência abdutiva de Peirce, como uma hipótese conceitualmente verossímil.

Nesse diapasão, incumbe ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça afirmarem suas competências de cortes de precedentes, consolidando a demanda por previsibilidade das manifestações do Poder Judiciário, não em sentido abstrato ou de certeza conceitual peremptória, mas de modo a possibilitar o desenvolvimento da Ciência do Direito sob uma baliza institucional de segurança e confiança.³⁶¹

O desiderato de um paradigma de vinculação a precedentes judiciais não é a objetivação da atividade hermenêutica, centralizando nas cortes supremas a incumbência de atribuição de sentido ao direito de modo a que as decisões proferidas no âmbito de tais colegiados caracterizem-se como manifestações interpretativas racionalmente adequadas ou corretas, perspectiva fundacionalista e essencialista incompatível com a proposta no presente trabalho, antes se pretende, a partir da manifestação de um órgão de cúpula, considerado ente condutor de um permanente processo de aprimoramento teórico veiculado por reiterados testes de adequação dos conceitos jurídicos às demandas sociais concretas, estabelecer pontos de partida normativos de observação obrigatória para interpretação do direito nos demais juízos visando à estabilidade e à isonomia.³⁶²

Destarte, é possível considerar que a atividade de fixação de um precedente judicial e sua observação posteriormente distingue-se em consonância com um paradigma contextual, contingente e antifundacionalista, no qual a criatividade em sede de prestação jurisdicional constitui-se marca indelével de tal processo como um todo, atribuindo-se, em moldes teóricos pragmatistas, destacada relevância à inferência abdutiva, de modo que considerações acerca

³⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. *In: Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>>. Acesso em: 15 Set. 2016

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 165.

das consequências práticas da tomada de um dado conceito em longo prazo caracterizam-se como elementos imprescindíveis na estruturação do raciocínio jurídico empreendido nas denominadas cortes de precedentes.

Neste contexto, os motivos determinantes da decisão, isto é, a *ratio decidendi*, caracteriza-se como a estrutura nevrálgica no âmbito da Teoria do Precedente Judicial, afastando-se a perspectiva de que a conclusão aplicada ao caso concreto – dispositivo ou ementa do acórdão – constitui-se elemento suficiente em sede de prestação jurisdicional em uma Corte Suprema visando à fixação de precedente judicial de observação obrigatória. Em outras palavras, o estabelecimento da *ratio decidendi*, por expressa manifestação da maioria do órgão colegiado, é condição indispensável em tal processo, haja vista ser a partir de seus fundamentos constituintes que se consolida a própria ideia de vinculação à decisão tomada como paradigma em manifestações jurisdicionais em casos semelhantes posteriores.³⁶³

Um paradigma de observação obrigatória do precedente judicial não pode ter sua consecução verificada mediante manifestações esparsas no âmbito de uma corte suprema, obstaculizando o estabelecimento de uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, inviabilizando a própria fixação do precedente. Votos com fundamentos absolutamente diversos indicam um contexto de pseudocolegialidade em sede de prestação jurisdicional e, rigorosamente, não são idôneos a produzir decisões que posteriormente possam ser tomadas como paradigmas, mas veiculam enunciados normativos de aplicação concreta provenientes de decisões colegiadas, não raramente unânimes, mas com motivações particulares de seus juízes.³⁶⁴

Sendo assim, não são todas as decisões provenientes das cortes supremas que se distinguem como precedentes judiciais e, neste desiderato, é mister que exista uma decisão colegiada propriamente dita, com uma *ratio decidendi* identificável que caracterize os motivos determinantes da decisão e possa ser considerada em casos semelhantes futuros pela própria corte que proferiu a decisão e por juízos que lhes sejam vinculados.

[...] Só as razões que a Corte utiliza para justificar a solução da questão de direito numa específica moldura fática dão ao juiz do novo caso condições de saber se o entendimento da Corte Suprema deve regulá-lo. Porém, a *ratio decidendi* só existe em precedentes. Esse o simples motivo para se ter que falar em precedentes obrigatórios e abandonar as ideias de súmula e jurisprudência uniforme, comprometidos com uma perspectiva teoricamente superada.³⁶⁵

Isso significa que não há precedente se não se verifica decisão na qual os ministros utilizem-se, em sua maioria, dos mesmos fundamentos, estabelecendo uma *ratio decidendi*

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 20-21.

³⁶⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 23.

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. *Op. Cit.*, p. 19.

condutora da solução do caso concreto a ser tomada como paradigma em casos semelhantes no futuro. Há em tais circunstâncias, onde se verificam fundamentos minoritários ou decisões plurais, ambas tomadas como expressões do que se pode entender por pseudocolegialidade, decisões em que o colegiado atua como uma corte de correção, voltando-se a prestação jurisdicional à resolução de casos concretos sem a preocupação de atendimento ao ônus institucional de atuação como uma corte suprema – ou corte de precedentes.³⁶⁶

Nesse sentido, é mister estabelecer uma discussão acerca do papel institucional de uma colegiado tomado como corte suprema, ou corte de precedentes, antes mesmo de abordar as características necessárias à fixação do precedente judicial em tais órgãos judiciais sob uma perspectiva pragmatista a partir do estabelecimento da *ratio decidendi* através de uma atividade criativa instrumentalizada pela inferência abdutiva de Peirce.

5.1 Os tribunais superiores como cortes supremas no Brasil: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça como cortes de precedentes

Na senda do Art. 926 do novo Código de Processo Civil, como anteriormente mencionado no presente trabalho, tem-se o desiderato de assegurar estabilidade e coerência nas manifestações hermenêuticas em sede de prestação jurisdicional, utilizando-se para tal de uma sistemática de observação obrigatória de precedentes judiciais.

Há de se observar, entretanto, que não obstante o referido Art. 926 do novo Código de Processo Civil mencione que tal escopo deve ser perseguido pelos tribunais, indistintamente, tal missão institucionalmente recai sobre os tribunais superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que desse modo afastam-se da incumbência de atuarem apenas como cortes de correção das manifestações das instâncias inferiores do Poder Judiciário, incumbência a ser desenvolvida pelas cortes de justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – e passam a identificarem-se como cortes supremas em um processo hermenêutico criativo, exercendo suas respectivas jurisdições visando estabelecer parâmetros hermenêuticos para além das circunstâncias específicas dos casos concretos que lhes sejam submetidos a apreciação, mesmo como órgãos voltados à manifestações colegiadas comprometidas com uma perspectiva prospectiva do direito, consolidada a partir de considerações acerca das consequências da atribuição de sentido em longo prazo às

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 14-15.

prescrições normativas – Constituição Federal e legislação federal, respectivamente –, isto é, atuando como efetivas cortes de precedentes.³⁶⁷

Assim, o novel estatuto processual prescreve um paradigma de previsibilidade no âmbito da interpretação do direito por meio de uma atuação das referidas cortes supremas como condutoras de um processo criativo de atribuição de sentido ao direito e não de atuação como tribunais incumbidos de promover a correção da interpretação da lei empreendida por juízos que lhes sejam inferiores, o que não demanda, necessariamente, a fixação de precedentes judiciais, mas tão somente o controle da atividade judicante.³⁶⁸

Trata-se, de resto, de uma distinção normalmente traçada pela doutrina, que reconhece, basicamente, duas funções às cortes: i) resolver controvérsias (*'resolution of disputes'*) e ii) enriquecer o estoque de normas jurídicas (*'enrichment of the supply of legal rules'*). Vale dizer: i) prolatar decisões justas – e efetivá-las adequadamente, em sendo o caso – e ii) dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes. Em um sistema que distribui adequadamente as tarefas entre as cortes que integram a Justiça Civil, pode-se dizer que os *órgãos jurisdicionais ordinários* devem cuidar da produção de *decisões justas*, sendo responsabilidade dos *órgãos jurisdicionais extraordinários* a promoção da *unidade do Direito* mediante a formação de precedentes. Essa é razão pela qual, aliás, é possível afirmar que rigorosamente *'le vere 'corti di precedente' sono le corti supreme'*.³⁶⁹

Inserida em um paradigma de fixação e observação obrigatória de precedentes judiciais, uma corte suprema – como distinguem-se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – deve afastar-se da atuação em sede de prestação jurisdicional fundada em argumentos de autoridade, em que as manifestações da corte constituem-se a partir da agregação de opiniões individuais dos ministros, obstaculizando o estabelecimento de uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, inviabilizando a fixação de um posicionamento do colegiado acerca de uma determinada matéria com o escopo de fixar precedente judicial a ser observado em casos semelhantes posteriormente, comprometendo a ideia de previsibilidade das manifestações dos órgão superiores do Poder Judiciário e caracterizando no âmbito da jurisdição brasileira o que José Rodrigo Rodriguez denomina como justiça opinativa.³⁷⁰

Uma corte suprema, outrossim, tomada como corte de precedentes, deve se caracterizar por manifestações que possibilitem a identificação do entendimento do colegiado, não necessariamente por meio de decisões unânimes ou encaminhadas a partir da redação de um voto único do tribunal, mas em face de uma atuação capaz de indicar os fundamentos considerados como relevantes para a solução da matéria sob análise pela maioria de seus

³⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 75.

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 17.

³⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. *Op. Cit.*, p. 76-77. (Grifos no original).

³⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** *Op. Cit.*, p. 62-63.

componentes, mesmo visando à previsibilidade do direito em longo prazo por meio de uma atuação criativa e voltada para o futuro, sob pena de a interpretação do direito empreendida pela corte verificar-se ante a ausência de uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, não se identificar a existência de precedente judicial.

Em casos em que há divergência, os fundamentos para a decisão variam, de juiz para juiz, em especial nos casos de maior repercussão. É comum que cada um dos juízes, mesmo para concordar com o relator, ofereça um fundamento específico para a decisão em jogo, em que o tribunal seja capaz de construir um texto coerente para amarrar todos os argumentos [...].³⁷¹

Tal estrutura eminentemente individualizada da atuação dos componentes de um tribunal superior inviabiliza a implementação de um paradigma de fixação de precedentes judiciais e afasta o colegiado de seu *múnus* institucional de atuar como uma corte suprema, incumbida de capitanear o processo de permanente desenvolvimento do conhecimento acerca do direito através de uma ideia de previsibilidade das manifestações do Poder Judiciário no que diz respeito à atribuição de sentido ao direito positivo.

