

Clarice von Oertzen de Araujo 

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil.

Livre-docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e Doutora em Filosofia do Direito pela PUC-SP.

Professora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC-SP.

Email: cvaraujo@pucsp.br

Marcelo Forli Fortuna 

Faculdades de Direito de Jaguariúna e Indaiatuba, Jaguariúna, SP, Brasil.

Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Professor de Direito da Faculdade de Direito de Jaguariúna. Coordenador acadêmico das Faculdades de Direito de Jaguariúna e Indaiatuba. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Email: marcelo.forli@prof.unieduk.com.br

RESUMO: O artigo tem por finalidade examinar a qualidade estética do exercício da jurisdição, na dinâmica de concretização do Direito, a partir da arquitetura filosófica de Charles Sanders Peirce, a qual envolve o seu pragmatismo clássico, sua concepção de ciências normativas e a influência dessas ideias sobre o pragmatismo legal, adotando-se o modelo constitucional democrático de processo. A pesquisa é eminentemente bibliográfica, com a adoção de legislação nacional e literatura jurídica e filosófica nacional e internacional. A aplicação do direito, em sua viva dinâmica de realização nos casos concretos, passa, necessariamente quando houver litígio, pelo processo judicial. Na rotina processual diária dos tribunais, os direitos se efetivam e se pacificam os conflitos. O pragmatismo parte do exercício da razão criativa, que conjuga razão prática e teórica, de forma coerente com os modelos abduativos, dedutivos e indutivos de inferência, sem deixar de lado as dimensões lógica, ética e estética, as quais, na perspectiva do pragmatismo, correlacionam pensamento conduta e ação deliberada. A sentença, com suas dimensões lógica, ética e estética, concretiza não só o contexto de justificativa, mas também todo o contexto de decisão que foi construído a partir da real contribuição das partes, reduzindo o grau de falibilismo.

Palavras-chave: pragmatismo; ciências normativas; jurisdição; estética.

ABSTRACT: This article examines the aesthetic quality of jurisdictional exercise in the dynamic concretization of Law, based on Charles Sanders Peirce's philosophical architecture. This perspective encompasses his classical pragmatism, his conception of normative sciences, and the influence of these ideas on legal pragmatism, within the constitutional democratic model of process. The research is primarily bibliographical, drawing on national legislation and both national and international legal and philosophical literature. The application of law in its living dynamic of realization in concrete cases necessarily passes through judicial process when litigation exists. In the daily procedural routine of courts, rights are effectuated and conflicts pacified. Pragmatism begins with the exercise of creative reason, combining practical and theoretical reasoning coherently with abductive, deductive, and inductive models of inference, while integrating logical, ethical, and aesthetic dimensions which, from a pragmatist perspective, correlate thought, conduct, and deliberate action. The judicial decision, with its logical, ethical, and aesthetic dimensions, concretizes not only the context of justification but also the entire context of decision built upon the genuine contribution of the parties, thereby reducing the degree of fallibilism.

Keywords: pragmatism; normative sciences; jurisdiction; aesthetics.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AS CIÊNCIAS NORMATIVAS NA CONCEPÇÃO DE PEIRCE. 3 O ESTUDO DO DIREITO A PARTIR DA ARQUITETURA FILOSÓFICA DE PEIRCE. 4 A VALORAÇÃO MORAL DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS. 5 JURISDIÇÃO. 6 A SENTENÇA JUDICIAL EM SUAS DIMENSÕES LÓGICA, ÉTICA E ESTÉTICA. 6.1 DIMENSÃO ÉTICA DA DECISÃO. 6.2 A ESTÉTICA COMO DIMENSÃO FINAL DA DECISÃO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a concretização do direito sob uma perspectiva pragmatista, o concebendo como fenômeno dotado de vitalidade, em seu momento de realização. Observa-se o exercício da atividade jurisdicional a partir do pragmatismo e das ciências normativas, nas concepções desenvolvidas por Charles Sanders Peirce. Esse recorte é imprescindível por sua dimensão cognitivista, tendo em vista o tratamento conferido pelo pragmatismo filosófico e jurídico aos valores.

Nesse contexto, a aplicação do direito pelos tribunais deve ser considerada como ciência viva – e não como ciência de gabinete, de biblioteca, de estudos abstratos sobre a legislação.

Afinal, o direito não se reduz a uma ciência abstrata, e os partícipes dessa realização não são agentes dotados de neutralidade.

Para aprofundar essa perspectiva, apresenta-se, na segunda seção, a posição das ciências normativas na arquitetura filosófica de Peirce, a fim de projetar tal concepção e seu funcionamento no contexto dos processos de concretização do direito, dando especial atenção para a correlação entre a lógica, a ética e a estética. Os aspectos éticos e estéticos não podem ser excluídos do momento processual de realização do direito, pois se revelam fatores imprescindíveis na formação das normas jurídicas concretas.

Na terceira seção, situa-se o estudo do direito na arquitetura filosófica de Peirce. O raciocínio judicial que se opera em um processo não é meramente prático ou teórico; trata-se de um raciocínio criativo, que conjuga as razões práticas e teóricas durante todo o caminhar do processo. As narrativas, as provas e os argumentos são desenvolvidos por meio de reflexões internas, sempre ponderando as consequências que se deseja produzir. Essa razão operativa envolve o saber jurídico, como experiência colateral¹, e o saber prático, como aquilo que direciona em uma determinada decisão. A lógica peirciana permite desenvolver, de forma coerente, tal razão operativa, por meio das inferências abduativas, dedutivas e indutivas, todas em conjunto, sem deixar de lado a ética e a estética, em busca de uma razoabilidade concreta na resolução de cada caso.

O pragmatismo, conjugado com as ciências normativas de Peirce, são úteis e compatíveis com o desenvolvimento do modelo cooperativo de processo aclamado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). A obsessão por uma resposta correta, a luta para fundamentar a ausência de discricionariedade judicial, a tentativa de mecanizar a aplicação do direito preconizam, sobretudo, o aspecto lógico da aplicação do direito, levando à supervalorização da segurança jurídica e ignorando outros valores importantes do direito.

Na quarta seção, discute-se a valoração dos enunciados morais. O direcionamento doutrinário para sustentar teses que se afastam do que o direito efetivamente é, embora sejam relevantes para o debate e aperfeiçoamento da dogmática, se mostram insuficientes para refletir aquilo que realmente acontece no processo judicial, em seu momento de concretização. Embora esse tipo de abordagem para o desenvolvimento jurídico, ela não reflete o dia a dia do processo como momento de realização do direito, provocando a dicotomia entre o chamado direito doutrinário e o direito jurisprudencial, entendido como aquele produzido pelos tribunais.

Ao contrário do que sustenta o senso comum teórico, principalmente no Brasil, o pragmatismo peirceano adota pontos de vista cognitivista e antissolipista, aptos a conciliar as dimensões lógica, ética e estética. Essas dimensões, no entanto, são pouco debatidas no pensamento jurídico que tem por base a filosofia continental ou analítica, ambas dozoacterizadas, nesse aspecto, pela postura anticognitiva².

O direito se realiza diariamente por meio de casos concretos que são levados a juízo. Nesse contexto, o exercício da jurisdição, sobre a qual se discorre na quinta sessão, ganha relevo. O processo, de modo geral, é o método pelo qual se exerce o poder jurisdicional. Esse método deve se desenvolver de modo a impedir arbitrariedades, decisionismos, voluntarismos, além de legitimar a decisão em um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é possível conceber um modelo cooperativo de processo que se desenvolva em uma comunidade democrática de trabalho, atenta ao falibilismo³ dos agentes que dele participam e que permita uma contínua evolução,

¹ A experiência colateral é uma expressão que Peirce usa para descrever “uma prévia familiaridade com aquilo que o signo denota” (Peirce, 1999, p. 161).

² O cognitivismo e objetivismo axiológico são posições filosóficas que afirmam a existência de valores que são ontologicamente independentes do homem que os conhece. A posição se mantém, ao menos, a respeito de alguns valores éticos relevantes para o direito. Os enunciados valorativos são proposições verdadeiras ou falsas na linguagem usada por essa filosofia, e, portanto, qualquer diferenciação semiótica entre enunciados valorativos e outras expressões linguísticas não podem se basear em uma diferença de categorias semânticas. A diferença, falando de modo geral, se baseia nos tipos de experiência a que os enunciados valorativos e outras expressões linguísticas se referem, ou aos tipos de seu conhecimento (Wroblewski, 2013, p. 20).

³ No contexto do pragmatismo legal, o falibilismo é dimensão epistemológica incorporada à criação, desenvolvimento e evolução dos conceitos jurídicos. Foi elaborado por Oliver Wendell Holmes, o qual, em contraste com o pensamento jurídico analítico, não via as concepções jurídicas como figuras de linguagem desenvolvidas a priori e aplicadas de cima para baixo. Holmes concebeu o direito como uma experiência social, na qual as proposições gerais e os conceitos jurídicos são desenvolvidos a partir da reiteração de casos controversos que chegam à instância de

visando à manutenção da integridade, coerência e estabilidade do sistema em um Estado Constitucional.

Pode-se visualizar a realização do direito como aquilo que Peirce chama de verdadeira ciência⁴: uma ciência viva, que se produz em uma atividade comunicativa entre várias pessoas, e não isoladamente por um legislador, doutrinador ou por um juiz. O processo, como um dos principais momentos de concretização do direito, em seu modelo cooperativo, se desenvolve em uma comunidade de trabalho, na qual, embora a resposta seja ao final proferida por um único sujeito, sua construção se dá de maneira coletiva, ao longo do processo.

A sexta seção trata da sentença judicial, em suas dimensões lógica, ética e estética. Para que o modelo cooperativo de processo seja efetivamente democrática, passa necessariamente por uma comunidade de trabalho. A construção da norma, por sua vez, necessariamente é feita com base nas narrativas fáticas estrategicamente elaboradas pelos advogados, que tentam, ao longo do feito, persuadir o juiz a respeito de suas assertivas. Ainda que o juiz não seja o único protagonista do processo, é ele quem decide o caso concreto. Nesse sentido, a filosofia peirciana nos auxilia na compreensão de que, embora a sentença concretize a decisão, esta é formada ao longo do percurso processual. Durante o processo, o juiz gera e seleciona hipóteses, conjectura consequências e desenvolve o teste indutivo no momento da instrução probatória, tudo isso em conjunto com as partes. A razão criativa, que compreende a razão prática e a teórica indistintamente, se desenvolve a partir do raciocínio diagramático⁵, constante e progressivo no curso do processo.

Se, por um lado, é certo que o processo se desenvolve com as partes em colaboração; por outro, não há dúvida de que, ao final, é o juiz quem decide. A sentença, como o ato judicial que consolida a norma decisória do caso concreto, é produzida por um sujeito imparcial, mas de forma alguma neutro. Nesse caso, a compreensão, pelo juiz, de que o conhecimento é radicalmente falibilista, assume relevância ímpar para buscar, ao menos, a resposta mais razoável para o caso concreto, preservando os valores éticos e estéticos. Assim, a sentença, vista a partir de suas dimensões lógica, ética e estética, concretiza não só o contexto de justificativa, mas também todo o contexto de decisão que procedeu da real contribuição das partes, reduzindo o grau de falibilismo.

2 AS CIÊNCIAS NORMATIVAS NA CONCEPÇÃO DE PEIRCE

O sistema filosófico de Peirce é arquetonicamente concebido e exhibe uma estrutura composta de várias disciplinas filosóficas distribuídas esquematicamente, de acordo com a lógica das três categorias. Esse sistema está localizado dentro de uma extensa classificação das ciências⁶.

decisão judicial. A emergência e recorrência de múltiplas disputas concretas promove a continuidade do processo de revisão das proposições gerais e conceitos legais, em que há uma cautela contra a generalização prematura (Kellogg, 2019, p. 211-229).