Isso não significa que os tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, tenham o condão de estabelecer um juízo de correspondência entre as prescrições normativas e a realidade, o que corresponderia à ideia de que as manifestações de tais colegiados no que diz respeito à atribuição de sentido às disposições normativas distinguem-se como decisões racionalmente corretas e, nesse sentido, resgatar-se-ia uma perspectiva essencialista acerca da verdade no direito, o que como reiteradamente expresso ao logo do texto acima se pretende superar. A concepção de atuação dos tribunais superiores como cortes supremas, ou cortes de precedentes, nos termos teóricos considerados no presente trabalho, caracteriza-se no sentido de que, valendo-se de juízos de verossimilhança, mesmo nos moldes da abdução de Peirce, faz-se necessário estabelecer modelo de previsibilidade do direito a partir da fixação de precedentes judiciais que se caracterizem como hipóteses plausíveis de solução contextual para as demandas sociais submetidas ao Poder Judiciário, de sorte que a ideia de correção racional é substituída pela consecução de um paradigma marcado pela exigência prática de estabelecimento de parâmetros para a regulação da conduta humana, isto é, a atuação de tais colegiados como cortes de precedentes, fixando entendimentos que possam ser identificados como parâmetros para decisões posteriores, diga-se, o estabelecendo de uma *ratio decidendi* que se aperfeiçoa através do encaminhamento de uma decisão em que os fundamentos sejam compartilhados pela maioria da corte, distingue-se como um instrumento de condução da ação, decorrente do

³⁷¹ *Ibidem*, p. 82-83.

aperfeiçoamento permanente do conhecimento acerca do direito em um ambiente de prestação jurisdicional criativo – ou nos termos do pragmatismo de Peirce, como elemento de fixação da crença visando ao apaziguamento da irritação do pensamento em face da dúvida genuína.³⁷²

Sob uma perspectiva pragmatista, a atuação de uma corte suprema no âmbito de uma sistemática de observação obrigatória do precedente judicial visa ao estabelecimento de explicações úteis para as questões jurídicas discutidas no âmbito de tal colegiado e que tenham repercussão pra além do caso concreto sob análise, veiculando pontos de partida para a interpretação do direito nas demais instâncias do Poder Judiciário, que mais do que por razões de racionalidade em abstrato ou de correção conceitual, mas por uma exigência eminentemente prática de um paradigma de prestação jurisdicional mais eficiente e previsível, inclinam-se à análise dos fundamentos das decisões anteriores daquele órgão de cúpula para a solução das demandas presentes circunstancialmente semelhantes através de um juízo de adequação conceitual *in concreto* que se aperfeiçoa através da técnica de *distinguishing*.

A proposta pragmatista quer, pois, encarar o problema da verdade como descrição mais útil ou menos útil do mundo, tendo em vista que, estando sempre num contexto linguístico, não cabe ao homem tentar buscar algo para além de seus interesses. Numa visão pragmatista, [...] as descrições humanas são mais ou menos verdadeiras se elas, no contexto social em que são ditas, alcançam melhores resultados práticos, ou seja, são descrições melhores.³⁷³

O precedente judicial, enquanto manifestação em sede de prestação jurisdicional proveniente de uma corte suprema, não se constitui a solução racionalmente correta acerca do direito, mas uma hipótese plausível de atendimento aos interesses sociais, de tal sorte que a observação do entendimento firmado pela corte suprema em casos posteriores semelhantes constitui-se um exame de adequação conceitual do sentido atribuído ao direito contingencialmente, mesmo como expressão de uma permanente demanda por aperfeiçoamento do conhecimento acerca do direito.

Nesse sentido, uma corte suprema tem como finalidade institucional uma atuação prospectiva, no sentido de estabelecer parâmetros interpretativos a serem obrigatoriamente observados pelos juízos que hierarquicamente lhe são vinculados e mesmo pela Administração Pública e pela sociedade civil como um todo. Esse é o escopo de uma corte de precedentes: assegurar previsibilidade interpretativa ao direito e promover o desenvolvimento do estado de técnica da Ciência do Direito por meio de um processo de atribuição de sentido contextual e voltado para o futuro.³⁷⁴

³⁷² CATÃO, Adualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. *Op. Cit.*, p. 77-78.

³⁷³ *Ibidem*, p. 80.

³⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. *Op. Cit.*, p. 79.

A função da corte suprema distingue-se como de atribuição de sentido ao direito positivo por meio da fixação do precedente judicial através de uma atividade criativa voltada ao estabelecimento de uma *ratio decidendi* que se consolida como acordo da maioria dos ministros acerca da mais adequada interpretação do direito visando à apresentação de uma explicação plausível para um determinado tema jurídico e, portanto, decorrente de um aprofundamento deliberativo empreendido com o escopo de propor uma hipótese conceitual tomada como parâmetro interpretativo em circunstâncias semelhantes posteriormente.³⁷⁵

A estrutura do sistema judiciário brasileiro, prescrita pela Constituição Federal, sobremaneira no que diz respeito ao processamento e julgamento de recursos extraordinários e especiais³⁷⁶, e reforçada pelo novo Código de Processo Civil, ao instituir condições de observação obrigatória dos precedentes judiciais como instrumento de consecução do desiderato de garantia de previsibilidade às manifestações em sede de prestação jurisdicional, atribuiu ao Supremo tribunal Federal e ao Superior Tribunal de justiça, enquanto órgãos de cúpula do Poder Judiciário incumbidos de conduzir o processo de atribuição de sentido às prescrições constitucionais e à legislação federal, respectivamente, o papel de cortes de interpretação e de precedentes – ou simplesmente cortes supremas –, de sorte que as decisões provenientes de tais colegiados constituem-se manifestações que se caracterizam como hipóteses prospectivas e não apenas como soluções para casos concretos.³⁷⁷

O caso concreto é tomado como suporte para a consolidação de decisões paradigmáticas no âmbito das referidas cortes supremas, de tal sorte que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passam a atuar como colegiados incumbidos de assegurar a previsibilidade do direito através da fixação de relativa unidade interpretativa que se caracteriza como vinculante às demais instâncias do Poder Judiciário através da fixação de precedentes judiciais de observação obrigatória.³⁷⁸

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 26-27.

³⁷⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [...]”. “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. [...]”. BRASIL. Constituição. *Op. Cit.*, Arts. 102 e 105.

³⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. *Op. Cit.*, p. 79-80.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 80 -81.

Tal paradigma de previsibilidade interpretativa distingue-se em face de manifestação majoritária da corte no sentido de que determinados fundamentos sejam considerados pela maioria dos membros do colegiado como determinantes para o levantamento de uma hipótese conceitual plausível referente à atribuição de sentido ao direito, o que caracteriza o estabelecimento da *ratio decidendi* e consolida a fixação do precedente judicial como paradigma a ser observado em situação semelhante submetida à apreciação do Poder Judiciário no futuro.

Nesse sentido, não é ocioso analisar a relevância da possibilidade de identificação dos referidos fundamentos tomados como relevantes pela maioria de uma corte suprema como condição essencial para o estabelecimento da *ratio decidendi* e, por conseguinte, para a caracterização de uma decisão como modelo interpretativo para a solução de casos futuros semelhantes – precedente judicial –, o que será realizado em tópico específico na sequência.

5.2 A *ratio decidendi* como expressão de uma manifestação jurisdicional efetivamente colegiada no âmbito de uma corte de precedentes

Visando ao desiderato de fixar um precedente judicial, uma corte suprema, enquanto corte de precedentes, deve manifestar-se de modo a que os votos dos ministros conduzam, na medida do possível, a uma maioria no que diz respeito aos fundamentos da decisão e não apenas acerca da conclusão para o caso concreto. Em outras palavras, é imprescindível para que uma decisão proferida no âmbito de uma corte suprema seja tomada como paradigma interpretativo a ser observado em casos semelhante posteriormente que a *ratio decidendi* seja identificável. Decisões em que se verificam fundamentos diversos, caracterizando posicionamentos individuais dos membros do colegiado, ainda que proferidas por unanimidade no que diz respeito à solução concreta para o caso, não distinguem a fixação de precedente judicial.

Assim, verifica-se que é a *ratio decidendi* de uma decisão tomada como paradigma que tem efeito vinculante, de modo que a identificação dos fundamentos determinantes de uma decisão proferida no âmbito de uma corte suprema constitui-se condição essencial para a própria formação do precedente judicial.³⁷⁹

Em outras palavras, uma decisão em que não se verifique efetiva colegialidade acerca dos motivos determinantes caracteriza-se como decisão plural, onde, não obstante constituir-se manifestação jurisdicional majoritária no que diz respeito à solução concreta para o caso

³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 24.

apreciado pela corte, não há suporte para a fixação de precedente judicial em razão da inexistência de um posicionamento majoritário quanto à atribuição de sentido ao enunciado normativo disciplinador da matéria. Isto é, tal decisão caracteriza-se por não estabelecer *ratio decidendi* e, por isso, não se caracterizar como paradigma para casos futuros semelhantes.³⁸⁰

Uma decisão plural, ao não gerar uma *ratio decidendi*, não permite o desenvolvimento do direito. Quando há dúvida sobre a solução de uma questão de direito ou disputa a respeito da interpretação de um texto legal, qualquer decisão que não seja capaz de formular *ratio decidendi* não é suficiente para definir uma regra ou um sentido para o direito, válidos para regular os casos futuros [...].³⁸¹

A formação do precedente judicial está inequivocamente relacionada ao estabelecimento de seu princípio balizador, ou seja, é imprescindível que os fundamentos determinantes da decisão sejam identificáveis como expressão da maioria dos membros do colegiado visando ao levantamento de uma hipótese conceitual para atribuição de sentido a uma disposição normativa. O extrato do precedente é a *ratio decidendi* e não o dispositivo de uma decisão não raramente prolatada em um contexto de pseudocolegialidade, onde os fundamentos de cada voto caracterizam-se absolutamente diferentes, sem que se estabeleça um consenso acerca da matéria sob julgamento e, por conseguinte, uma *ratio decidendi*. Nestes casos, tal decisão não pode constituir um precedente judicial, inviabilizando a aplicação da decisão em casos futuros.³⁸²

Tal circunstância verificada em sede de prestação jurisdicional, qual seja, manifestação de uma corte suprema proferindo decisão balizada na adoção de fundamentos distintos para solução de uma demanda específica relacionada a uma matéria jurídica submetida à análise dos ministros – distinguindo um cenário de manifestação em sede de prestação jurisdicional que pode ser considerado como de pseudocolegialidade –, inviabilizando o estabelecimento de uma *ratio decidendi* e a fixação de um precedente judicial que se consolide como parâmetro de atribuição de sentido ao direito por um órgão de cúpula a partir dos efeitos decorrentes da aplicação de uma determinada perspectiva conceitual em longo prazo, não obstante verifique-se encaminhamento majoritário de votos no que diz respeito à conclusão para o caso concreto imediatamente apreciado pelo corte, pode ser observada na Reclamação 4335-Acre, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seis votos contra quatro, deu provimento a reclamação contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 61.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 60.

³⁸² THEODORO JÚNIOR; Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. São Paulo: GEN/Forense, 2015, p. 121-122.

Branco/AC, ajuizada pela Defensoria Pública da União com arrimo no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959³⁸³, que incidentalmente declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos –³⁸⁴, que vedava progressão de regime no cumprimento de penas por crimes tipificados na referida lei. A progressão fora indeferida sob o argumento de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade produzem efeitos *inter partes*, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, senão nos termos do Art. 52, X, da Constituição Federal³⁸⁵, isto é, mediante a suspensão da eficácia do instrumento normativo declarado inconstitucional por meio de Resolução do Senado Federal.³⁸⁶

A reclamação foi conhecida e provida através dos votos de seis ministros, com dois fundamentos diversos, sendo o primeiro defendido por dois ministros, incluindo o relator, Ministro Gilmar Mendes e o segundo por quatro ministros, além de quatro ministros terem se manifestado pelo não conhecimento da reclamação.

A discussão decorrente da propositura da reclamação pela Defensoria Pública da União relaciona-se ao entendimento de parte da doutrina constitucionalista que distingue que em controle difuso de constitucionalidade, com decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, seria despicienda a manifestação do Poder Legislativo para a suspensão dos efeitos de instrumento normativo declarado inconstitucional, nos termos do Art. 52, X, da Constituição Federal, uma vez que a manifestação do Tribunal em sede de jurisdição constitucional, de *per si*, seria dotada de efeitos *erga omnes*, ensanchas ao ajuizamento de

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.959/São Paulo. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça nº 169**, Brasília, 1 Set. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 22 abr. 2015.

³⁸⁴ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 – Lei de Crimes Hediondos. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015. Art. 2º, § 1º (alterado pela Lei n. 11.464/2007).

³⁸⁵ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]” BRASIL. Constituição. *Op. Cit.*, Art. 52, X.

³⁸⁶ “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335/AC**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 8 fev. 2017, p. 1.

reclamação constitucional com o fito de assegurar efetividade às decisões proferidas em controle de constitucionalidade no âmbito da Corte.³⁸⁷

O relator da reclamação, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que em decorrência de modificação paradigmática no processo de controle de constitucionalidade, a manifestação do Supremo Tribunal Federal em controle incidental teria eficácia *erga omnes*, a todos vinculante independentemente de manifestação do Senado Federal para promover a suspensão dos efeitos de instrumento normativo declarado inconstitucional uma vez que a Constituição teria promovido substancial modificação no papel institucional a ser executado pela Corte no que diz respeito ao controle de constitucionalidade com a prescrição de amplo espectro de controle concentrado a ser realizado por meio de ações direta e declaratória de constitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental – ADI, ADC e ADPF –, de maneira a que não mais haveria espaço para distinções quanto aos fins, procedimentos e efeitos nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.³⁸⁸

O ministro relator afirmou haver a necessidade de realização de uma releitura do papel do Senado Federal no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, defendendo que quando da inserção no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da suspensão de eficácia, por meio de Resolução do Senado Federal, de instrumento normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, predominava o controle difuso de constitucionalidade, de sorte que com a significativa amplitude atribuída ao controle concentrado, com vasto número de legitimados, reduziu-se a relevância daquele em razão da centralização das discussões acerca das questões constitucionais na Corte.³⁸⁹

Entendeu o ministro relator que se verifica identidade procedimental e de desideratos entre os modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, de sorte que se constituiria despropósito a diferenciação quanto aos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal nos respectivos paradigmas, motivo pelo qual propôs a readequação do Art. 52, X, da Constituição Federal, haja vista a ocorrência inequívoca, em seu entendimento, de mutação constitucional.³⁹⁰ Destarte, defendeu que

[...] parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade [...]. Não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa* [...]. Assim, o

³⁸⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]” BRASIL. Constituição. *Op. Cit.*, Art. 102, I, l.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335/AC**. *Op. Cit.*, p. 52.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 28-33.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 53-54.

Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...].

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X, da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.³⁹¹

Assim, o Ministro Gilmar Mendes, com arrimo nos fundamentos acostados, distinguindo a ocorrência de mutação do Art. 52, X, da Constituição Federal, que indicaria que ao Senado Federal compete proceder à mera publicidade das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, considerou que a decisão proveniente do Juízo de Execuções Penais de Rio Branco/AC atentaria contra a autoridade da Corte, justificando o conhecimento e provimento da Reclamação 4.335/AC.³⁹²

O Ministro Eros Grau, ao votar pela procedência da reclamação, acompanhou o relator, manifestando-se em consonância com o entendimento de ocorrência de mutação do Art. 52, X, da Constituição Federal, de modo que se verificaria efetiva transformação do próprio texto constitucional, o que implicaria que a competência do Senado Federal não corresponderia a de suspender a execução de instrumento normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas de dar publicidade à suspensão decorrente da referida declaração do Tribunal.³⁹³

Nesse sentido, o fundamento concorrente para a decisão em comento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ocorrência de mutação do Art. 52, X, da Constituição Federal, promovendo modificação no paradigma do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, foi defendido por dois ministros, o que evidentemente não é suficiente para o estabelecimento de *ratio decidendi* e, por conseguinte, fixação de precedente judicial acerca da matéria, não obstante as manifestações dos referidos ministros concorram para a composição de maioria para o resultado do julgamento do caso concreto no Tribunal.

O segundo fundamento concorrente para a decisão da Corte no caso concreto em comento foi apresentado pelo Ministro Teori Zavascki, no sentido de que não seria possível estabelecer relação necessária de dependência entre a eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade e o cabimento de reclamação, não sendo, assim, a ocorrência ou não de mutação do Art. 52, X, da Constituição

³⁹¹ *Ibidem*, p. 55-56. (Grifos no original).

³⁹² *Ibidem*, p. 60-61.

³⁹³ *Ibidem*, p. 72-73.

Federal, fundamento suficiente para o conhecimento e provimento da reclamação ora submetida à Corte.³⁹⁴

O Ministro Teori Zavascki entendeu que a prescrição constitucional de cabimento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, visando a assegurar a autoridade das decisões do Tribunal, deve ser considerada em uma compreensão mais restrita, uma vez que em face do amplo espectro de competências do Tribunal para proferir decisões dotadas de efeito expansivo –possam repercutir para além do caso concreto imediatamente apreciado – a admissão irrestrita de reclamação em caso de descumprimento de tais decisões implicaria a conversão da Corte em um tribunal de aplicação, suprimindo instâncias bem como uma indevida atração para o Tribunal de competências dos juízos inferiores, cabendo reclamação tão-somente nos casos em que o reclamante seja parte na relação processual em que a decisão cuja eficácia se busca preservar foi proferida.³⁹⁵

Nesse sentido, há inequívoco afastamento em relação aos fundamentos apresentados no voto do relator e, por conseguinte, em relação à discussão acerca da ocorrência de mutação do Art. 52, X, da Constituição Federal e do papel a ser exercido pelo Senado Federal em controle difuso de constitucionalidade. O voto apresentado pelo Ministro Teori Zavascki concentra-se na discussão relativa à legitimidade ativa para o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal visando à garantia de autoridade às decisões da corte, defendendo-se o entendimento de que tal legitimidade deve ser interpretada de forma restritiva, *in verbis*:

[...] a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes* - notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmulas vinculantes, em que se admite legitimação ativa mais ampla (CF, art. 102, § 2º, e art. 103-A, *caput* e § 3º; Lei 9.882/99, art. 13, e Lei 11.419/06, art. 7º). Por imposição do sistema e para dar sentido prático ao caráter expansivo das decisões sobre a constitucionalidade das normas tomadas pelo STF no âmbito do controle incidental, há de se considerar também essas decisões suscetíveis de controle por reclamação, quando ajuizada por entidade ou autoridade legitimada para a propositura de ação de controle concentrado (CF, art. 103).³⁹⁶

Isso significaria, no entendimento expresso no voto do Ministro Teori Zavascki, que a reclamação do caso concreto em tela não deveria ser conhecida, haja vista inexistência de legitimidade ativa para proposição da ação perante o Supremo Tribunal Federal.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 150 e 168.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 167-168.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 168-169.

Destacou o Ministro Teori Zavascki, entretanto, que durante o julgamento, que teve início em fevereiro de 2007 e chegou a termo apenas em março de 2014, verificou-se a edição da Súmula Vinculante nº 26³⁹⁷, tratando especificamente do tema da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado e afirmando a exigência de observação, no âmbito do juízo de execução penal, da inconstitucionalidade declarada em controle incidental acerca da vedação de progressão de regime, distinguindo-se possibilidade considerada explicitamente pela Constituição para propositura de reclamação³⁹⁸, motivo pelo qual entendeu verificar-se o cabimento da referida ação perante o Supremo Tribunal Federal, votando por seu conhecimento e provimento.³⁹⁹

Os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello acompanharam o voto do Ministro Teori Zavascki, no sentido de conhecer e dar provimento à Reclamação 4335/AC com fundamento na violação da Súmula Vinculante nº 26 por parte do Juízo de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC relativo à negação de progressão de regime de pessoas cumprindo penas por crimes hediondos ou equivalentes, afastando-se da discussão relativa à mutação do Art. 52, X, da Constituição Federal e da ressignificação do papel do Senado Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, não obstante concorrendo para a formação de maioria de seis votos quanto ao provimento da reclamação.