⁴ A ciência, para Peirce, consiste na atividade viva e efervescente da investigação. Peirce diferencia ciência como processo vivo de investigação do conhecimento sistematizado, que os gregos chamavam de 'epistème'. Peirce considerou que a melhor tradução para epistème seria 'compreensão'. Na concepção peirciana a ciência não se resume ao conhecimento sistematizado, mas consiste na viva e efervescente atividade de investigação, ocupada com a estruturação e teste de conjecturas (Peirce, 1974, p. 156). É notável a afinidade entre essa concepção de ciência e a posição adotada por Benjamin N. Cardozo, juiz reconhecidamente ligado à escola de jurisprudência sociológica, quando afirmou: "As normas e princípios do Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios do Direito que são os tribunais de justiça" (Cardozo, 2004, p. 12).

⁵ Quando se recorre ao pensamento diagramático, Peirce explica que formamos na imaginação algum tipo de diagrama, ou seja, uma representação icônica dos fatos, tão esquematizada quanto possível, de tal forma que as relações articuladas no raciocínio representem as relações afirmadas nas premissas, expressas por objetos que se imagina estarem sujeitos a certas regras, sejam elas convencionais ou experimentais (CP 2.778). Como se pode ver, o raciocínio judicial possui, indubitavelmente, um aspecto diagramático. A abreviação 'CP' indica a referência usual à obra HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul; BURKS, Arthur. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1931-35 e 1958. O primeiro número corresponde ao volume e o segundo ao parágrafo.

⁶ Para se conhecer a lógica e a classificação das ciências organizadas por Peirce, a obra frequentemente consultada pelos investigadores da comunidade peirciana é KENT, Bervely. *Charles S. Peirce. Logic and the classification of the sciences*. Kingston and Montreal, McGill-Queens University Press, 1987.

Peirce considerava a filosofia como um ramo da Ciência Positiva, assim entendida a ciência dos fatos. Em sua concepção, a filosofia não se ocupa de reunir fatos, mas, sim, de assimilar o que pode ser entendido a partir da experiência comum que nos inquieta diariamente, essa *experiência comum* da qual ninguém é capaz de duvidar (Peirce, 1999, p. 197). A filosofia se divide em três grandes ramificações: a Fenomenologia, a Ciência Normativa e a Metafísica.

A Ciência Normativa se ocupa das leis universais da relação dos fenômenos com os *fins*, quais sejam, a *verdade*, o *direito* e a *beleza* (Peirce, 1999, p. 198). Peirce estabelece uma diferença entre ser uma Ciência Normativa e corresponder a uma ciência normativa, conforme se depreende a seguir:

De modo semelhante, mesmo que a Ciência normativa não tenda, de modo algum, ao desenvolvimento de uma prática, seu valor continua o mesmo. Ela é puramente teórica. Naturalmente, *existem* ciências práticas do raciocínio e da investigação, da conduta da vida e da produção de obras de arte. Estas correspondem às Ciências Normativas, e pode-se presumir que delas recebam ajuda (Peirce, 1999, p. 199).⁷

Santaella ressalta que Peirce sempre acreditou na objetividade dos valores. Para ele, a realidade objetiva de um ideal último para orientar os pensamentos e as ações humanas deveria ser destacada e defendida. Este foi o escopo de suas ciências normativas⁸. Tal escopo, entretanto, não deveria comprometer e, de fato, nunca comprometeu o compromisso vitalício de Peirce com o falibilismo (Santaella, 2001).

Veja-se como Peirce explica a correlação entre lógica, ética e estética:

Em suma, a ética apoia-se numa doutrina que, sem considerar o que deva ser nossa conduta, divide os estados idealmente possíveis das coisas em duas classes, admiráveis e in-admiráveis, e empenha-se em definir precisamente o que é que constitui a admirabilidade de um ideal. [...] Chamo esta investigação de *Estética*, porque se diz geralmente que as três ciências normativas são lógica, ética e estética, [...]. É evidentemente a [estética] a ciência normativa básica sobre que se deve apoiar a ética, que é por seu turno sobrepujada pela doutrina da lógica (Peirce, 1974, p. 20).

Dessa forma, revela-se importante ressaltar que, diversamente da posição axiológica assumida pelo normativismo jurídico, a semiótica e o pragmatismo legais enxergam o fenômeno e a experiência do direito, bem como as ciências que o investigam como dotados de valores objetivos. A redução da investigação dos processos de concretização do direito a silogismos dedutivos, como exemplos de raciocínio judicial no exercício da jurisdição, constitui um modelo empobrecido do exercício da razão jurídica. Para além disso, Peirce afirma que o procedimento das ciências normativas *não é puramente dedutivo*, uma vez que há um elemento essencial nos procedimentos das Ciências Normativas, qual seja, as *apreciações peculiares* às quais não correspondem a nenhuma característica imanente aos fenômenos investigados, mas que, todavia, os correlacionam a uma conformidade com fins externos a eles (Peirce, 1999, p. 200).

⁷ IBRI alerta para o fato de que na arquitetura filosófica de Peirce não nos autoriza a conferir uma ‘interpretação transcendentalizada’ às ciências normativas. Assim, ‘nada credencia buscar na Lógica ou Semiótica, Ética e Estética, fundamentos transcendentais que as possam constituir.’ In IBRI, Ivo Assad. *O fundo estético do pragmatismo de Peirce*, s/d.

⁸ Quanto às características essenciais de uma ciência normativa, Peirce afirma que ela "distingue o que deveria ser do que não deveria ser" (CP 1.281; 2.156). Para Peirce, "a palavra ‘dever’ não tem nenhum significado, exceto relativamente a um fim. Leia-se: “A questão é quais teorias e concepções nós devemos acolher. Agora a palavra “dever” não tem significado, a não ser relativamente a um fim. Isso deve ser feito de forma a levar a um determinado fim. A investigação, portanto, deve começar com a busca do fim do pensamento. O que devemos pensar? Qual é a função fisiológica do pensamento? Se dizemos que é a ação, devemos significar o governo da ação para algum fim. Para que fim? Deve ser algo, bom ou admirável, independentemente de qualquer razão ulterior. Isto só pode ser o esteticamente bom” (CP 5.594).

As Ciências Normativas particulares são a lógica, a ética e a estética. Na medida em que essas ciências tratam das leis de conformidade das coisas com seus fins, (i) a estética considera a incorporação de uma finalidade última de ação, deliberadamente adotada como estado de coisas que recomenda a si mesmo em si mesmo, uma qualidade que seja um ideal admirável; (ii) a ética explora quais são as finalidades da ação que estamos deliberadamente preparados para adotar⁹; e (iii) a lógica considera os fins de autocontrole perseguidos pela representação, no que respeita à classificação e crítica dos argumentos e inferências. Nessa linha de pensamento, Peirce considera que o bem lógico é um tipo de bem moral e que o bem moral é um tipo de bem estético (Peirce, 1999, p. 202). Sobre esse bem estético, Peirce define:

5.135. A fim de compreender o pragmatismo, portanto, o bastante para submetê-lo a uma crítica inteligente, cabe-nos indagar o que pode ser um fim último, capaz de ser perseguido no curso indefinidamente prolongado de uma ação.

136. a dedução desse ponto é algo intrincada, em virtude do número de pontos que é preciso levar em consideração; e, naturalmente, não posso descer a detalhes. A fim de que o objetivo pudesse ser imutável sob todas as circunstâncias, sem o que não será um fim último, é necessário que ele esteja em concordância com o livre desenvolvimento da qualidade estética do próprio agente. Ao mesmo tempo, é necessário que, ao final, não tenda a ser perturbado pelas reações sobre o agente provenientes desse mundo exterior pressuposto na própria ideia de ação. É evidente que as duas condições podem ser preenchidas de imediato apenas se acontecer de a qualidade estética, em direção à qual tende o livre desenvolvimento do agente, forem partes de uma estética total. [...] Se não for assim, o fim é essencialmente *inatingível*. (Peirce, 1999, p. 204).

O propósito das ciências normativas, então, é descobrir como *sentimento, conduta e pensamento* devem ser controlados, supondo que estejam sujeitos, em alguma medida - e somente em alguma medida - ao autocontrole, exercido por meio de autocrítica, e como se realiza a formação proposital de hábitos, segundo nos diz o senso comum que eles são, em certa medida, controláveis (Liszka, 2017, p. 214). A questão fundamental, portanto, não é sobre o que nos sentimos obrigados a fazer, mas sobre o que sentimos ser o melhor: é do melhor e do pior que os sentimentos são evidências, e é somente através do cálculo dos meios para atingir os fins que esses sentimentos são transpostos para deveres. Esta é a opinião que Peirce assumiu quando disse que a ética é baseada na estética.

Assim, a estética é a fonte da definição do ideal para o qual o esforço ético deve ser dirigido. É a estética que define o que deve ser almejado e perseguido como ideal supremo. Os meios para alcançar este ideal, entretanto, são uma questão de lógica, já que o processo autocontrolado de raciocínio através do qual o ideal pode ser realizado depende da lógica. O que é muito importante ressaltar: o que se pretende trabalhar, mais adiante nesse artigo, é como o processo e o exercício da jurisdição, na instância de concretização do direito, funcionam como esse aspecto lógico, uma lógica da investigação e da concretização dos ideais do direito, em permanente evolução.

O comportamento dos homens e a história humana, as instituições e processos sociais têm suas qualidades, de coragem e covardia, justiça e injustiça, beneficência e dano. Qualidades que não são redutíveis às qualidades físicas de suas encarnações concretas. Uma vez que não são predicados físicos, seriam estas irredutíveis qualidades dotadas de natureza objetiva? Porque elas estão relacionadas à eleição e persecução de objetivos, as ciências normativas se dirigem a propósitos humanos (Short, 2012, p. 324). No espírito da obra de Peirce, a palavra "humano" significa "pertencer à comunidade da espécie humana", razão pela qual os objetivos não podem ser egoístas, ou seja, não podem satisfazer apenas os desejos de qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos em particular, mas devem ser universalmente desejáveis.

⁹ Nesse sentido, KENT adverte que parece razoável, então, criticar ações apenas na medida em que o julgamento possa afetar a conduta relevante. Assim, Peirce recomendou o princípio de que o que está fora de controle está fora de crítica. In KENT, Beverley. *Charles Sanders Peirce. Logic and the classification of the sciences*. Kingston and Montreal, McGill-Queen's University Press, 1987, p. 165.

Em termos sociais e coletivos, a universalidade do ideal que tem sido um dos alvos da filosofia chegou a sua mais clara forma de expressão no conceito de liberdade de Kant, levando finalmente à sua tradução no lema "liberdade, igualdade, fraternidade", da Revolução Francesa. Entretanto, na concepção de Peirce, o ideal último a ser almejado, o ideal que encarna o *summum bonum* que é o fim último definido pela estética – o ideal supremo – não pode ser confundido com ideais individuais nem com ideais historicamente estabelecidos (Santaella, 2001, p. 180)¹⁰. Segundo o pragmatismo, o ideal estético não deve levar a um resultado estático, mas a algo que tenha o caráter de um processo. Deve envolver um tipo de propósito que possa antecipar uma melhoria constante e incessante em seus resultados. "O ideal deve consistir naquele processo de evolução em que o existente venha cada vez mais a encarnar aqueles gerais que, no curso de seu desenvolvimento, se mostraram razoáveis" (CP 5.433). Trata-se, portanto, de um ideal regulativo, um ponto inalcançável de chegada, sempre em evolução.

Dessa forma, a compreensão do pragmatismo de Peirce faz com que o *summum bonum* consista em um processo de evolução no qual os existentes encarnam cada vez mais aqueles gerais que são reconhecidos como razoáveis.

É importante ressaltar, portanto, que o pragmatismo recusa a dicotomia entre valores e fatos, que devem encontrar seus lugares no todo do fenômeno e da experiência do direito. O status epistêmico dos fatos e valores é, portanto, o mesmo, ainda que eles permaneçam ontologicamente distintos¹¹, porque subsumidos a categorias fenomenológicas diversas.

3 O ESTUDO DO DIREITO A PARTIR DA ARQUITETURA FILOSÓFICA DE PEIRCE

Considerem-se os seguintes pontos: (i) o pragmatismo diz respeito aos conceitos intelectuais¹²; (ii) um conceito só pode entrar na mente como um termo ou símbolo geral; (iii) os símbolos são derivados de convenções humanas, de modo que 'não podem transcender as ocasiões humanas concebíveis'.

Veja-se agora a complexa questão do conceito de direito. Trata-se de uma questão ontológica. Várias respostas poderiam ser dadas à pergunta "o que é o direito" a depender da ontologia adotada. Considerando as ontologias regionais de Husserl, o direito poderia ser concebido como um objeto ideal, a exemplo da posição de Kelsen, adotada na obra *Teoria pura do direito* (Maia, 1999, p. 340). Ou poderia ser considerado como um objeto natural, como Pontes de Miranda (2000) o pensou (. Ou poderia ainda ser classificado como um objeto cultural, na acepção de Reale (1996, p. 188). Entretanto, adotamos a posição mais próxima ao ponto de vista do pragmatismo, segundo a qual o conceito de direito é histórico e evolui com o tempo. Esta posição, inclusive, é esclarecida por Marinoni, quando o autor explora a dimensão ética dos precedentes judiciais:

Porém, a evolução da teoria da interpretação, bem como o próprio impacto do constitucionalismo – curiosamente uma reação contra o autoritarismo legalista –, culminaram na dissociação entre texto legal e norma jurídica (resultado interpretativo), bem como na incorporação dos valores morais contidos nas

¹⁰ Sobre a definição do *summum bonum*, Litzka ressalta que o teste para determinação do *summum bonum* não está apenas sob o domínio da estética, mas deve ser avaliado por todas as três ciências normativas. O teste deve passar sob o crivo do sentimento (da admiração); deve passar pelo requisito ético da universalidade, e deve passar no teste lógico-científico, com base no efeito de sua implementação. Reunindo a aprovação das três ciências normativas, a estética governa o primeiro teste de admirabilidade, a ética o segundo teste de universalidade, e a lógica, sob a forma de uma metodologia de investigação, governa o terceiro teste, um estudo dos efeitos de sua implementação (Litzka, 2017, p. 222).

¹¹ Short salienta que ações e pessoas não são físicas no sentido de serem totalmente descritíveis na linguagem da teoria física; o que significa apenas que nossa ontologia deve ser estendida para além do fisicalismo. (Short, 2012, p. 327). Sobre as categorias fenomenológicas (ou ontológicas) de Peirce e a sua projeção para o domínio jurídico, vide Araujo, 2013.

¹² Segundo Peirce (1999, p. 194), "o pragmatismo não se propõe a dizer no que consiste os significados de todos os signos, mas, simplesmente, a estabelecer um método de determinação dos conceitos intelectuais, isto é, daqueles a partir dos quais podem resultar raciocínios".

normas de direitos fundamentais ao raciocínio decisório ou interpretativo, o que não só levou à distinção entre lei e direito, como ainda submeteu a validade da lei à Constituição, dando origem a uma legalidade substancial. **Houve aí uma nítida modificação do conceito de direito e da função jurisdicional.** Basicamente, o direito deixou, de vez por todas, de significar a lei, e a jurisdição não mais se limitou a atuar à vontade da lei. (Marinoni, 2018, p. 89, grifo nosso).

Peirce classificou o direito como ciência prática¹³. As ciências práticas buscam descobrir a verdade, mas diferem das ciências heuréticas porque suas investigações são direcionadas para a satisfação de algum desejo humano definido. O direito é subsumido sob a sociologia, entendida como ciência prática que investiga a conduta (Kent, 1987).

Do ponto de vista peirceano, o Direito integra as Ciências da Descoberta, pois é em parte seletor de novas propriedades e em parte restaurador de estados antigos e estáveis. O direito é dependente, nos esquemas de Peirce, de princípios éticos abstratos das Ciências Normativas. A ética, por sua vez, é governada pela Estética, a qual é referência, por sua vez, para toda a lógica ampliada de Peirce que, na divisão tripartite, inclui a Gramática, a Crítica e a Retórica ou a Metodologia da Semiótica. Peirce apresenta como a base das ciências da descoberta, os aspectos relacionais da teoria jurídica.

Os aspectos especulativos do direito são levados para o nível mediato, que é o nível filosófico das ciências da descoberta. Através dos códigos normativos de natureza estética, que a tradicional ciência do direito denomina *axiologia*, aquilo que é um valor hipotético se torna codificado e levado para o mundo exterior dos assuntos humanos (Kevelson, 1992b, p. 5).

Em razão das correlações estabelecidas entre a arquitetura filosófica de Peirce, a posição ocupada pelas ciências normativas, sua correlação com o aspecto lógico do pragmatismo e a classificação do direito como ciência prática, pode-se afirmar que a arquitetura filosófica de Peirce é coerente com o estudo e desenvolvimento do fenômeno jurídico. A fenomenologia e as ciências normativas – somadas à metafísica da realidade – permitem o conhecimento e o desenvolvimento dos conceitos jurídicos num plano concreto, e não em um paraíso meramente abstrato¹⁴. Sem dúvida, o teste experimental diário na prática jurídica mostrou que se pode produzir um direito mais justo e equânime a partir do reconhecimento do falibilismo, do respeito à comunidade de investigadores e da busca de uma verdade convergente entre as partes. Ao se permitir a evolução contínua do direito diante das transformações sociais, aceita-se que o pensamento se produz através geração dos signos – e que a percepção é pautada em hábitos e crenças.

Com esse conhecimento, é possível construir uma teoria do direito que, sem ignorar toda a sistematização da tradição jurídica em torno de conceitos e categorias de relações, ponha em destaque a importância dos hábitos reais na concretização do direito, ou seja, na efetiva normatização, que só se opera em um caso concreto, não deixando de lado os atores jurídicos, com seus propósitos e ações deliberadas.

Supera-se, ainda, todo e qualquer tipo de dualismo. Suprime-se o esquema sujeito-objeto e, portanto, a ideia de que o sujeito cognoscente conhece o objeto na sua pura objetividade, sem interferência de elementos subjetivos¹⁵. A percepção e a consequente compreensão daquilo que se força sobre nós é, simultaneamente, objetiva e subjetiva, pois o sujeito que compreende está inserido em uma prática rotineira e contínua, que consolida os hábitos na vivência da experiência jurídica. Os hábitos são reais, pois introjetados de maneira contínua no mundo, perfazendo uma conexão entre o objeto e as mentes que o interpretam e representam, conexão esta que é mediada por signos e não deriva da intuição. Não há, dessa forma, uma representação passiva de um objeto

¹³ Peirce vê a classificação das ciências segundo a ordenação sistemática dos princípios descobertos em cada ciência. Em geral, os principais princípios ou leis descobertos nas ciências superiores informam as inferiores que, coletivamente, informam as mais inferiores ainda.

¹⁴ Referência ao “Paraíso dos Conceitos Jurídicos” de Jhering. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-13/paraíso-conceitos-juridicos-alemao-rudolf-von-jhering-parte>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

¹⁵ No âmbito do pragmatismo filosófico, John Dewey criticava essa premissa, chamando-a de ‘teoria contemplativa do conhecimento (*spectator theory of knowledge*)’. O pragmatismo, como filosofia da ação, não participa dessa crença, que sustenta a aquisição do conhecimento pela *observação contemplativa*. Os pragmatistas sustentam que a investigação científica é uma forma de *interação* com a realidade.

dado, pois o que há é um processo de percepção moldado pelas crenças nas quais o sujeito cognoscente está inserido. Essa percepção é mediada por signos que relacionam o objeto ao interpretante¹⁶.

O pragmatismo não se aproxima, outrossim, de um subjetivismo vulgar, de teorias utilitárias¹⁷, ou que desprezem qualquer conhecimento teórico. O sujeito que pretende compreender e se coloca na situação de compreensão possui o pensamento delimitado pelos hábitos, rotinas ou práticas. E mais, esse momento inicial de percepção é, posteriormente, objeto de reflexão, deliberação e teste, em conformidade com os propósitos almejados, sempre dentro de uma lógica investigativa contextual que, por meio das inferências abduativas, dedutivas e indutivas, prestigia tanto o contexto de descoberta quanto o de justificação¹⁸.

Por isso, além de se afastar de dualismos, a teoria *peirciana* permite uma nova compreensão das formas de inferência, afastando a ideia de que a determinação do direito seria um mero ato de subsunção dos fatos a uma ordem jurídica pré-estabelecida pelo direito legislado.

O direito é algo contínuo, que se desenvolve por meio de relações mediadas por signos, entre o objeto de conhecimento e seus interpretantes, ou seja, entre os fenômenos jurídicos experienciáveis, tais como se apresentam em nossas mentes, e as cadeias de inferências que suas representações provocam.

Em outras palavras, a ontologia jurídica (o modo como o direito se apresenta) não é meramente substancial, como se existisse algo dado (pronto e acabado), mas se apresenta no processo complexo de realização do direito, que, de um modo geral, é caracterizado por uma relação dialógica entre crenças e dúvidas (na forma da filosofia *peirceana*) sempre no contexto dos hábitos jurídicos introjetados em nosso universo.

Esse processo complexo de realização do direito opera-se principalmente nas rotinas¹⁹ dos tribunais, assumindo o processo relevância ímpar nesse agir concretizador. É no processo que se opera, efetivamente, a construção do direito a partir dos fatos trazidos a juízo. A sentença constrói a norma que regerá a questão *sub judice*. Daí a importância de trabalhar os instrumentos processuais introduzidos pelo CPC/2015, que parece se harmonizar muito com o conceito *peirceano* de ciência²⁰, consistindo em um aporte essencial para a concretização da presente arquitetura filosófica em seara jurídica.

¹⁶ Uma das definições de interpretante na concepção de Peirce pode ser lida a seguir: “Um signo intenta representar, em parte, pelo menos, um Objeto, que é, portanto, num certo sentido, a causa determinante do Signo, mesmo se o Signo representar seu objeto falsamente. Mas dizer que ele representa seu Objeto implica que ele afete uma mente de tal modo que, de certa maneira, determine, naquela mente, algo que é imediatamente devido ao Objeto. Essa determinação, da qual a causa imediata ou determinante é o Signo, e da qual a causa mediada é o Objeto, pode ser chamada de Interpretante (Santaella, 2008, p. 62).

¹⁷ Patricia Turrise explicou as críticas de Peirce ao utilitarismo. Como “qualquer tipo de bondade consiste na adaptação de seu conteúdo a seu fim”, Peirce considerou o fim último do pensamento. Formulou então uma breve crítica ao utilitarismo, na qual revelou que a falha essencial dos utilitaristas, mas não necessariamente do utilitarismo, é a evasão de questões sobre os fins últimos. O utilitarismo, na medida em que considera os fins das ações ou dos desejos, é pragmático. Mas os utilitaristas vulgares examinados por Peirce consultaram apenas seus “desejos presentes”, e não consideraram o propósito desses desejos, ou sua adequação a um fim último (Turrise, 1997, p. 81).