Nesse sentido, verifica-se a existência de dois votos concorrentes para o resultado, mas com motivos diversos, não havendo fundamento capaz de estabelecer-se como *ratio decidendi* por não se constituir como entendimento manifestado majoritariamente no âmbito da Corte, de tal sorte que não é possível identificar na decisão em tela a fixação de precedente judicial idôneo a servir de paradigma interpretativo para decisões em casos semelhantes.

³⁹⁷ “Súmula vinculante nº 26 – Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2o da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante Nº 26. **Diário da Justiça Eletrônico nº 238/2009**, Brasília, 22 Dez. 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20091222_238.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2017, p. 1

³⁹⁸ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. BRASIL. Constituição. *Op. Cit.*, Art. 103-A.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335/AC**. *Op. Cit.*, p. 169.

Em casos como esse, não há razão para se falar em *ratio decidendi*, não há motivos majoritariamente considerados relevantes para a decisão, isto é, não há efetiva decisão colegiada acerca da matéria, mas manifestações autônomas dos ministros que concorrem para um resultado, mas não podem promover a fixação de um precedente judicial a ser observado em casos semelhantes futuramente.⁴⁰⁰

Ainda que uma conclusão com base em motivos diversos possa ser suficiente para a solução de um caso concreto, a consolidação de uma maioria no âmbito de uma corte suprema quanto aos fundamentos determinantes da decisão, distinguindo o estabelecimento da *ratio decidendi*, é imprescindível para a fixação do precedente judicial.

Isso não quer dizer que uma decisão proveniente de uma corte suprema sem que se verifique o estabelecimento de um entendimento majoritário acerca dos fundamentos determinantes para solução da matéria de direito veiculada em um caso concreto descaracterize absolutamente o colegiado como uma corte suprema. É perfeitamente admissível que a corte incline-se a resolver uma demanda concretamente por meio de uma decisão plural, voltada tão somente ao estabelecimento de uma maioria que circunstancialmente possibilite um resultado, portanto, desprovida de *ratio decidendi*.⁴⁰¹

Entretanto, é mister destacar que tal decisão não tem o condão de vincular as manifestações futuras em casos semelhantes, isto é, não se verifica a fixação de um precedente a ser observado pelos demais juízos em momento posterior, mesmo em razão da inexistência de uma *ratio decidendi*.⁴⁰²

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 80.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 38 e 68.

⁴⁰² Segundo Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 69-80.), na doutrina americana, em face da multiplicação de decisões em que não são verificados fundamentos determinantes adotados majoritariamente, de modo a comprometer a observação das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos por juízo inferiores, há tentativas de, mesmo nesses casos, identificar uma *ratio decidendi* para as manifestações da Corte, destacando-se a técnica denominada como *narrowest grounds*. A expressão poderia ser traduzida livremente como motivos mais estreitos, e caracteriza-se por um exame das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos no sentido de que quando um caso é decidido sem que sejam claramente identificáveis fundamentos considerados como determinantes majoritariamente – no caso da Suprema Corte, por meio do voto de cinco juízes – seria possível estabelecer a *ratio decidendi* da decisão a partir da análise dos posicionamentos adotados nos votos que concorreram para o resultado do julgamento, isto é, havendo encaminhamento por cinco votos quanto à conclusão do julgamento, mas não em relação a seus fundamentos, distinguindo-se duas motivações consideradas como relevantes adotadas em três votos contra dois, identificar-se-ia como *ratio decidendi* o posicionamento majoritário entre os votos concorrentes, ou seja, o considerado por três juízes como determinante para a decisão. Entretanto, verifica-se grande dificuldade na utilização da referida técnica quando a decisão não se estabelece por meio de fundamentos concorrentes, mas dissidentes, circunstância em que as manifestações dos membros do colegiado encaminham-se concordantes em relação a uma linha de raciocínio referente a um dado fundamento, mas absolutamente divergentes quanto à aplicação de tal fundamento, como no caso *Arnett vs. Kennedy*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1974, em que “[...] decisão formada com base em *opinions* majoritária, concorrente e dissidente, cada uma sustentada por três Justices, ou seja, uma decisão

Decisões efetivamente colegiadas, no sentido de conduzirem-se através de manifestações individuais dos ministros que se encaminhem para um posicionamento majoritário acerca dos fundamentos determinantes para a apresentação de uma hipótese explicativa acerca de uma matéria submetida à discussão em uma corte suprema em sede de prestação jurisdicional, caracterizam-se como condições de possibilidade em um sistema de observação obrigatória de precedentes judiciais. A consecução de um modelo de prestação jurisdicional marcado pela previsibilidade está mesmo condicionada à capacidade das cortes supremas, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, de estabelecerem consensos entre seus membros no que diz respeito à atribuição de sentido ao

que pode ser expressa mediante a fórmula 3+3-3. A maioria – seis juízes – decidiu que um empregado do governo não submetido a estágio probatório, submetido a uma lei que autoriza a perda do trabalho somente *‘for cause’*, não possuía direito constitucional a uma audiência *trial-type* antes da rescisão do seu contrato de trabalho. Os primeiros três Justices entenderam que os *standards* constitucionais do devido processo não eram aplicáveis, bastando, para a tutela dos direitos do empregado, a obediência aos procedimentos legais. Esse fundamento foi rejeitado pelos Justices que concorreram sob o argumento de que a lei criou uma expectativa de continuação do emprego que deu origem a um *property interest* sobre a 5ª Emenda [“Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” UNITED STATES OF AMERICA. Constitution. 1789. **United States Senate – The Office of Secretary of the Senate**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 11 Mar. 2017, Emenda V-1791. Tradução livre, no original: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”], que portanto, apenas poderia ser extinto mediante a observância dos *standards* constitucionais do *due process*. Porém, eles concluíram, ainda assim, que a lei em questão, ao abrir oportunidade para resposta antes da despedida e a uma completa audiência *trial-type* depois da despedida, satisfazia as exigências do *due process*. A dissidência concordou com a opinião concorrente na linha de que a lei outorgou um direito que não poderia ser extinto sem a observância dos *standards* constitucionais do *due process*. Contudo, observou que o *due process* requer uma audiência plena antes da despedida e, dessa maneira, declarou que os procedimentos legais eram inconstitucionais, divergindo, assim, da *opinion* concorrente” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. *Op. Cit.*, p. 77-78). Tal solução para a identificação da *ratio decidendi* e, conseqüentemente, para a fixação de precedente judicial distingue-se extremamente problemática, uma vez que a decisão concluiu pela aplicabilidade da legislação em tela, mas com base em fundamentos contrários entre si, haja vista que o fundamento concorrente foi no sentido da constitucionalidade da lei, enquanto o dissidente entendeu pela inconstitucionalidade, havendo consenso tão-somente quanto ao direito subjetivo não restringível ao devido processo legal, o que não parece ser suficiente para fixação de um precedente no sentido de aplicação da lei em casos futuros, mesmo em razão de não se identificar *ratio decidendi* quanto à própria constitucionalidade de tal instrumento normativo, caracterizando a insuficiência da técnica *narrowest grounds*, ou mesmo que a utilização da referida técnica pode implicar ainda maiores dificuldades hermenêuticas em sede de prestação jurisdicional, comprometendo sobremaneira a consecução de um paradigma de previsibilidade do direito. Nesse sentido, parece mais adequada a perspectiva que considera que quando em uma decisão proveniente de uma corte suprema não são identificáveis os motivos determinantes de tal decisão como manifestação majoritária dos membros do colegiado, não há porque falar-se na existência de *ratio decidendi*.

direito e, dessa forma, capitanearem o desenvolvimento da ciência por meio de uma atuação como efetivas cortes de precedentes.⁴⁰³

Há de se observar que o estabelecimento de uma decisão colegiada, nesses termos considerada, não esgota o debate relativo à própria atribuição de sentido ao direito. Nos moldes propostos no presente trabalho, os conceitos são sempre contingentes e contextuais, de tal sorte que o estabelecimento de uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, a fixação de um precedente judicial, não indica uma explicação correta para um determinado problema jurídico, uma vez que tal explicação é sempre uma hipótese plausível de trabalho e, por isso mesmo, eminentemente falível, devendo ter sua pertinência ao arranjo institucional reiteradamente discutida no âmbito da doutrina e mesmo em sede de prestação jurisdicional.⁴⁰⁴

O desenvolvimento do conhecimento acerca do direito distingue-se como um processo de tentativa e erro em que as respostas, longe de se caracterizarem como racionalmente corretas, são conceitualmente adequadas porque úteis à consecução de fins sociais específicos, que como expressões de um permanente incremento de complexidade da sociedade, são sempre contingentes e passíveis de reconsideração. Nesse sentido, o raciocínio empreendido em uma corte de precedentes, visando a uma manifestação efetivamente colegiada que tenha o condão de fixar um parâmetro de ação a ser observado em circunstâncias semelhantes posteriormente, pode ser identificado como uma tentativa de apresentar explicações contextualmente plausíveis para problemas reais, ou seja, pode ser caracterizado como um raciocínio pragmatista, nos moldes da abdução de Peirce.

5.3 Pragmatismo e a atuação das cortes de precedentes

A atuação de uma corte suprema, enquanto corte de precedentes, distingue-se de modo a promover, através da atribuição de sentido ao direito a partir da solução de demandas concretas vislumbrando as consequências da adoção de um conceito em longo prazo, um paradigma de desenvolvimento da Ciência do Direito comprometido com o futuro e marcado pela falibilidade do próprio conhecimento, haja vista que não obstante a Teoria do Precedente Judicial tenha como desiderato precípua a previsibilidade das manifestações em sede de prestação jurisdicional, a consecução de tal ideia aperfeiçoa-se mediante reiterados testes de

⁴⁰³ THEODORO JÚNIOR; Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Op. Cit.*, p. 124.