¹⁸ Short explica que os seres humanos são capazes de contemplar variantes meramente possíveis e selecionar entre elas, segundo o que lhes pareça serem suas consequências: isto é agir deliberadamente. Assim, denomina-se “um propósito” aquele tipo de variante para a qual a seleção é feita; os propósitos, então, são causas finais. (Short, 2012, p. 331).

¹⁹ Estamos adotando o conceito de rotina proposto por Krister Segerberg: “Uma rotina é um procedimento que, em princípio, pode ser realizado por alguém – por um árbitro ou juiz (umpire), por um subordinado, ou pelo próprio agente em um nível diferente ou em uma capacidade diferente” (Segerberg, 1985, p. 188). Nesse sentido, deliberar é procurar uma rotina. Assim consideradas, as rotinas podem ser combinadas de modo simultâneo ou sequencial, como ocorre, por exemplo, com as fases de conhecimento e satisfação do processo civil, considerando, inclusive, que a fase de conhecimento compreende as etapas postulatória, de saneamento, instrutória e decisão. Neste sentido, deliberar é procurar uma rotina apta à consecução de um objetivo.

²⁰ Vide nota 5 retro.

4 A VALORAÇÃO MORAL DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS

A postura científica, diante do desenvolvimento de um sistema normativo, não se limita a descrevê-lo e sistematizá-lo, mas também assume a necessária justificação de suas regulações e propostas de interpretações valorativamente satisfatórias. O pragmatismo permite trabalhar de forma conjugada com essas questões nas dimensões da semiótica, envolvendo lógica, ética e estética.

O tratamento conferido à separação entre a moral e o direito, conforme a proposta pragmatista, não se assemelha à imagem conceitual oferecida pela doutrina do positivismo analítico, a exemplo das propostas de Bentham, Austin, Hart e Raz (*In Kellogg, 2019, p. 132*). A tradição pragmatista, tanto na origem filosófica que remete a Peirce, James e Dewey, como em sua vertente jurídica, liderada por Oliver Wendell Holmes, não participa de uma delimitação analítica que separa a moral e o direito. Enxerga-se o direito como um aspecto da experiência que não deve ser investigado como entidade isolada, mas, sim, como parte do problema mais amplo, que diz respeito à ordenação social. A análise pragmatista não trabalha com respaldo no exame de regras *a priori* de decisão, preconizando o enfoque na linguagem e no texto. Os conflitos jurídicos são assimilados com base em perspectiva interna a eles, ordenando e classificando gradualmente os padrões de conduta. Assim, não há “um círculo, com o rótulo ‘direito’ dentro e ‘moral’ fora, separados por uma delimitação definível (*Kellogg, 2019, p. 140*).

Quanto aos problemas de justificação, pode-se assim conceber aqueles relacionados à existência de procedimentos racionais que justificam a validade dos juízos de valor: Existem meios de demonstrar que um juízo de justiça é verdadeiro ou válido? A resposta aqui não pode ser simplesmente no sentido de dependência da ordem jurídica. Como visto, essa ordem elenca valores morais, até mesmo pelo simples fato de que o direito, ao longo da história, acumulou valores morais de forma sistemática.

Em outras palavras, acredita-se numa análise do significado e propriedades lógicas dos enunciados morais. Saliente-se que muitos poderiam argumentar que uma teoria ética, nesse sentido, seria desnecessária, uma vez que, após examinadas várias teorias, a conclusão seria a de que elas não servem. Isso porque não são adequadas a alcançar qualquer resultado, diante da incomensurabilidade e pluralismo valorativo existentes.

Todavia, Peirce afirma justamente sua própria versão da “primazia da razão prática”. Ele defende que a ação humana nunca é puramente física, mas tem sempre um componente mental, de natureza simbólica. Pois a ação humana é essencialmente voltada para o cumprimento de certos objetivos ou ideais, o que pressupõe um fim, ao menos, em certa medida, consciente.

O assunto tem importância prática, pois o que se exige da filosofia moral é que ela nos auxilie a discutir questões morais racionalmente. Uma vez superada a concepção da decisão judicial como mera subsunção e da racionalidade do discurso judicial como reflexo do silogismo dedutivo, a questão a ser decidida supera o domínio restrito das ‘fontes do direito’ e envolve o discurso prático ou moral (*Bernstein, 1972*). A não ser que obedeçamos a essas regras, nunca seremos capazes de argumentar racionalmente acerca de questões morais. Nessa tarefa, a teoria ética, que revela a lógica dos conceitos morais, é instrumento essencial. Acrescente-se que se torna ainda mais essencial quando se pensa na ética como o estudo dos fins que deliberamos alcançar.

Entretanto, a busca dos ideais certos implica que nunca se pode ter certeza absoluta daquilo que é bom. A categoria da *primeiridade* em Peirce indica que é bem possível que nos deparemos com novas situações que nos parecem insondáveis. Isso significa que não somos capazes de formular *a priori*, normas e ideais invariáveis, que podem ser aplicados a todas as situações possíveis (*Aydin, 2009*). Marinoni ressalta esta impossibilidade de total previsão *a priori* das situações, salientando o crescimento das cláusulas gerais adotadas na técnica legislativa, recursos mediante os quais a lei concede “espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação da norma às novas realidades e valores” (*Marinoni, 2019b, p. 113*).

Poder-se-ia ainda contra-argumentar que essa afirmação é perfeita para um filósofo moral, porém não se aplicaria ao juiz quando de sua decisão judicial, uma vez que este é um funcionário responsável pela aplicação da lei. Na verdade, o ponto de intersecção entre o filósofo e o juiz é exatamente o fato de que ambos realizam um raciocínio prático, ou seja, um raciocínio dirigido a uma ação, que será determinada pela decisão judicial.

Voltemos à questão das teorias metaéticas, que analisam o significado dos conceitos morais. Elas se tornam ainda mais fundamentais no contexto da tensão entre Estado de Direito e decisões substanciais. Se, por um lado, exige-se a segurança e, por outro, a substância das decisões, sem dúvida a argumentação ganha destaque. Nesse sentido, decisões judiciais que concretizam os enunciados normativos não podem partir de conceitos pré-concebidos de termos com conteúdo moral, sem a consideração dos contextos de aplicação. A aceitação da referida tese, sem dúvida implica a concordância com a incrementação da moral individual do sujeito que decidirá e, com isso, adota-se uma versão nominalista de pragmatismo, em desacordo com a concepção de Peirce²¹. É por isso que a lógica passa pela ética, pois deve-se argumentar sobre conceitos morais, mesmo que isso não seja fácil. Segundo Peirce, a tarefa da ética é descobrir os objetivos gerais que podem produzir certos hábitos, mediante o vislumbre de seu poder de atração - hábitos que poderiam aumentar a chance da tomada de decisões moralmente corretas. Uma característica fundamental da ética como ciência normativa é a de que os juízos morais e valorativos, em geral, devem ser universalizáveis, sendo isso o que determina a sua racionalidade.

Note-se que, pelo método investigativo de Peirce, o conhecimento ingressa pelo juízo perceptivo e passa a ser deliberado e refletido nos processos de geração de interpretantes. A finalidade do método é gerar uma crença que se torne um hábito para nossas ações. Os fins são deliberados em uma comunidade dialógica, e aquele que detém a última palavra - no caso do processo judicial, o juiz -, deverá levar em conta tudo o que foi trazido pelas partes, permitindo que tal argumentação seja considerada em suas reflexões. Como dito, o conceito do enunciado moral passa pela reflexão sobre os fins acerca dos quais deliberamos, sobre a manutenção da coerência do sistema e, principalmente, pela busca da razoabilidade concreta.

Essa postura afasta o ceticismo segundo o qual a atribuição de um significado ao enunciado moral é uma simples decisão do intérprete, o que implicaria em uma discricionariedade incomensurável, inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Assim, poderíamos nos perguntar: em que momento dentro da teoria da adjudicação (como os juízes decidem ou deveriam decidir) essas questões são fulcrais?

Na verdade, conforme já antecipado, a ética é uma dimensão fundamental da decisão judicial. Esta, por sua vez, não se limita em um simples enunciado (representado pelo dispositivo da sentença). A decisão judicial envolve, sem dúvida, ao lado de um raciocínio voltado para o conhecimento (entendido como razão teórica), um raciocínio voltado para ação (razão prática, no sentido de raciocínio que envolve as ações que serão realizadas). O raciocínio prático permite que o juiz construa e confronte entre si as razões para chegar a uma determinada decisão. Conforme Nino:

Talvez a reflexão em matéria moral busque apenas a obtenção desse tipo de equilíbrio e os cétricos sobre a 'objetividade' das conclusões obtidas se enganem ao exigir algo diferente de nossas convicções básicas para conceder tal objetividade aos juízos de valor (esses cétricos poderiam dizer que nossas convicções básicas são 'irracionais' e podem ser produto de uma série de influências causais; porém o objeto da deliberação moral é exatamente transformar tais convicções em racionais, mostrando que elas são justificadas por um sistema coerente de princípios gerais, uma vez que nossas convicções fiquem racionalizadas, é completamente irrelevante que elas estejam causalmente condicionadas por certo fatores; ocorre a mesma coisa com muitas de nossas crenças racionais) (Nino, 2010, p. 449).

²¹ Para Peirce, a motivação do homem, portanto, não pode ser a ação como tal, porque a ação sempre pressupõe um fim mais ou menos consciente. Peirce empreende a defesa apaixonada de seu pragmatismo realista, em oposição ao que ele chama de pragmatismo nominalista. Pela afirmação de que a ação é o fim do homem, os pragmáticos nominalistas reduzem os seres humanos a seus estados físicos reais, a sua secundidade, negando assim a realidade das ideias. Para Peirce, o objetivo das pessoas não é a ação, mas a busca de ideias e ideais que regulam e justificam sua conduta. Os objetivos e ideais que perseguimos, que regem, regulam e dão sentido às nossas vidas, não têm um status externo fora das nossas interações com o mundo, mas são desenvolvidos e realizados dentro das nossas interações, pensando que nunca podem ser completamente esgotados em incorporações particulares e, portanto, transcendem cada realização particular.

Em um enfoque pragmático, esse sistema de princípios gerais que tornam coerentes nossas ações se relaciona com hábitos que delimitam nossas condutas. As crenças vão se consolidando ao longo do processo investigativo, e a sentença é o momento culminante, no qual o juiz constrói a norma que regerá o caso concreto. Exatamente nesse sentido, a dimensão ética da sentença envolve o propósito de manter a exigência universal da justiça, em face das circunstâncias específicas do caso concreto.

Em um processo, para concluir se o autor agiu com lealdade e confiança e, portanto, respeitou a boa-fé objetiva, parte-se de hábitos gerais, que, segundo a visão peirciana, são reais e delimitam nossos juízos de percepção²². Esse juízo de percepção produz interpretantes mais concretos que os hábitos, porque produzidos em juízos abduativos dotados de alto grau de falibilismo. A partir de raciocínio controlado e refletido, o juiz seleciona a hipótese que melhor explica o caso concreto, adotando uma função mediadora entre o universal da justiça e a singularidade do caso concreto.

A justiça do caso concreto se efetiva na comunidade discursiva dentro do processo. Evidentemente o juiz, em primeiro lugar, buscará a realização da justiça, porém pensando nas consequências de sua decisão, bem como na manutenção da integridade e coerência do sistema. Considerando que o conceito de justiça revela uma linguagem vaga e aberta, sofrerá alguma influência do modo de vida do agente decisor. Isso deve estar bem claro, evitando-se que a formação de sua convicção para decidir seja um simples ato particular, um ato solipsista.

Ferraz Junior (2016, p. 277) leciona que “contra essa posição positivista, levanta-se a hipótese de o momento da convicção não constituir um ato ensimesmado, mas um ato de pensar num contexto comunicativo”.

Tendo em conta a variação e evolução dos conceitos, intensamente preconizada pelo pragmatismo, a concepção de jurisdição também não permaneceu estática ao longo do tempo, sofrendo o impacto da mudança de paradigma que o constitucionalismo (a força normativa da constituição) promoveu na interpretação e concretização das normas jurídicas, sobretudo tendo em conta a tutela dos direitos fundamentais.

Paradigmas²³ que condicionam nossa visão de mundo e que limitam nosso conhecimento, produzem ideias e geram hábitos introjetados no mundo, como acima defendido. Daí porque, para compreendermos o motivo pelo qual sustentamos que a teoria *peirciana* é extraordinariamente coerente com o estudo do direito, devemos expor o paradigma jurídico de jurisdição com o qual vivenciamos essa etapa do fenômeno jurídico, que se segue à constitucionalização do direito. É o que será feito a partir de agora.

5 JURISDIÇÃO

Conceituar jurisdição não é um simples exercício de relacionar a função Estatal de resolver os conflitos que lhe são apresentados com a pacificação social. Na verdade, sua definição exige a compreensão de duas principais teorias do ordenamento. Cintra, Grinover e Dinamarco explicam:

²² Peirce não acreditava que o conhecimento pudesse provir da intuição, faculdade humana que ele peremptoriamente negava. O conjunto de sua obra contemplou escritos sobre a percepção. Os juízos de percepção são inferências lógicas (aqui entendidas como elementos generalizantes que acomodam os objetos da investigação a esquemas mentais e interpretativos mais ou menos habituais) que se forçam sobre o intérprete sem que este tenha controle ou domínio consciente. Os julgamentos de percepção são comparáveis às inferências abduativas (Santaella, 2012, p. 95).

²³ A análise dos paradigmas do pensamento científico nos quais estamos inseridos, de imediato remete à noção de paradigma desenvolvida por Thomas Kuhn (2013). O paradigma possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, mas limitam e condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.

Para Chiovenda e outros, o ordenamento jurídico cinde-se nitidamente em direito material e direito processual (teoria dualista do ordenamento jurídico): o primeiro dita as regras abstratas e estas tornam-se concretas no exato momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. O processo visa apenas à atuação (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo e a obrigação preexistem a ele.

Para outros, como Carnelutti, o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido nessa é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa assim (teoria unitária do ordenamento jurídico), não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de compor a lide (ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento) (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2013, p. 48).

Assim, aqueles que se pautam pela teoria dualista, seja na tradição clássica ou até mesmo nos dias de hoje, compreenderão a função jurisdicional como individualização ou simples concretização da lei abstrata por parte da autoridade judicial. Pode-se dizer que tal modelo preza o raciocínio dedutivo²⁴, realizado por mera subsunção, postulando-se a incidência certa das normas abstratamente previstas sobre os fatos apresentados.

Nos dizeres de Zaneti Junior (2006), os juristas da tradição romano-canônica tendem a privilegiar as regras de direito material, reforçando seu caráter abstrato. Não por outro motivo, ficou reservado ao direito processual o papel mais lógico formal: a aplicação do direito ao caso litigioso, em um rígido silogismo.

Por outro lado, a constitucionalização do direito, a insuficiência das escolas tradicionais da teoria da interpretação, a percepção da realidade dos tribunais, que criam normas e não simplesmente declaram enunciados legais preexistentes, acabaram por tornar inviável essa compreensão do ordenamento jurídico.

Assim, por exemplo, o ponto de vista pragmático não adere inteiramente ao conceito de jurisdição estampado por Dinamarco (2016). Em seu novo livro sobre *Teoria geral do processo*, em coautoria com Carrilho Lopes, Dinamarco conceitua jurisdição como função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Ao tratar da instrumentalidade, Marinoni (2019b, p. 113) destaca o rompimento da confusão entre instrumentalidade e neutralidade do processo e apresenta a noção de instrumentalidade substancial.

Afirmar que o juiz simplesmente realiza a vontade do direito no caso concreto é uma definição que remete ao grande debate do que seria o direito, de qual seria a função do juiz, deixando em aberto a compreensão do instituto da jurisdição. Além disso, pode-se pensar que, em muitos casos, o acordo ou transação efetivada pelas partes não implica a atuação da vontade da lei substancial, embora ponha fim ao litígio e promova a pacificação social. O ordenamento jurídico visto em um enfoque constitucional é dinâmico, aberto, e a realização do direito se opera em um caso concreto. É preciso, a partir desse paradigma, consolidar uma nova compreensão de jurisdição.

Nesse sentido, aproximando daquilo que será sustentado como jurisdição, Marinoni, Arenhart e Mitidiero propõem:

²⁴ Peirce afirma que o raciocínio dedutivo é necessário e próprio da matemática, pois parte de uma hipótese cuja verdade ou falsidade nada tem que ver com o raciocínio, levando a conclusões ideais. Para ele, o problema da dedução em filosofia é que o caráter puramente conceitual dos raciocínios dedutivos os aproxima da verborragia (Peirce, 1999, p. 208). A coerência explicativa exigida para as decisões racionalmente justificadas exige uma infinidade de testes concretos que nem sequer são concebíveis com relação a sistemas meramente dedutivos. Agora, esta mudança nos valores cognitivos parece ser irreversível. Apesar do grande preço pago ao perder a velha coerência tomística aristotélica da física com a ética, a poética, a política e a teologia, não se pode voltar às ideias pré-modernas da verdade.

Se antes era possível dizer que a jurisdição tinha função de atuar a vontade concreta da lei ou de declarar a lei em face do caso concreto, é claro que diante da quebra do princípio da supremacia da lei, a jurisdição deve ter outra preocupação.

Na verdade, a subordinação da lei à força normativa dos direitos fundamentais significou uma transformação que afetou os conceitos de Direito e de jurisdição. A jurisdição não tem mais a simples tarefa de aplicar a norma geral ou de declarar a lei em face do caso concreto, mas sim o dever de interpretar e controlar a validade da lei a partir dos direitos fundamentais (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015, p. 90).

Nessa linha de raciocínio, é preciso compreender a jurisdição a partir dos aportes normativos da constituição, e como queremos, em seu viés pragmático.

Nesse sentido, o art, 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB/88) dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O referido dispositivo, aclamado como direito fundamental e núcleo duro da Constituição, permite concluir que o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, exerce a função institucional de realizar o direito substancial do cidadão que o teve violado ou ameaçado de lesão. Note-se que, se pensarmos esse instituto a partir das normas constitucionais, a jurisdição não pode ser vista mais como mera forma de atuar a vontade concreta da lei, mas, sim, como o núcleo garantidor dos direitos e garantias fundamentais, que irradiam efeitos seja nas relações verticais entre Estado e indivíduo, seja nas relações horizontais entre particulares.

E aqui se pode compreender a jurisdição em um enfoque pragmático. Quando se afirma que a jurisdição não só atua a vontade concreta da lei, mas realiza a justiça do caso concreto (pois concretiza os direitos fundamentais), a compreensão do método pragmático peirceano é imprescindível. No pragmatismo peirceano, os métodos da tenacidade (o sujeito se apegando sem titubear a uma determinada crença, afastando-se sistematicamente de tudo aquilo que o pode fazer mudar de opinião), o da autoridade (o Estado ou a Igreja impõem o significado dos conceitos) ou o apriorismo (utilizando-se de premissas e conceitos preestabelecidos) não são suficientes para o desenvolvimento da ciência. O método científico (que adota o falibilismo) é o melhor para que, de forma contínua, se aprimore a verdade ou o significado dos conceitos intelectuais (Peirce, 1972, p. 71-92).

Nesse sentido, se estamos trabalhando o direito no paradigma do Estado Constitucional e Democrático, no qual há uma conexão interna entre democracia e estado de Direito (Canotilho, 2003, p. 93), o conceito de jurisdição não pode se centrar, exclusivamente, na figura do juiz como o que atua a vontade do direito, da constituição ou da lei, sob pena de violar o Estado Democrático, afinal é no processo que se constrói a norma concreta que resolverá o litígio.

O conceito de jurisdição deve se centrar na efetivação, na prevenção de lesões ou ameaças aos direitos. Essa é a função institucional do Poder Judiciário. E essa efetivação dos direitos se constrói com a participação de todos em uma comunidade de trabalho, que se concretiza no processo. Portanto, poderíamos dizer que Jurisdição é a função institucional exercida pelo Judiciário que, em cooperação com as partes, realiza e aperfeiçoa o direito, construindo a norma do caso concreto e concretizando os dispositivos constitucionais, efetivando e protegendo os direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. Dessa forma, destaque-se que a função jurisdicional, embora exercida pelos juízes, não ignora a participação das partes que, em cooperação, têm papel imprescindível na construção do direito.

Ressalte-se, ainda, que na jurisdição o direito se realiza e é aperfeiçoado a cada dia. Isso porque é no caso concreto que se define o que é boa-fé, função social, igualdade, dignidade; enfim, é que se concretizam os enunciados abertos imprescindíveis em uma sociedade complexa e multicultural. Além disso, se a jurisdição aperfeiçoa o direito, sua pretensão de correção é patente, o que se encaixa perfeitamente com as ciências normativas de Peirce, mais precisamente a ética e a estética.

Por fim, a função não é simplesmente pacificar o litígio, pois é sabido que, muitas vezes, mesmo depois do trânsito em julgado e da coisa julgada, ele se mantém. A função real é efetivar e proteger direitos. É isso que se busca com a tutela jurisdicional.

6 A SENTENÇA JUDICIAL EM SUAS DIMENSÕES LÓGICA, ÉTICA E ESTÉTICA

Sem dúvida, o direito é uma profissão erudita. Argumentos jurídicos são sempre, e, em alguma medida, argumentos sobre direito, sobre questões de fato, prova ou, mesmo, de interpretação, na medida em que sejam relevantes para a solução do problema. Porém, decidir não é simplesmente avaliar argumentos, estabelecendo qual é o melhor que se apresenta. A coerência, por si só, não é suficiente para o estabelecimento de uma decisão justa. A decisão é uma técnica de justificação racional que envolve tanto uma justificação interna como uma justificação externa.

Na empreitada da decisão judicial, seguindo os pilares da filosofia de Peirce, deparamo-nos com um evento racional que envolve três dimensões: (i) a dimensão lógica (semiótica, argumentativa); (ii) a dimensão ética; e (iii) a dimensão estética. A partir do que foi desenvolvido na segunda seção, a dimensão lógica da sentença, dentro do pragmatismo de Peirce, não se relaciona com a lógica clássica ou formal. Aqui, o propósito da lógica é o de estabelecer o estudo das formas de representação capazes de proporcionar o raciocínio correto, tratando-se da dimensão pela qual se estabelecem os meios para agir razoavelmente.

É na sentença que o juiz concretiza a inter-relação dos tipos de inferências abduativas, dedutivas e indutivas, cujas correlações se articulam no raciocínio requerido pela adoção do método científico. Nesse sentido, a partir de tudo o que foi produzido durante o iter processual, no momento de sentenciar, o juiz considerará todas as hipóteses geradas preliminarmente, e posteriormente selecionadas em um processo de construção e apuração definitiva, de forma consciente, deliberada e controlada, aberto aos argumentos das partes e à sua própria reflexão. As consequências das hipóteses selecionadas passam por um exame dedutivo (não simplesmente mecânico, como vimos anteriormente, mas no sentido de antecipar as consequências prováveis na experiência), confirmando-se pelo teste indutivo caracterizado pela instrução probatória²⁵.