⁴⁰⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Op. Cit.*, p. 217.

adequação conceitual da *ratio decidendi* anteriormente estabelecida aos objetivos sociais verificados prospectivamente, isto é, por meio de uma atuação destacadamente pragmatista.

A Teoria do Precedente Judicial, considerada sob uma perspectiva pragmatista, caracteriza-se como um paradigma de raciocínio desenvolvido em sede de prestação jurisdicional com um caráter destacadamente prospectivo, em que, longe de estabelecer juízos de certeza, busca apresentar juízos de verossimilhança, isto é, levantar hipóteses conceituais que adequadamente solucionem problemas reais enfrentados pelo Poder Judiciário.⁴⁰⁵

Nesse sentido, uma corte de precedentes, no cumprimento de sua função institucional de atribuir sentido ao direito positivo visando estabelecer fundamentos a serem observados pelos juízos que lhes sejam inferiores, não pode ter a pretensão de apresentar soluções corretas. A atribuição de sentido em tela não consiste no desfecho de uma atividade de descoberta da verdade por um tribunal incumbido de definir peremptoriamente o significado e o alcance do direito considerado em sua essência, mas caracteriza-se como uma hipótese conceitual levantada a partir de um aprofundamento da discussão acerca das possibilidades conceituais de solução para um determinado tema e que contextual e contingencialmente caracterize-se como adequada.⁴⁰⁶

Trata-se de evitar a concepção segundo a qual a conversação precisaria ter um fim, e este fim estaria no consenso racional obtido pela obediência às regras da racionalidade discursiva. Evitar pensar que os seres humanos estão a conversar para evitar futuras conversas. No caso do discurso jurídico, evitar a tentativa de pôr a Filosofia do Direito a favor dessa busca por correção definitiva da decisão.⁴⁰⁷

A fixação de um precedente judicial no âmbito de uma corte suprema – nos moldes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – não visa a definir de uma vez por todas o sentido do direito, o que indicaria um retorno ao paradigma essencialista de que a interpretação é instrumento para a consecução do objetivo de alcançar a verdade como representação da realidade através de um processo racional, mas se distingue como uma atividade comprometida com uma concepção prática de previsibilidade a ser aperfeiçoada através do levantamento de hipóteses conceituais verossímeis majoritariamente aceitas como adequadas em longo prazo através de uma manifestação efetivamente colegiada da corte.

Dessa forma, um raciocínio pragmatista – instrumentalizado por meio da inferência abdutiva – faz-se útil ao estabelecimento de uma *ratio decidendi* no âmbito de uma corte suprema – incumbida da função institucional de atuar como corte de precedentes –, uma vez

⁴⁰⁵ COL, Juliana Sípoli. SOUZA, Paulo Roberto de. Semiótica do direito para o estudo dos precedentes judiciais. In: **Cadernos de Semiótica Aplicada-CASA**. v. 7. n. 2, São Paulo: UNESP, Dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/casa/article/view/2225/1830>>. Acesso em: 10 Mar. 2017, p 1.

⁴⁰⁶ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. *Op. Cit.*, p. 98.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 98-99.

que as consequências práticas da manifestação da corte são de extrema relevância para a fixação do precedente judicial. Isto é, nos moldes do pragmatismo, a *ratio decidendi* não possibilita uma parametrização da interpretação fundamentada na ideia de racionalidade abstrata e de certeza, mas implica uma hipótese conceitual a ser tomada como ponto de partida para o permanente aprofundamento das discussões acerca da adequação da solução jurídica veiculada no precedente ao contexto social.

Isso quer dizer que a própria concepção de precedente judicial é inexoravelmente permeada por uma perspectiva prospectiva, comprometida com as consequências práticas da atribuição de sentido ao direito em longo prazo, não como uma inescapável vinculação a um sentido de verdade fundacionalista, mas como exercício permanente de uma atividade criativa e contextual e, mesmo por caracterizar-se sempre voltada para a frente, falibilista do conhecimento jurídico.⁴⁰⁸

A atividade de fixação de um precedente judicial no âmbito de uma corte suprema – como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – afasta-se da perspectiva de que há uma interpretação correta e que incumbiria à Corte manifestar-se no sentido de estabelecer uma *ratio decidendi* que pudesse vincular os demais juízos ao verdadeiro sentido do direito identificado pelo órgão de cúpula na estrutura do Poder Judiciário através de um processo racional visando à certeza e à estabilidade, mas, pelo contrário, caracteriza-se como uma expressão criativa contingente e comprometida com considerações acerca dos efeitos concretos da atribuição de sentido no tecido social ao longo do tempo, o que se aperfeiçoa através de uma manifestação intuitiva em sede de prestação jurisdicional – *insight* criativo da inferência abdução de Peirce – empreendida em consonância com o contexto ético, político, estético e econômico vigente na sociedade.⁴⁰⁹

Tal perspectiva de atuação pode ser identificada no Recurso Extraordinário 655.265-DF, mencionado no capítulo anterior, em que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca do momento de demonstração do cumprimento do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso na carreira da magistratura, nos termos do Art. 93, I, da Constituição Federal. Ao decidir que o momento de demonstração de atividade jurídica por candidato a ingresso na

⁴⁰⁸ COL, Juliana Sípoli. SOUZA, Paulo Roberto de. *Op. Cit.*, p 3.

⁴⁰⁹ PORTO, Giovanni Magalhães. DOATO, Laryssa de Almeida. As dificuldades de vinculação da decisão judicial aos precedentes. Necessidade de ir além de uma abordagem descritivista da teoria da decisão. *In*: FREITAS, Lorena de melo. GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. GAVIAO FILHO, Anizio Pires (Coords.). **Teorias do Direito e Realismo Jurídico – XXIV Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara** (Recurso Eletrônico). Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito-CONPEDI, p. 116-132, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/zu0M3IFtuV7I9skP.pdf>>. Acesso em: 10 Mar. 2017, p 124.

carreira da magistratura é o da inscrição definitiva no respectivo concurso público, a Corte manifestou-se atribuindo sentido à prescrição constitucional, não visando à correção ou a um ideal de certeza racional, mas tendo por desiderato a construção de um paradigma de previsibilidade para o provimento de cargos da magistratura nacional, não necessariamente coincidente com o estabelecido para provimento das demais carreiras do serviço público, mas comprometido com a consecução de fins específicos considerados em longo prazo, mirando a previsibilidade a partir de uma hipótese conceitual concebível para o problema concreto em tela, considerada a partir da manifestação majoritária do colegiado, possibilitando o estabelecimento de uma *ratio decidendi* e, nesse sentido, de precedente judicial idôneo a vincular as manifestações posteriores do Poder Judiciário como ponto de partida de observação obrigatória no processo de reavaliação permanente dos conceitos, mesmo como exigência inafastável da própria ciência, o que se verificou inclusive no referido julgamento, em que precedente da corte foi reavaliado e teve sua adequação às necessidades sociais ratificada a partir de uma justificação *a posteriori*, o que indica o desenvolvimento de um raciocínio abduutivo mesmo em manifestações colegiadas, haja vista que a decisão – definição do momento de demonstração de atividade jurídica como o da inscrição definitiva no respectivo concurso como possibilidade conceitual adequada à Constituição Federal – precede logicamente a apresentação de seus fundamentos a partir de precedente fixado em demanda semelhante, relacionada ao ingresso na carreira do Ministério Público e decidida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, distinguindo uma precedência lógica entre os contextos da descoberta e da justificação nos moldes propostos ao longo do presente trabalho, caracterizando uma perspectiva pragmatista da corte suprema ao atuar prospectivamente, como corte de precedentes.

O método pragmatista de pensar o significado possibilitaria, assim, trazer para o núcleo conceitual da decisão jurídica, as consequências que esta produz na realidade fática, acrescida à sua formatação apriorística original dada pela norma jurídica abstrata, de modo a aprimorá-la continuamente. A decisão jurídica ganharia significação em decorrência de suas consequências capturadas no contexto da descoberta, a partir do raciocínio abduutivo.⁴¹⁰

A atuação de uma corte suprema, ao fixar um precedente judicial a partir do estabelecimento de uma *ratio decidendi*, atendendo à exigência prática de atribuir sentido ao direito e promover um paradigma de previsibilidade em sede de prestação jurisdicional, em uma perspectiva pragmatista, não tem o condão de reduzir o espectro criativo no âmbito da interpretação jurídica através da imposição de observação obrigatória do precedente judicial

⁴¹⁰ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências.** *Op. Cit.*, p. 124.

nos demais juízos em casos semelhantes posteriormente, mas de contribuir para o aprofundamento mesmo da discussão acerca da matéria através do levantamento de uma hipótese tão-somente verossímil – a decisão de uma corte suprema como o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça acerca de uma determinada matéria não se distingue como uma manifestação peremptória acerca do sentido do direito, mas um juízo de probabilidade, isto é, uma hipótese concebível –, o que demanda que a própria corte e os juízos inferiores promovam, quando da observação de sua aplicabilidade a um caso concreto semelhante posteriormente, um teste de adequação dos fundamentos da decisão paradigma às circunstâncias do caso presente, de modo que o processo de discussão acerca do sentido a ser atribuído ao direito distingue-se como uma atividade incessante – dúvida-crença-dúvida.⁴¹¹

Nesse sentido, o precedente judicial, fundamentado por uma *ratio decidendi* adotada majoritariamente pelos membros de um colegiado incumbido de atuar como corte de precedentes – ou corte suprema –, caracteriza-se, outrossim, como um juízo de verossimilhança, distinguindo uma explicação plausível para uma matéria de direito submetida à corte suprema e construída através de uma inferência abduativa, ou seja, levando em consideração as consequências práticas de uma hipótese conceitual verificável empiricamente, em um processo criativo visando à previsibilidade em sede de manifestação jurisdicional, não como decorrência de uma abstração racionalista de estabelecimento de certeza conceitual por meio de uma decisão correta, mas como necessidade prática de que a atividade de atribuição de sentido ao direito tenha um caráter prospectivo, que em longo prazo seja capaz de manter relativa estabilidade das relações sociais, mas que, mesmo em face da falibilidade da próprio conhecimento, tenha como marca indelével a reavaliação dos fundamentos que servem de suporte aos conceitos tomados como adequados, uma vez que estes, na esteira da máxima pragmática de Peirce, caracterizam-se mesmo em face de sua utilidade para veicular soluções para problemas reais, de modo a identificarem-se sempre como expressões conceituais contingentes, condicionando sua própria adequação às demandas contextualmente verificadas e, portanto, sempre considerados sob uma perspectiva de atuação criativa comprometida com a maior adequação possível às variáveis demandas sociais em uma sociedade democrática.⁴¹²

⁴¹¹ PORTO, Giovanni Magalhães. DOATO, Laryssa de Almeida. *Op. Cit.*, 131.