Todavia, essa é apenas uma dimensão da sentença. Assume-se, com Peirce, que todos os conceitos adotados por um pensamento lógico rigoroso nele adentram pela porta da percepção e saem pela porta da ação deliberada²⁶. Assim, as inferências lógicas devem estar intimamente ligadas à dimensão ética da sentença, o que será examinado na próxima subseção.

Nesse sentido, toda ação deliberada e controlada é guiada por fins, objetivos, os quais dependem da escolha do julgador. Se a dimensão lógica prestigia o estudo do raciocínio correto, visando desenvolver meios para se agir razoavelmente, a dimensão ética auxilia a lógica por meio da análise dos fins para os quais esses meios devem ser empregados e dirigidos. A dimensão ética, na visão de Peirce, não se liga à ciência do bem e do mal. O papel da dimensão ética é buscar determinar aquilo que se tem em mira, ou seja, o que se está deliberadamente preparado para aceitar como afirmação daquilo que se quer fazer. Se a lógica propõe o estudo do raciocínio correto, a ética auxilia na busca do que seria o agir razoável, em conformidade com o curso de ação deliberada.

Em simples palavras, se, na lógica peirciana, o juiz tem um extraordinário instrumento para desenvolver os significados dos conceitos intelectuais, permitindo que o desenvolvimento dos três tipos de inferência lhe forneça um conhecimento controlado, deliberado e reflexivo, dentro de todo o falibilismo humano, na ética, o magistrado reflete sobre os fins que um processo judicial deve buscar, qual seja, a justiça do caso concreto. Tal justiça, embora se configure como conceito vago, passa definitivamente pela concretização do devido processo legal, de um lado, e efetividade dos direitos, de outro. Nesse sentido, a cooperação, a boa-fé objetiva, a igualdade, o contraditório, a

²⁵ O teste indutivo realizado pela instrução probatória está em perfeita harmonia com a posição de Peirce sobre a indução como “a verificação experimental de uma teoria” (Peirce, 1999, p. 207).

²⁶ “Os elementos de todo conceito entram no pensamento lógico através dos portões da percepção e dele saem pelos portões da ação intencionada [purposive action]; e tudo aquilo que não puder exhibir seu passaporte em ambos esses portões deve ser apreendido pela razão como elemento não autorizado” (Peirce, CP 5.512).

publicidade e a motivação devem estar sempre a serviço da efetivação dos direitos aclamados na Constituição e nas leis, promovendo-se, dessa forma, justiça.

Por fim, a dimensão estética representa o fim último em direção ao qual o esforço do magistrado deve se dirigir. Trata-se do ideal supremo, o *summum bonum* para o qual os pensamentos, ações e sentimentos deveriam conduzir. Nesse sentido, entende-se que, dentro do processo, no momento de sentenciar, o juiz, preservando todos seus hábitos, preconceitos, pré-compreensões, deve buscar, nos termos do art. 8º do CPC/2015, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

Até aqui a questão parece um tanto abstrata, porém não é. A sentença não é um mero ato mecânico, no qual o juiz vincula os fatos a um determinado enunciado normativo. Reconhece-se que a sentença tenha relação com o ato de sentir. Como afirma Ferraz Junior (2016, 274), citando Eduardo Couture, o sentimento é o conteúdo da sentença, “originalmente é algo que foi sentido”.

Esse ato de sentir se relaciona ao momento da descoberta, e não ao momento da motivação. As dimensões lógica, ética e estética consideram e valorizam o momento de descoberta como tão importante quanto o momento da motivação.

O pragmatismo peirceano permite o desenvolvimento e a investigação desse momento da descoberta, uma vez em que essa etapa ganha destaque, no sentido de que a inferência abdutiva, embora seja dotada de falibilismo, é o ponto de partida para o raciocínio deliberado e controlado. O juiz tem em mente que sua percepção inicial é falível e que precisa ver, rever e analisar todos os argumentos trazidos pelas partes, pois esses podem ser mais adequados que aquele que ele, juiz, teve ao início de sua análise.

Além disso, se toda ação deliberada envolve a decisão sobre algo, o juiz, inicialmente, adota a inferência dedutiva a fim de avaliar as consequências de sua hipotética decisão. Mas não se limita somente ao raciocínio dedutivo, também avalia se aquilo que está deliberadamente preparado para decidir é o que mais se coaduna com a noção de justiça.

Nesse viés, se o direito passa necessariamente pela coerência e integridade, que são imprescindíveis para a manutenção da igualdade, o que se tem em mira não é a vontade individual do juiz, mas sim a compreensão e interpretação que vêm prevalecendo nas Cortes que possuem a última palavra sobre o direito constitucional ou infraconstitucional. Isso não desmerece a independência do magistrado. Pelo contrário, fortalece a instituição do judiciário. O direito deixa de ser visto como um jogo de cartas marcadas e passa a ser desenvolvido pela reflexão, deliberação, diálogo e participação.

Porém, é evidente que existirão casos rotineiros e outros um tanto quanto complexos. Por isso, independentemente de estabelecer uma única possibilidade de ação, existindo mais de uma solução razoável para aquele caso, o juiz sempre buscará o fim último, a razoabilidade concreta, nos dizeres de Peirce²⁷, ou a dignidade da pessoa humana em um sentido material e com a observância do devido processo legal em um sentido formal.

Essas três dimensões são essenciais na busca de um equilíbrio entre o ato de decidir e o ato de motivar. Isso porque a concepção lógica nos garante a certeza e a coerência da decisão; a concepção ética, a justiça; e a concepção estética, o esforço na busca da decisão mais razoável ao desenvolvimento do direito.

No próximo tópico, será ainda mais desenvolvida a questão de uma decisão substancialmente válida, trabalhando com os fins que motivam as deliberações judiciais, ou seja, o aspecto ético da sentença.

6.1 DIMENSÃO ÉTICA DA DECISÃO

Quando se adota a lógica peirciana, não se está trabalhando somente com esquemas lógicos de argumentos, ou ainda com a argumentação vista como simples resultado lógico. Na verdade, a

²⁷ Conforme Peirce apresentou em suas conferências conhecidas como *Harvard Lectures*, ‘razoabilidade’ significa simplesmente o uso do raciocínio em qualquer questão prática ou teórica, onde o raciocínio é entendido como a tríade de abdução, dedução e indução, inferências empregadas continuamente na condução do método científico (Liszka, 2017, p. 225).

semiótica peirciana, entendida como lógica, integra a tríade das ciências normativas composta por lógica (ou semiótica), ética e estética. Segundo esse ponto de vista, a lógica não se separa da ética, sendo a análise da correção de um determinado argumento avaliada pela conformidade com o propósito que se busca.

Um exemplo para esclarecer o que foi dito é importante. Imaginemos que um grupo de jovens resolva todos os dias se encontrar em *shoppings centers*. Começam a planejar tais encontros pela internet. Os encontros geram a presença de muitos jovens nos ambientes combinados, o que culmina com certa confusão. Os *shoppings*, então, resolvem impedir que menores de 18 anos compareçam ao estabelecimento, desacompanhados de seus responsáveis. Isso gera uma crítica por parte de alguns defensores da liberdade que raciocinam da seguinte forma: A liberdade é um direito consagrado em nossa Constituição, que deve ser protegido pelas autoridades. A conduta dos representantes do *shopping* fere a liberdade. Logo, as autoridades devem tomar providências em face da conduta do *shopping*, uma vez que a decisão atentou contra a liberdade.

Pois bem, o presente raciocínio parece correto. Realmente pode até ser correto, porém de um ponto de vista formal. Muitas vezes, encantados pela erudição de alguns oradores, somos levados a acreditar completamente nesse tipo de argumentação, pelo fato de se mostrarem claros, objetivos e lógicos. Em palavras mais técnicas, observamos que das premissas decorrem as conclusões, e a inferência aparenta ser totalmente válida.

Porém, não é desse tipo de argumentação que a dimensão ética se ocupa. Em verdade, na ética (evidentemente associada à lógica ou semiótica), a preocupação se concentra nos argumentos apresentados sobre o que é liberdade e o motivo pelo qual ela estaria sendo violada. Qual o motivo da conduta do *shopping*? Tal tipo de conduta restritiva é válida? Quais são as razões adequadas para decidir em favor da liberdade ou da restrição? Esse tipo de conduta estaria dentro do âmbito de incidência do direito de liberdade?

Dessa forma, concluindo essa primeira etapa, a ética peirciana se preocupa com os fins que o magistrado considera em suas deliberações, e não simplesmente com a sua forma. E essa preocupação é essencial em um Estado Democrático de Direito. Isso merece uma explicação mais profunda.

Atualmente, em plena pós-modernidade, dificilmente o legislador poderia prever de forma antecipada a resolução de todos os conflitos. Além disso, o estabelecimento de regras fechadas acaba por impedir a atualização do direito na contínua realidade em que vivemos. Assim, o crescimento de enunciados normativos vagos e indeterminados é patente, visando aperfeiçoar a justiça de cada caso concreto. Muitas vezes, a definição de tais enunciados pode se apresentar ambígua, vaga e, por que não, ter um conteúdo emotivo (muitas vezes, quando falamos em decisões substanciais, justiça da decisão, observa-se a interferência de um certo relativismo²⁸ na compreensão dos destinatários).

Ora, em virtude de tal ambiguidade e vagueza, poderíamos adotar uma das seguintes alternativas: (i) abandonar o pilar das decisões substanciais e afirmar que aquele que decide deve sempre cumprir os exatos termos da lei ou (ii) exigir que as decisões judiciais sejam dotadas de razoabilidade e que os argumentos jurídicos sejam verdadeiramente apresentados e debatidos.

Evidentemente, o pragmatismo de Peirce, ao se preocupar com o fim último do pensamento não se confunde com o ‘utilitarismo vulgar’, pois exige a escolha da segunda opção, implicada na convicção de que o direito não se resume à letra da lei, até mesmo pela insuficiência desta. A construção de uma decisão substancial²⁹ passa pela construção de uma norma concreta pelo juiz, que leva em conta não só o texto da lei, mas inúmeras outras “normas morais” e sociais que estão interconectadas com os enunciados normativos. E é somente dessa forma que podemos pensar em um equilíbrio entre o texto da lei e a realidade social.

²⁸ O relativismo é a doutrina que afirma que a própria verdade é relativa ao ponto de vista do sujeito, conforme o seu contexto histórico, cultural, social, linguístico ou psicológico. Tais aspectos, inerentes aos sujeitos, supostamente determinariam o que é verdade para eles.

²⁹ ‘Decisões substanciais’ são aquelas que se caracterizam pelo respeito ao contraditório substancial, ou seja, decisões que se submetem ao direito de influência que emana do aspecto substancial da garantia do contraditório. Pois a decisão pode ser formalmente legítima – por respeitar a bilateralidade da audiência. Mas, para ser substancialmente justa deve garantir o direito de influência.

Novamente nos socorremos do exemplo anterior. Quando o defensor dos grupos de jovens disse que eles tinham liberdade, qual a definição de liberdade usada? O que é liberdade? Quando há excesso de liberdade? Sem dúvida, a resposta a essas questões não se esgota somente com o exame dos enunciados normativos, mas envolve também normas morais e sociais³⁰.

Determinadas questões dependem, no contexto interpretativo, de avaliações morais e sociais. Ora, como se definir o conceito de liberdade sem uma avaliação moral e social? É praticamente inviável. Assim, quando o intérprete se depara com um enunciado normativo dotado de textura aberta, ele terá que avaliar o referido enunciado em conformidade com o contexto em que a ação se desenvolve, visando à construção da norma. Negar tal conexão é aceitar a existência de conceitos pré-concebidos e crer na possibilidade de sua adoção e aplicação sem qualquer argumentação plausível. Por isso, encontrar as regras que governam a argumentação, na construção da definição, é essencial, sem o que valeria qualquer coisa.