⁴¹² COL, Juliana Sípoli. SOUZA, Paulo Roberto de. *Op. Cit.*, p 5.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, à guisa de conclusão, observou-se que o pragmatismo, instrumentalizado através da inferência abductiva desenvolvida por Charles Sanders Peirce, pode apresentar-se como perspectiva filosófica relevante ao desenvolvimento da Teoria do Precedente Judicial no Brasil, identificando uma atividade compreendida sob viés hermenêutico criativo em sede de prestação jurisdicional, outrossim comprometida com uma análise prospectiva acerca das consequências práticas da utilização dos conceitos jurídicos.

O pragmatismo assinala uma concepção filosófica acerca do conhecimento na qual a ação tem lugar central, de modo que sopesamentos relativos aos efeitos concretos da tomada de um conceito, afastando a inquirição científica de considerações eminentemente abstratas, influenciam concretamente o plexo das relações intersubjetivas, tendo em vista o desenvolvimento de soluções factíveis para demandas reais apresentadas ao ser humano.

A Teoria do Conhecimento, em moldes pragmatistas, se estabelece para além de concepções de certeza e verdade, firmando-se em um paradigma epistemológico de adequação dos conceitos às necessidades sociais, de forma contextual e contingente e, nesse sentido, expressando uma perspectiva antifundacionalista e, mesmo por isso, marcada pela falibilidade do próprio conhecimento.

A ideia de falibilidade se caracteriza no sentido de que o conhecimento científico não implica a representação da realidade, fundada em juízo de certeza e correção racional peremptória, mas distingue-se pela apresentação de conceitos adequados contextualmente às necessidades sociais, ou seja, são relevantes em razão de suas consequências práticas.

Nessa senda, insere-se a máxima pragmática de Charles Sanders Peirce, em que as consequências práticas de uma ideia, – isto é, os efeitos empiricamente verificáveis da aplicação de um conceito – para que esta seja clara, constituem-se a própria concepção do objeto. Ou seja, os efeitos de uma ideia, verificáveis no mundo sensível, delimitam mesmo seu espectro de relevância no âmbito da Teoria do Conhecimento, contextualmente considerada, indicando um meio de consecução de objetivos práticos da vida humana.

A partir da concepção pragmatista de falibilidade do conhecimento, Peirce entende que juízos de certeza não têm lugar na Teoria do Conhecimento, asseverando que o raciocínio probabilístico é o mais adequado para o fim de propor hipóteses criativas acerca de um dado objeto, visando ao balizamento da ação através da fixação da crença.

O juízo probabilístico de Peirce é instrumentalizado pelo raciocínio abductivo, atividade intelectual que se aperfeiçoa através de uma inferência das consequências para as

causas, ou seja, pela antecipação de uma conclusão plausível para a circunstância submetida à apreciação do sujeito cognoscente através de um *insight* criativo, que infere uma hipótese conceitual verossímil e, por conseguinte, falível, a partir de uma norma geral tomada com premissa maior. Logo, o raciocínio abduutivo, diferentemente do indutivo e do dedutivo, constitui-se nos moldes conclusão-premissa maior-premissa menor.

Para Peirce, a abdução é uma inferência cientificamente superior à indução e à dedução no processo de construção do conhecimento em razão da incapacidade de estas formas de raciocínio apresentarem novas possibilidades conceituais idôneas a solucionar problemas reais, uma vez que se desenvolvem a partir de premissas tomadas como verdadeiras – através da generalização de uma premissa particular verdadeira, na indução, ou da obtenção de conclusões racionalmente corretas decorrentes de premissas gerais verdadeiras, na dedução. Em outras palavras, Peirce entende que a abdução, por ser decorrente de um *insight* criativo, é a única forma de raciocínio capaz de apresentar novas formas de conhecimento.

A busca por clareza de pensamento, nos moldes propostos por Peirce, encontra lugar no direito em face da perspectiva hermenêutica antiessencialista de que o escopo do intérprete não corresponde à fixação de um paradigma de correção, de modo que a atribuição de sentido aos instrumentos normativos, sobremaneira em manifestações em sede de prestação jurisdicional, não se aperfeiçoa por meio de juízos de certeza decorrentes de abstrações conceituais através de raciocínios silogísticos dos tipos dedutivo ou indutivo, centrados em premissas corretas, mas distingue-se comprometido com a apresentação de soluções razoáveis para problemas reais verificados na sociedade, através de juízos de verossimilhança veiculados através da inferência abduativa.

Tal perspectiva coaduna-se com a ideia de observação obrigatória dos precedentes, compreendida em face do compromisso do órgão judicante incumbido de proferir uma decisão jurídica idônea a fixar um paradigma interpretativo acerca de uma dada matéria jurídica a ser observado em circunstâncias concretas semelhantes posteriormente a partir de uma análise prospectiva de aplicação do direito, mesmo como condição de sua observação, enquanto ponto de partida interpretativo, em sede de prestação jurisdicional em casos futuros. Assim, o estabelecimento da *ratio decidendi*, e, por conseguinte, a fixação do precedente judicial, decorre de um juízo de verossimilhança acerca da adequação de um conceito visando à apresentação de uma solução factível para um problema jurídico concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário e capaz de ser, por meio de novos testes de adequação,

considerado satisfatório para a consecução do desiderato de regular as condutas intersubjetivas em uma sociedade complexa em longo prazo.

Nesse sentido, uma sistemática de observação obrigatória dos precedentes judiciais, sob o prisma pragmatista, não se estabelece com o escopo de promover a consecução de um paradigma de racionalidade que indique a vinculação de juízos posteriores a manifestações de atribuição de sentido ao direito conceitualmente corretas, pelo contrário, valendo-se do raciocínio abduutivo, isto é, através do levantamento de hipóteses conceituais tão-somente plausíveis, comprometidas com as consequências práticas em longo prazo da aplicação de conceitos jurídicos, tomados como explicações contextuais para problemas reais, visa ao estabelecimento de um ambiente de previsibilidade em sede de prestação jurisdicional. Ou seja, a vinculação ao precedente judicial não se distingue uma necessidade racionalista *in abstracto*, almejando à certeza no direito, mas uma exigência prática de previsibilidade em relação às manifestações do Poder Judiciário em um ambiente contextual, antiessencialista e falibilista, em que a atividade criativa visando à atribuição de sentido ao direito não tem o condão de estabelecer um padrão de certeza por meio de formulações racionalmente concebidas, mas se caracteriza em face da adequação prática de uma solução às demandas específicas da sociedade em um determinado contexto, consideradas prospectivamente.

A abdução afasta o processo de construção da decisão jurídica da ideia de correção argumentativa racionalmente concebida no contexto da justificação. Entende-se que sendo o processo criativo de levantamento de uma hipótese conceitual explicativa tomada como plausível em face de sopesamentos acerca das consequências práticas de sua aplicação em longo prazo, inequivocamente conduzido por um *insight* criativo empreendido no contexto da descoberta visando à inovação, a justificação inserta na decisão jurídica distingue-se sempre como uma manifestação *a posteriori*, não obstante a separação entre os contextos da descoberta e da justificação seja decorrente de uma formulação conceitual de estruturação lógica do raciocínio abduutivo em que o pensamento se conduz das consequências para as causas, a rigor, mesmo em razão da perspectiva pragmatista de superação de dualismos abstratos no âmbito da filosofia, descoberta e justificação são manifestações incidíveis. A precedência lógica da descoberta distingue-se não em face de uma separação entre tais contextos, mas no sentido que a decisão precede logicamente – dentro da estrutura do raciocínio abduutivo de Peirce – sua própria justificação.

Nesse diapasão, a Teoria do Precedente Judicial tem na inferência abduitiva uma forma de raciocínio adequada ao desiderato de empreender um paradigma de previsibilidade das manifestações do Poder Judiciário através da observação de precedente judicial fixado a partir

do estabelecimento de uma *ratio decidendi* em consonância com uma perspectiva prospectiva no processo de atribuição de sentido ao direito, de modo que as hipóteses explicativas levantadas visando ao desiderato de fundamentar decisões jurídicas idôneas a constituírem-se pontos de partida interpretativos em casos semelhantes no futuro caracterizam-se em face de reiterados exames de adequação prática ao contexto social.

A *ratio decidendi* distingue-se mesmo uma hipótese normativa verossímil, estabelecida como solução razoável para um caso concreto através de uma inferência abdutiva, levando em consideração as consequências práticas de tal solução no tecido social em longo prazo, estabelecendo-se como ponto de partida interpretativo de observação obrigatória em casos semelhantes posteriores, proporcionando o atendimento à exigência prática de previsibilidade das manifestações do Poder Judiciário em sede de prestação jurisdicional, nos moldes prescritos pelo novo Código de Processo Civil.

Neste contexto, os tribunais superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, têm a incumbência de atuarem como órgãos judiciais que assegurem a previsibilidade conceitual no direito brasileiro a partir de manifestações colegiadas idônea a capitanear o processo de atribuição de sentido ao direito vigente através do estabelecimento de *rationes decidendi* e, por conseguinte da fixação de precedentes judiciais a serem observados pelos juízos inferiores em casos semelhantes futuros, nesse sentido distinguindo a atuação de tais tribunais superiores mesmo como cortes de precedentes ou cortes supremas.