Nessa tarefa, diante do nosso contexto Constitucional, para preservar o Estado de Direito, o agente decisor deverá apresentar todos os argumentos para que possam ser avaliados pelas partes e por terceiros. Assim, será possível afirmar se existe realmente uma boa razão para a conclusão tomada a partir da premissa, a qual também será avaliada em seu conteúdo. Por isso, poderíamos dizer que uma decisão judicial justificada depende essencialmente de que sejam oferecidas razões apropriadas para uma determinada escolha, dentro do contexto processual. Essas razões, estão intimamente ligadas ao estudo promovido pela ética peirciana.

Dessa forma, é fundamental estudar a maneira como os operadores do direito e, principalmente, os juízes, estabelecem a força da justificativa de seus argumentos, ou seja, como constroem as premissas utilizadas e quais os argumentos são efetivamente utilizados. As razões que justificam uma decisão podem ser de natureza processual ou substancial. Quando o juiz não tem outra opção e acaba decidindo com base no ônus da prova, sem dúvida estamos diante de uma razão procedimental.

Por outro lado, as razões substanciais ligam-se àquilo que o juiz está deliberadamente decidido a realizar. Dessa forma, as razões substanciais se ligam aos fins e consequências de sua decisão, à manutenção da coerência e integridade do sistema e ao desenvolvimento da razoabilidade concreta, momento no qual a ética se ampara na estética de concepção peirciana.

Todas essas razões são passíveis de reflexão. Porém, é certo que todas elas se relacionam aos tipos de raciocínio anteriormente trabalhados. Quando o juiz inicia o processo de abdução³¹, ele o faz pensando em uma decisão que contribua para o desenvolvimento da justiça, ao mesmo tempo em que pensa na correção das razões consideradas, sem relevar a experiência jurídica institucionalizada, decisões anteriores e, principalmente, os ditames da Constituição e das leis.

Portanto, quando afirmamos que a dimensão ética da sentença se relaciona à análise do conteúdo das premissas e das conclusões, necessariamente estamos afirmando que o raciocínio do juiz envolve questões morais e sociais. Nesse sentido, afirmamos com total convicção que é impossível afastar o raciocínio jurídico do raciocínio moral e político³², sendo que isso não leva a qualquer enfraquecimento do direito. Não podemos confundir uma teoria do direito, na qual nos concentramos na análise da validade das normas jurídicas (em que se discute se princípios morais são necessariamente ou contingencialmente fundamentos de validade da ordem jurídica) com uma teoria da adjudicação, a qual se concentra na forma como os juízes decidem e raciocinam. É com essa última que estamos preocupados.

³⁰ É importante registrar que não queremos entrar aqui em uma discussão sobre teorias positivistas e jusnaturalistas. Na verdade, não estamos tratando da validade do direito, ou se o direito, para ser válido, depende ou não de um conjunto de princípios naturais universalmente aceitos, ou ainda se as leis, para serem válidas, devem ter uma conexão necessária com a moral.

³¹ Novamente a atividade abdução do juiz, em seu exercício da jurisdição, harmoniza-se perfeitamente com a concepção que Peirce desenvolveu para essa inferência, quando o filósofo americano explica que “a abdução consiste em estudar os fatos e projetar uma teoria para explicá-los” (Peirce, 1999, p. 207).

³² A dimensão política da atividade jurisdicional é ressaltada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em decisão proferida acerca do auxílio-moradia (AO 1773/DF), quando ele afirma: “É que, em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, **a atuação do juiz, como agente político** dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo” (grifo nosso).

6.2 A ESTÉTICA COMO DIMENSÃO FINAL DA DECISÃO

Conforme visto, a lógica é o estudo dos meios para atingir a meta do pensamento, enquanto a ética é definida por Peirce como a teoria do controle da conduta, e da ação em geral, de modo a se conformar a um ideal. No âmbito do pragmatismo peirceano, os ideais éticos pressupostos não podem ser completamente dependentes de preferências subjetivas, uma vez que esses ideais devem se provar em sua interação com nosso ambiente social e natural (Aydin, 2009, p. 432). A racionalidade da conduta humana e da produção das decisões devidamente motivadas envolve a capacidade humana básica para adivinhar e prever. Em virtude desta capacidade, somos capazes de desenvolver (cada vez melhor) ideias com um poder de previsão, de antecipar nossa conduta futura e de possuir um certo nível de autocontrole. A definição que Peirce apresenta da ética não trata de preferências puramente subjetivas. A concepção pragmatista de raciocínio, entendido como uma certa forma de interação com o mundo, implica que a autocritica e o autocontrole não podem ser processos individuais, mas implicam uma comunidade dotada de certas normas e ideais. Também não se trata de uma comunidade finita, deve ser uma comunidade "sem limites definidos, e capaz de um aumento definido do conhecimento" (CP 5.311). Tal concepção se reflete no pragmatismo legal e no âmbito da tomada de decisões judiciais é encontrada na comunidade de participantes do processo, no contínuo debate entre as partes e o juiz, que definirá a justiça dos casos concretos.

Porém, diante da diversidade de metas que podem existir dentro de um processo e considerando a falta de consenso sobre o qual estabelecer o conceito de justiça, a perspectiva estética visa guiar a ética, ao estabelecer a natureza de um fim em si mesmo, que seja admirável e desejável, em quaisquer circunstâncias, independentemente de qualquer outra consideração, de qualquer espécie que seja, como a dimensão estética da jurisdição. Seria proveitoso explorar a estética à luz de como estes princípios informam certos ideais, por exemplo, ideais comunitários e políticos, como unidade ou harmonia, ideais de ética e justiça, como proporção e igualdade (Liszka, 2017).

Qual é o fim último para o qual o esforço das partes e do juiz deve se dirigir? Qual o ideal supremo do processo? Certamente, a corrente instrumentalista diria que seria a pacificação das partes. Porém, na realidade processual diária, tal pacificação, em regra, é inviável. A coisa julgada trará estabilidade, mas jamais poderá ser tida como um mecanismo imunizador da verdade dos fatos, tanto que o próprio CPC/2015 afasta a sua incidência sobre a verdade³³.

Assim, o ideal final é a realização de uma hipótese, entre outras possíveis, que, após ser criticada e modificada extensivamente, num ambiente argumentativo e dialógico³⁴, perseverou no sentido de elucidar aspectos suficientes de uma determinada situação, a fim de permitir uma decisão adequada. O ideal final não se refere imediatamente a situações particulares, mas afeta a constituição do autocontrole como tal, no exercício da jurisdição.

A decisão, diga-se, nunca agradará ambas as partes. Inviável pensar que a decisão produzirá um consenso nesse sentido. Porém, é viável imaginar que a decisão poderá, diante da observância do devido processo legal e leal, dos princípios do contraditório e da ampla participação, caminhar para um grau de razoabilidade aceitável pelas partes, que gere um certo conforto ao titular do poder, que é, exatamente, o povo.

É nesse sentido que podemos afirmar que, embora não se possa definir conceitualmente o que é justiça, se pensamos pragmaticamente, nos significados a partir dos efeitos concebíveis, quando falamos que o ideal estético é a razoabilidade concreta, devemos ressaltar que essa razoabilidade não deve ser pensada abstratamente. Ao contrário, falar em razoabilidade concreta é pensar que essa razoabilidade vem determinar a direção para a qual o empenho ético deve se dirigir. Nesse sentido, se pensarmos na ética como aquilo que deveria ser o alvo do esforço do juiz – a busca pela justiça – a estética não está voltada para o que é belo ou não, mas sim para aquilo

³³ Art. 504. Não fazem coisa julgada: [...] II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

³⁴ O contexto argumentativo e dialógico no exercício da jurisdição é proposto por Marinoni quando o processualista descreve a transição da perspectiva *cognitivista* da interpretação para uma concepção *adscritiva*, na qual são reconstruídos argumentativamente os possíveis significados dos textos legais em seus respectivos contextos, outorgando-lhes significado normativo (Marinoni, 2016, p. 137).

que deveria ser experimentado por seu próprio valor. Dessa forma, o ideal pragmático revisto por Peirce não deveria satisfazer os desejos de qualquer indivíduo particular, mas sim estar voltado para os propósitos humanos coletivos³⁵.

A prova de admirabilidade ideal do *summum bonum*, digno de ser perseguido, está nos efeitos de sua implementação no laboratório da vida, como experiência vivida. Em vez do apelo a um *sensus communis*³⁶, Peirce recorreu a uma comunidade de investigação, equipada com um método adequado para estabelecer melhor do que qualquer outro método a fixação de crenças naquilo que é admirável o suficiente para ser perseguido. Uma convergência de crenças, o resultado de uma investigação deliberada, é o meio para se obter um consenso, ao invés de qualquer característica a priori necessária ao julgamento estético.

A máxima pragmática propõe que o significado de um conceito é esclarecido através da concepção de suas consequências práticas, de forma similar ao modo como uma hipótese científica é preparada para testes, deduzindo quais seriam os resultados observáveis de seu sucesso. Da mesma forma, o significado de um ideal, tido por admirável, será determinado por seus efeitos práticos, ou seja, os efeitos produzidos na experiência vivida.

Trazendo para o direito, na busca pelo ideal estético, a ser perseguido no exercício da jurisdição, o juiz não deve solidificar seus ideais particulares, mas pensar que a marcha processual serve efetivamente para conhecer, refletir e deliberar sobre as metas das partes, dentro de um agir estratégico, decidindo da forma que melhor atenda ao bem comum e aos fins sociais. São os atos do juiz e das partes ao longo do processo que culminam na produção da sentença e que, paulatinamente, garantem a razoabilidade concreta que encarna a estética da jurisdição.

A posição de Peirce acerca do *summum bonum* se afina bem com a busca de um ideal estético para o exercício da jurisdição, justamente em função da recusa peirceana em conceber a definição de um ideal estético como resultado estático. Ao admitir um processo de crescimento, Peirce não se limita a qualquer tipo de “ideal auto satisfeito”. Ele adota um fim que antecipará uma melhoria crescente em seus resultados. Peirce parece pensar que, ao invés de desenvolver uma noção pré-concebida do ideal, este será desenvolvido através da experimentação progressiva com ideais postulantes, muito na forma em que a ciência corrige hipóteses errantes em direção a alternativas melhores.

O *summum bonum*, para Peirce, envolve aprimoramento contínuo, progresso e crescimento - uma melhoria da condição humana através do uso do raciocínio, como expresso no método científico de investigação (Liszka, 2017, p. 224). Nesse sentido, defendemos que um fundamento pragmático não se limita ao contexto de justificação, pois este se dá em um único momento, qual seja a sentença.

O art. 489 do CPC/2015, tão festejado por doutrinadores nacionais, que estabelece quase que uma regra de fundamentação para o ato de sentenciar, configura-se em uma verdadeira justificativa legal para um drible desconcertante, que os juízes podem efetivar em face das partes.

Na concepção do pragmatismo de Peirce, o único bem último para o qual os fatos práticos direcionam a atenção, e ao qual eles podem servir é promover o desenvolvimento da razoabilidade concreta. Por razoabilidade concreta Peirce implica que a razoabilidade é realmente operativa no mundo, presumivelmente na aquisição de hábitos presentes na natureza, mas também nos hábitos de sentimento, ações práticas e instituições da comunidade humana. Não é um princípio formal, como expresso na visão de Kant, mas é uma forma viva, como expressou Schiller, uma forma que molda a experiência vivida de sentimentos, hábitos, práticas e instituições de uma comunidade, seu edifício como tal. Essa forma viva, em constante evolução, explica na seara do direito, por exemplo, a evolução dos modelos de Estado, a evolução do conceito de direito e a própria modificação do conceito de função jurisdicional (Marinoni, 2019, p. 89).

³⁵ Tornar o mundo mais razoável não é uma iniciativa individual, mas sempre um empreendimento social, porque o social já está sempre presente no indivíduo. Nesta crítica ao cartesianismo, Peirce enfatiza que uma das coisas mais difíceis é se livrar da visão moderna de que pensar é uma atividade individual (Aydin, 2009, p. 434).

³⁶ O problema que Peirce teve que abordar para que sua estética avançasse como uma ciência crítica normativa foi a mesma questão fundamental com que Kant lutou em “A Crítica da Faculdade do Juízo”, a respeito de juízos estéticos: a admiração é um julgamento subjetivo daquele que percebe? Para Kant, o julgamento estético exige uma resposta comunitária, fundamentada em um *communis sensu*. Apelar a esse senso comum foi a solução encontrada por Kant (Liszka, 2017, p. 220).

Não podemos nos esquecer de que nós, profissionais do direito, somos formados na arte da argumentação. Falarmos em processo democrático ignorando o contexto de descoberta, enfatizando apenas o contexto de justificação, é esquecer que é na convicção que o juiz efetivamente decide.

A dimensão estética da decisão judicial, em sua acepção de razoabilidade concreta, abrange ainda a prolação de decisão justa e legítima, efetivando direitos em tempo razoável. Embora esse ideal estético se concretize na sentença, a sua construção se inicia desde a leitura da petição inicial, quando o juiz compreende os fatos a partir de seu juízo de percepção, consolidando o conhecimento e convicção ao longo do procedimento, quando tem oportunidade, junto com as partes, de refletir e deliberar sobre suas decisões.

7 CONCLUSÃO

O artigo apresentou hipótese que demonstra ser a construção filosófica de Peirce útil para compreensão do direito enquanto ciência viva. O direito não pode ser visto ou analisado em partes, como se fosse possível cindir teoria e prática, fatos e direito, ser e dever-ser, agir e pensar, razão e emoção.

No paradigma atual, modelado por uma constitucionalização do direito em uma sociedade multicultural, na qual a realização do direito nos casos concretos é valorizada de forme contínua e crescente, as escolas tradicionais de interpretação são insuficientes para explicação desse fenômeno, pois deixam de lado o processo e seus institutos na compreensão da teoria da decisão jurídica.

O pragmatismo peirceano, que não pode ser visto isoladamente, mas em conjunto com sua teoria da percepção, bem como com as denominadas Ciências Normativas, se insere perfeitamente nesse contexto do Estado Constitucional e Democrático, em uma sociedade multicultural.

Assumindo a concepção de ciência contemporânea proposta por Peirce, como coisa viva, ocupando-se da geração de conjecturas (raciocínio abdutivo) em processos de estruturação e teste, e concebendo os tribunais como os ‘grandes laboratórios do direito’, conforme a proposta de Cardozo (2014, p. 12), o direito se realiza nos casos concretos, nos litígios, cuja solução se define nos processos judiciais. Nessa rotina processual diária dos tribunais brasileiros, os direitos se efetivam e os conflitos se pacificam.

Sob tal perspectiva, não se interpreta o direito como algo preestabelecido, mas, sim, a partir das narrativas processuais estrategicamente elaboradas pelos advogados do autor e do réu. Dessa forma, ao juiz dificilmente são apresentados os fatos como ocorridos no passado. Os fatos são apresentados, em regra, na forma de narrativas convenientes, seja para o autor, seja para o réu. A partir desses fatos apresentados, das normas constitucionais, das leis, dos precedentes, o juiz, com a plena participação das partes em um modelo cooperativo de processo, construirá a resposta mais razoável ao caso concreto.

Nesse sentido, trazendo o método de investigação peirceano para o direito, afastamo-nos de dualismos e podemos, efetivamente, pensar a realização do direito de uma forma holística, sem isolar o processo e suas peculiaridades em um Estado Democrático, integrando os contextos da descoberta e da justificação da decisão judicial.

A razão prática se conjuga com a razão teórica, dando origem à denominada razão criativa, que permite operar de forma plena e conjugada os modos de inferência abdutiva, dedutiva e indutiva. O saber teórico se conjuga com aquele que direciona um agir, dentro de um modelo de pensamento diagramático, que envolve geração e seleção de hipóteses, testes que reduzem o falibilismo e raciocínios justificados para a obtenção de consequências desejáveis na experiência social, o contexto no qual o direito se desenvolve, evolui e se realiza.

Em complemento, a decisão judicial, embora se concretize na sentença, vai surgindo e se consolidando ao longo de todo o processo. É um grande erro pensar que o juiz somente decide quando profere a sentença. Aliás, é exatamente por isso que, em regra, o contexto de descoberta é relevado, o que mascara, e muito, o processo democrático. Justificar uma decisão é fácil, o difícil é decidir democraticamente. Refletir sobre os hábitos, questionar crenças, se deixar influenciar pelas partes, tudo isso é imprescindível para a conduta judicial na construção de uma decisão justa.

Nesse contexto, a visão do contraditório, no modelo cooperativo de processo, entendido como uma comunidade de trabalho, é extremamente compatível com o método de investigação peirceano, no qual geramos e selecionamos hipóteses, conjecturamos consequências e testamos em um determinado momento e contexto empírico.

A instrução, por seu turno, assume enorme relevo na construção da verdade, no sentido de afastamento da dúvida e formação da crença. A formação da crença, ou a convicção judicial sobre a verdade, é imprescindível para a produção de uma decisão justa, embora não seja o único fim do processo. Exatamente por isso, a verdade no processo, na concepção peirciana de ciência viva, assume enorme relevo, sendo construída pela comunidade de investigadores, até que a crença seja produzida.

Todo esse processo decisório se concretiza na sentença. Essa, por sua vez, tem suas dimensões lógica, ética e estética. A lógica se caracteriza pela revisão de todo o processo abduutivo, dedutivo e indutivo realizado pelo juiz ao longo do percurso processual e de forma argumentativa, em diálogo com as partes. Na sentença é que o juiz, enfim, vai concretizar a escolha da hipótese gerada e a consequência conjecturada, a partir da reflexão de tudo aquilo que foi debatido e provado, levando em conta os precedentes e os enunciados normativos.

Porém, essa escolha não é feita ignorando os fins almejados. O juiz almeja o ideal de justiça, diga-se, não o seu próprio ideal, mas aquele construído a partir de sua experiência, com base nas decisões dos Tribunais superiores que fazem parte das rotinas processuais. Essa ética peirciana liga-se ao que deliberadamente buscamos fazer, e não propriamente ao que é bom ou mal. Por isso, sua compreensão dentro do contexto jurídico, e não propriamente como uma ética individual, é imprescindível. É evidente que o juiz procura justiça, mas as razões que implicam em uma determinada decisão envolvem a manutenção da coerência e integridade do sistema, e o respeito ao devido processo legal.

Nesse contexto de produção de hábitos por meio da experiência, os precedentes (ou provimentos de eficácia vinculantes) assumem papel importante na construção de um ordenamento íntegro e coerente. Os enunciados normativos de textura aberta podem ser concretizados de forma semelhante para casos idênticos, a partir do momento em que o juiz incorpora a *ratio decidendi* das decisões superiores em sua rotina diária. Isso permite um sistema mais isonômico (padrão ético) e prestigia o desenvolvimento de uma razoabilidade real e concreta (padrão estético).

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, C. O. Fenomenologia e Semiótica de Peirce: métodos para a ciência jurídica. **Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 409-422, jan./dez. 2013.
- AYDIN, Ciano. On the significance of ideals: Charles S. Peirce and the good life. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, Bloomington Indiana, v. 45, n. 3, 2009.
- BERNSTEIN, R. **Praxis and action**. London: Duckworth, 1972.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.
- CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Tradução Silvana Vieira; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Candido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno V. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Lógica da motivação e lógica da convicção na decisão judicial. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Lógica e direito**. São Paulo, Noeses, 2016.
- GUEDES, Jefferson Carús; PÁDUA, Thiago Alencar de. O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf von Jhering (parte 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-13/paraíso-conceitos-juridicos-alemao-rudolf-von-jhering-parte/>. Acesso em: 20 maio 2022.
- HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul; BURKS, Arthur. **Collected Papers of Charles Sanders Peirce**. Cambridge: Harvard University Press, 1958. p. 1931-1935.
- IBRI, Ivo Assad. **O fundo estético do pragmatismo de Peirce**. Disponível em https://www.cle.unicamp.br/cle/sites/default/files/O_Fundo_Estu00E9tico_do_Pragmaticismo_d_e_Peirce.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.
- IBRI, Ivo Assad. Linking the Aesthetic and the Normative in Peirce's Pragmatism: a heuristic sketch. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 52, n. 4, p. 598-610, 2016.
- KELLOGG, Frederic Rogers. **Pragmatismo, teoria do conhecimento e filosofia do direito**: artigos coligidos de Frederic Kellogg. Recife: Edições UFPE, 2019.
- KENT, Bervely. **Charles S. Peirce**: Logic and the Classification of the Sciences. Montreal: McGill-Queens University Press, 1987.
- KEVELSON, Roberta. **Law and Aesthetics**. New York: Peter Lang Publishing, 1992a.
- KEVELSON, Roberta. **Law and the human sciences**: fifth round table on Law and Semiotics. Edited by Roberta Kevelson. New York: Peter Lang Publishing, 1992b.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo, Perspectiva, 2013.
- LISZKA, James J. Peirce's esthetics as a science of ideals ends. **Cognitio**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 205-229, jul/dez. 2017.
- MACHADO, F. C.; AMARAL, G. R. (Orgs). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196.
- MAIA, Alexandre da. Ontologia jurídica e realidade: o problema da “ética da tolerância”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 143, p. 335-345, jul./set., 1999,
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo, Thomson Reuters, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters, 2019b.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas, Bookseller, 2000. Tomo I.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TURRISI, Patricia Ann. **Pragmatism as a principle and method of right thinking**. New York: State University of New York Press, 1997.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1999.

PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos: seleção de Armando Mora D'Oliveira. Tradução: Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. In: **Os pensadores**. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1974. v. 36.

PEIRCE, Charles Sanders. A fixação das crenças. In: **Semiótica e Filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce**. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 71-92.

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected Papers of Charles Sanders Peirce. Edited by Charles Hartshorne, Paul Weiss (volumes 1-6) and Arthur Burks (volumes 7-8)**. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1931-1958.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTAELLA, Lucia. **Percepção: fenomenologia, ecologia, semiótica**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SANTAELLA, Lucia. **A teoria geral dos signos: como as linguagens significam as coisas**. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

SANTAELLA, Lucia. Esthetics, the supreme ideal of human life. **Semiotica: Journal of the International Association for Semiotic Studies**, Berlin; New York: Mouton de Gruyter, v. 135, n. 1/4, p. 175-189, 2001.

SEGERBERG, Krister. Routines shyntese. **Reidel Publishing Company**, Netherlands, v. 65, n. 2, p. 185-210, 1985.

SHORT, T. L. Normative science? **Transactions of the Charles Sanders Peirce Society**, v. 48, n. 3, p. 327, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

TURRISI, Patricia Ann. **Pragmatism as a principle and method of right thinking**. New York: State University of New York Press, 1997.

WROBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Lima: Librería Jurídica Grijlei, 2013.

ZANETI ÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196.

Artigo recebido em: 30/12/2022.

Aprovado em: 5/2/2025.