Sendo assim, há de se destacar que os referidos tribunais superiores não se caracterizam como órgãos jurisdicionais de revisão das manifestações dos juízos inferiores, mas como cortes responsáveis por conduzir a atividade de atribuição de sentido ao direito, de modo a possibilitar que os demais órgãos do Poder Judiciário tomem as decisões de tais cortes – enquanto cortes de precedentes – como pontos de partida interpretativos em demandas semelhantes posteriormente, proporcionando a consecução de um paradigma de previsibilidade das manifestações em sede de prestação jurisdicional no país.

Entretanto, tal desiderato se aperfeiçoa tão-somente em face de manifestações efetivamente colegiadas de tais cortes de precedentes. É mister que os fundamentos determinantes para a condução de uma matéria analisada pela corte sejam assim considerados majoritariamente por seus membros, viabilizando a identificação da *ratio decidendi* estabelecida no caso concreto e possibilitando a fixação de um precedente a ser observado em casos semelhantes posteriores. Decisões proferidas sem a adoção majoritária de um entendimento pela corte, nas quais predominem a apresentação de fundamentos individuais ou

concorrentes – caracterizando manifestações pseudocolegiadas – não têm o condão de vincular manifestações futuras, mesmo em face da impossibilidade de identificação do entendimento do tribunal, enquanto órgão colegiado, acerca de um determinado problema jurídico, não havendo porque falar-se, nesses casos, em decisão capaz de fixar-se como precedente judicial.

Isso significa que a fixação do precedente judicial está condicionada ao estabelecimento da *ratio decidendi* veiculada através da manifestação majoritária dos membros de uma corte de precedentes – como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – acerca dos fundamentos determinantes da decisão, de modo que uma hipótese conceitual para atribuição de sentido ao direito seja identificável como entendimento efetivamente colegiado.

Não obstante, há de se destacar que um entendimento proveniente de uma manifestação colegiada de uma corte suprema e idôneo a constitui-se fundamento suficiente para a fixação de um precedente judicial a ser obrigatoriamente observado por juízos inferiores em casos concretos semelhantes futuros, não se caracteriza como atribuição peremptória de sentido ao direito. Nos moldes de uma Teoria do Precedente Judicial de viés pragmatista, a atividade intelectual empreendida visando ao estabelecimento da *ratio decidendi* e, por conseguinte, à fixação do precedente judicial, não visa à verdade conceitual, mas distingue-se um juízo de verossimilhança que se aperfeiçoa através do levantamento de uma hipótese conceitual tão-somente plausível, desenvolvida por um órgão jurisdicional colegiado com o fito de veicular uma solução para uma demanda jurídica a partir de considerações majoritárias no âmbito da corte acerca das consequências práticas da adoção de tal hipótese em longo prazo. Em outras palavras, a manifestação de uma corte de precedentes não se caracteriza como um juízo de certeza racionalmente concebido, mas como um processo de inovação no âmbito do conhecimento jurídico comprometido com a adequação dos conceitos às necessidades verificadas no tecido social através do raciocínio abduutivo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 110, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, p. 35-73, jan.-jun. 2015.

_____. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. *In: ADEODATO, João Maurício. A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica*. Curitiba: CRV, p. 21-41, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias, Da Interpretação, Analíticos Anteriores, Analíticos Posteriores, Tópicos, Refutações Sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010. (Série Clássicos Edipro).

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROS, Caroline Maria Costa; ALMEIDA, Livia Lemos Falcão. Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Imprensa: Uma Abordagem Pragmática Comparativa Entre o TJ/ AL e o STF. *In: SILVA, Artur Stanford (Org.). II Encontro Procad UFAL, UFPE, UFPB: O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos (memória digital)*. Recife: Universitária da UFPE, 2012. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmNvbnRyb3Byb2NhZGpkZGh8Z3g6N2ZjMDZhMGZlZGE4MDBh>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 75, de 12 de Maio de 2009 – Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75b.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Constituição. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994 – Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 – Lei de Crimes Hediondos. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.493/DF. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 154/2015, 6 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20150805_154.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.460/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 37/2007, 14 Jun. 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20070614_037.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.959/São Paulo. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça nº 169**, Brasília, 1 Set. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335/AC**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 655.265/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=P&docID=11465268>>. Acesso em: 16 out. 2016, p. 1-3. Grifos no original.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 733.433/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 4 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10669457>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante Nº 26. **Diário da Justiça Eletrônico nº 238/2009**, Brasília, 22 Dez. 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20091222_238.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2017.

BROWNE, George. **Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr.** Disponível em: <<http://www.browne.adv.br/publicacoes/filosofia/001.html>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

_____. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. ano 13. n. 13. Recife: Universidade Federal de Pernambuco/Centro de Ciência Jurídicas/Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, p.237-258, 2003, p. 237.

_____. Reflexos Políticos e Jurídicos da Falseabilidade de Karl Popper e do Falibilismo de Charles Sanders Peirce no Método do Direito. *In: Revista Duc In Altum - Caderno de Direito*, v. 4, n. 6, Muriaé: jul.-dez. 2012. p. 252-275. Disponível em: <<http://www.faculdade.damas.edu.br/revistas/index.php/cihjur/article/view/171/148>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale** (*The nature of the judicial process*). Tradução Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção Justiça e Direito).

CATÃO, Adrualdo de Lima. **A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda como formalização da decisão judicial: A viabilidade da noção de verdade no direito diante da pragmática wittgensteiniana.** Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/4155/arquivo6331_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 Ago. 2016, p. 50.

_____. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. *In: CATÃO, Adrualdo De Lima; PEREIRA NETTO, Antonio Alves; MONTEIRO, Vítor de Andrade* (Coords.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade: Pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades.** Curitiba: Juruá, p. 15-28, 2014.

_____. **Decisão jurídica e racionalidade.** Maceió: EdUFAL, 2007, p. 23.

_____. *Law and economics, consequentialism and legal pragmatism: The influence of Oliver Holmes Jr. 25th IVR World Congress Law Science and Technology. Frankfurt am Main 15-20 August 2011. Paper Series n^o 45/2012 – Series A – Methodology, logics, hermeneutics, linguistics, law and finance.* Disponível em: <<http://publikationen.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24903>>. Acesso em 28 Abr. 2016.

CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: Tre esercizi di disincanto.* *In: CAMANDUCCI, P. GUASTINI, R.* (Eds.). **Analisi e Diritto**, 2004. Ricerche di giurisprudenza analítica, Torino: Giappichelli, p. 75-101, 2005.

COL, Juliana Sípoli. SOUZA, Paulo Roberto de. Semiótica do direito pra o estudo dos precedente judiciais. *In: Cadernos de Semiótica Aplicada–CASA*. v. 7. n. 2, São Paulo: UNESP, Dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/casa/article/view/2225/1830>>. Acesso em: 10 Mar. 2017.

CORDEIRO, António Menezes. *In*: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito** (*Systemdenken und systembergrieff in der jurisprudentz*). Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2002.

DEWEY, John. Logical method and law. *In*: **Cornell Law Review**. v. 10. Issue 1, Ithaca: Cornell University, p. 17-27, Dez. 1924, Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1225&context=clr>>. Acesso em: 25 Dez. 2016, p 26.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 2.

_____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 39.

DWORKIN, Ronald. *El império de la justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. (*Law's Empire*). Tradução de Ernesto Abril. Revisão técnica de Julio Vivas. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1992.

_____. **Levado os direitos a sério** (*Taking rights seriously*). Tradução de Nelson Boeira. Revisão da tradução de Silvana Vieira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. *In*: **Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>>. Acesso em: 15 Set. 2016

FERREIRA, Cicero Alberto Mendes. A Atuação do Poder Judiciário na Efetivação das Normas Constitucionais: A implementação de políticas públicas de educação básica como direito fundamental. *In* SILVA, Artur Stanford (Org.). **II Encontro Procad UFAL, UFPE, UFPB: O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos** (memória digital). Recife: Universitária da UFPE, 2012. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmNvb3Byb2NhZGpkZGh8Z3g6N2ZjMDZhMGlZGGE4MDBh>>. Acesso em: 13 mar 2014.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://www.btdt.ufpe.br/btdt/tedeSimplificad/o/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1090>. Acesso em: 24 fev. 2014.

FREITAS, Lorena de Melo. Um diálogo entre pragmatismo e direito: Contribuições do pragmatismo para a discussão da ideologia na magistratura. *In: Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia*. v. 4. n. 1, São Paulo: Centro de Estudos do Pragmatismo – Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jan.-jun. 2007. p. 10-19, Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/viewFile/5715/4047>>. Acesso: em 23 fev. 2014, p. 13.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos (*Wahrheit und Rechtfertigung – philosophische Aufsätze*). Tradução de Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009. (Coleção Humanística, V. 8), p. 233.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Cambridge: Harvard University, 1967.

_____. The Path of the Law. *In: POSNER, Richard A.*(ed.). *The Essential Holmes*. Chicago – London: The University of Chicago Press. 1992. p. 160-177. *In: SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa Da. MARTINEZ, Vinício C. Rev. Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 4, n. 1, Campo Mourão: p. 266 - 280, jan./jul. 2008.

IBRI, Ivo Assad. As consequências de *consequências práticas* no pragmatismo de Peirce. *In: Cognitio: Revista de Filosofia*. Ano 1. n. 1, São Paulo: Centro de Estudos do Pragmatismo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo / EDUC–Palas Athena, jan.-jun. 2007. p. 10-19, Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13392/9928>>. Acesso: em 31 jan. 2017.

JAMES, Wiliam. **Pragmatismo. (Pragmatism and Other Essays)**. Tradução de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006. (Coleção a Obra-Prima de Cada Autor, 188).

JESUS, Priscilla Silva de. **Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual**. Salvador: Repositório Institucional da Universidade Federal da Bahia, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Batista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LANIGAN, Richard L. From enthymeme to abduction: the classical law of logic and the postmodern rule of rhetoric. *In: LANGSDORF, Lenore. SMITH, Andrew R.* (Eds.). **Recovering pragmatism’s voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication**. New York: State University of New York, p. 49-70, 1995.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A jurisdição constitucional aberta**: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito** (*Legal reasoning and legal theory*). Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC. *In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano XI, n. 65, p. 18-21, Mar.-Abr. 2015.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In: DIDIER JR. Fredie. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPODIVM, p. 533- 588, 2010. (v. 2).

_____. **Julgamento nas cortes supremas: Precedentes e decisão do recurso diante no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: *A ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *In: FREIRE, Alexandre Et. Al. (Orgs.). Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPODIVM, p. 809-870, 2013. (v. 1).

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 241, p. 177-208, Jul.-Set. 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes: Da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 75.

NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães. **Pragmatismo: Uma filosofia da ação**. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/VI.encontro.2010/GT.20/GT_20_01_2010.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

NASCIMENTO, Tatiane Dantas. **Contribuição ao estudo da isonomia na tributação sob a perspectiva da ordem econômica**. Natal: Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da UFRN, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/14003/1/TatianeDN DISSERT.pdf>>. Acesso em: 9 Ago. 2016.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A retórica da lógica: a abdução aplicada ao direito. *In: ADEODATO, João Maurício. A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica*. Curitiba: CRV, p. 171-186, 2014.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica das consequências concebíveis e o raciocínio abdutivo na análise da decisão do STF sobre a exigibilidade do exame de ordem. *In: Lexmax: Revista do advogado da Paraíba*. João Pessoa: OAB/PB. Ano 1, v. 2, p. 3-16, 2015.

_____. O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista: Clarificando e superando obscuridades conceituais. *In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/173.pdf>>. Acesso em 8 Ago. 2016.

_____. Por uma metodologia do direito de base pragmatista: O raciocínio abdutivo no direito. *In: XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Recife. Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_flavianne_nobrega.pdf>. Acesso em 8 Ago. 2016.

_____. **Um método para a investigação das consequências**: A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao direito. João Pessoa: Ideia, 2013.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: Pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, Out.-Dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/P DI0006.asp x?pdicntd=213410>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPODIVM, p. 749-769, 2010, (V. 2).

PEIRCE, Charles S. A fixação da crença (*The fixation of belief*). *Popular Science Monthly* 12, Nov. 1877, 1-15. Tradução de Anabela Grandim. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_a_fixacao_da_crenc_a.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

_____. *Abduction. Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, v. VII., Edição de Arthur W. Burks. Cambridge: Harvard University, 1958.

_____. Como tornar as nossas ideias claras (*How To Make Our Ideas Clear*). *Collected Papers V*, 388-410. Tradução de António Fidalgo. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

_____. *Deducción, inducción e hipótesis (Deduction, induction and hypothesis)*. *Collected Papers II*, 619-644. Tradução castelhana de Juan Martín Ruiz-Werner. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/DeducInducHipotesis.html>>. Acesso em: 13 Nov. 2015.

_____. *Falibilismo, continuidad y evolucion (Falibilism, continuity and evolution)*. *Collected Papers I*, 141-175. Tradução castelhana e notas de Fernando C. Vevia Romero. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/FalContEvol.html>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____; FRANKLIN, Christine Ladd. *Teoría (Theory)*. In: BALDWIN, J. M. *Dictionary of philosophy and psychology*. Tradução castelhana de Martha Rivera Sánchez. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/TeoriaPeirceLaddFranklin.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. *Lecciones de la historia de la ciencia (Lessons from the history of science)*. *Collected Papers I*, 43-125. Tradução castelhana e notas de Fernando C. Vevia Romero. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/LessonsHistoryScience.html>>. Acesso em: 23 Ago. 2016.

_____. *Los tres géneros de bondad (The three kinds of goodness)*. *Collected Papers V*, 120-150. Tradução castelhana de Dalmacio Negro Pavón. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/HarvardLecturesPragmatism/HarvardLecturesPragmatism5.html>>. Acesso em: 1 Jul. 2016.

_____. *Pragmatismo y abducción (Pragmatism and abduction)*. *Collected Papers V*, 180-211. Tradução castelhana de Dalmacio Negro Pavón. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/HarvardLecturesPragmatism/HarvardLecturesPragmatism7.html>>. Acesso em: 1 Jul. 2016.

_____. *Qué es el pragmatismo (What pragmatism is)*. *Collected Papers V*, 411-437. Tradução castelhana de Norman Ahumada. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/WhatPragmatismIs.html>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

_____. *Razonamiento (Reasoning)*. *Collected Papers II*, 773-778. Tradução castelhana de Sara Barrena. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/Reasoning.html>>. Acesso em: 28 Jun. 2016.

_____. *Tres tipos de razonamiento (Three types of reasoning)*. *Collected Papers V*, 151-179. Tradução castelhana e notas de José Vericat. Disponível em: <<http://www.unav.es/gep/OnThreeTypesReasoning.html>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

PEREIRA NETTO, Antonio Alves. Estudo sobre ato judicial e discricionariedade: Uma análise das possíveis influências do pragmatismo jurídico. In: CATÃO, Adualdo De Lima; PEREIRA NETTO, Antonio Alves; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coords.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade**: Pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades. Curitiba: Juruá, p. 29-56, 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. O que é o pragmatismo jurídico? In: **Série Páginas de Teoria CEDES**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Direito e Sociedade—CEDES/ Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro-IUPERJ, N. 1, jul. 2005. Disponível em <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 22 Ago. 2016.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica (The logic of scientific Discovery)**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

PORTELA FILHO, Raimundo. PORTELA, Carmen Almeida. Existe uma lógica da descoberta?: A proposta de Hanson. In: **Caderno Pesquisa**, São Luis, v. 10, n. 2, p. 52-69, jul. dez 1999.

PORTO, Giovanni Magalhães. DOATO, Laryssa de Almeida. As dificuldades de vinculação da decisão judicial aos precedentes. Necessidade de ir além de uma abordagem descritivista da teoria da decisão. In: FREITAS, Lorena de melo. GAMBOGI. Luís Carlos Balbino.

GAVIAO FILHO, Anizio Pires (Coords.). **Teorias do Direito e Realismo Jurídico – XXIV Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara** (Recurso Eletrônico). Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito-CONPEDI, p. 116-132, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/zu0M3lFtuV7I9skP.pdf>>. Acesso em: 10 Mar. 2017.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica** (*The problematics of moral and legal theory*). Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia** (*Law, pragmatism and democracy*). Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Para além do direito** (*Overcoming law*). Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de filosofia do direito** (*The problems of jurisprudence*). Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 608-611.

RASMUSEN, Eric. *Judicial legitimacy as a repeated game*. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre *Et. Al.* (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPODIVM, p. 809-870, 2013. (v. 1).

RAUEN, Fábio José. Lógica e linguagem natural. In: RAUEN, Fábio José. **Anais do III Simpósio Sobre Formação de Professores**: tecnologias e inovação na educação básica. Tubarão: Editora da Universidade do Sul de Santa Catarina-UNISUL, 2011. Disponível em: <http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/eventos/simfop/2011_10.htm>. Acesso em 24 fev. 2017.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial em Alagoas: A Atuação do Poder Judiciário na Interpretação do Direito Social à Saúde**. Maceió: Repositório da UFAL, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas/Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/123456789/14191/Ativismo%20judicial%20em%20Alagoas%20a%20atua%20c3%a7%20do%20poder%20judici%20na%20interpreta%20c3%a7%20do%20direito%20social%20c3%a0%20sa%20c3%bade.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RORTY, Richard. **Uma ética laica** (*Un'etica per i laici*). Introdução de Gianni Vattimo. Tradução de Mirella Traversin Martino. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SANTAELLA, Lucia. **O método anticartesiano de C. S Peirce**. São Paulo: UNESP, 2004.

SILBERSTEIN, Emília. Ciência como ação criativa em Eugenio d’Ors e Charles S. Peirce. *In*: RUSSI, Pedro (Org.). **Eugenio d’Ors e Charles S. Peirce: Jogo e pragmatismo em ação**. Sapurá: OJM, p. 140-161, 2016.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Produção da sentença judicial com base na ética de C. S. Peirce. *In*: **Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia**. v. 12. n. 1, São Paulo: Centro de Estudos do Pragmatismo – Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jan.-jun. 2015. p. 129-149, Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/17417/16868>>. Acesso: em 1 Set. 2016..

SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. **Direito e humanismo nas obras de Marx no período 1839-1845**. Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: <http://www.bdt.d.ufpe.br/bdt/dtedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5163>. Acesso em: 26 mar. 2014.

_____. FREITAS, Lorena de Melo. **Pragmatismo e Direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33330-42586-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. *Apud* JESUS, Priscilla Silva de. **Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual**. Salvador: Repositório Institucional da Universidade Federal da Bahia, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

STRÄTZ, Murilo. O Direito Constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil McCormick. *In*: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 19-35, Mai.-Ago., 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. *In*: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. v. 43. n. 50, Bauru: Instituto Toledo de Ensino, p. 91-114, jul./dez. 2008.

_____. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismo e arbitrariedades? *In*: **Consultor Jurídico - ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/sens-o-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *In*: **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**. v. 1. n. 1, Belém/ São Leopoldo: UFPA/UNISINOS, p. 93-105, jul. 2010,. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374/601>>. Acesso em: 29 Out. 2016.

_____. **O que é isto – decido conforme consciência?** 2. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? *In: Consultor Jurídico - ConJur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-siste-ma-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 29 Out. 2016.

THEODORO JÚNIOR; Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. São Paulo: GEN/Forense, 2015.

TUZET, Giovanni. Legal abductions. *In: BOURCIER, Danièle. Legal knowledge and information systems – JURIX 2003: The Sixteenth Annual Conference*. Amsterdam/Berlin/Oxford/Tokyo/Washington, DC: IOS, 2003.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution. 1789. **United States Senate – The Office of Secretary of the Senate**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 11 Mar. 2017.

VIEIRA, Vinícius Astoupho. Respostas judiciais adequadas e o novo Código de Processo Civil: Uma análise do artigo 476. *In: Cadernos de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. ano 11. n. 11, São Bernardo do Campo: FDSBC, p. 99-111, 2014.