

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS: UM ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DO PRAGMATISMO JURÍDICO³⁰⁷

EFFECTS MODULATION IN JUDICIAL PRECEDENTS: A STUDY FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL PRAGMATISM

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. <https://orcid.org/0000-0003-2829-6280>

Luciléa Paulino Lemos

Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. Email: lucilealemos@mpsp.mp.br <https://orcid.org/0009-0001-6331-2533>

RESUMO: Este artigo investiga a modulação de efeitos em precedentes jurisprudenciais no âmbito do Direito Processual Civil Brasileiro, sob a perspectiva do pragmatismo jurídico, uma corrente de pensamento que teve origem nos Estados Unidos, mas que alcançou reconhecimento global. O estudo destaca a crescente incorporação de princípios pragmatistas, como antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, em recentes textos normativos brasileiros. Nesse cenário, o artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 ganha destaque, permitindo a modulação de efeitos de alterações jurisprudenciais em favor do interesse social e da segurança jurídica, especialmente em casos que envolvem mudanças em

jurisprudências dominantes do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, ou em julgamentos de casos repetitivos. Essa tendência também se reflete nas modificações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), trazidas pela Lei nº 13.655/2018, que exige que as decisões considerem as consequências práticas e reconheçam a necessidade de uma transição quando houver mudança em entendimentos jurisprudenciais consolidados. Adicionalmente, a Resolução 423/2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) incorporou o pragmatismo jurídico nos concursos para magistrados, evidenciando a crescente relevância dessa abordagem não só na prática jurídica, mas também na formação dos operadores do direito.

³⁰⁷ Artigo recebido em 02/06/2025 e aprovado em 19/12/2025.

PALAVRAS-CHAVE: modulação de efeitos; precedentes; pragmatismo jurídico; consequencialismo; antifundacionalismo.

ABSTRACT: This article investigates the modulation of effects in judicial precedents within the scope of Brazilian Civil Procedure Law, from the perspective of legal pragmatism, a school of thought that originated in the United States but has gained global recognition. The study highlights the increasing incorporation of pragmatist principles, such as antifoundationalism, contextualism, and consequentialism, in recent Brazilian normative texts. In this context, Article 927, § 3º of the 2015 Code of Civil Procedure (CPC) stands out, allowing for the modulation of effects of jurisprudential changes in favor of social interest and legal certainty, especially in cases involving shifts in the dominant jurisprudence of the Supreme Federal Court and the superior courts, or in repetitive case rulings. This trend is also reflected in the amendments to the Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB), brought by Law No. 13.655/2018, which mandates that decisions take into account practical consequences and acknowledge the need for a transition when consolidated jurisprudential understandings are altered. Additionally, Resolution

423/2021 of the National Council of Justice (CNJ) incorporated legal pragmatism into the judiciary exams, underscoring the growing relevance of this approach not only in legal practice but also in the training of legal professionals.

KEYWORDS: modulation of effects; precedents; legal pragmatism; consequentialism; antifoundationalism.

INTRODUÇÃO

A jurisprudência, como a expressão máxima da interpretação do direito, desempenha um papel fundamental na estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico. Reconhecendo a importância das decisões dos Tribunais Superiores como fonte normativa, o sistema jurídico brasileiro tem buscado regular sua função paradigmática³⁰⁸, especialmente no que diz respeito à criação e aplicação de precedentes.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu um sistema de precedentes vinculantes, visando mitigar a pluralidade interpretativa e promover maior segurança jurídica. Parte essencial desse sistema é a autorização para a modulação dos efeitos decisórios dos tribunais, conforme estabelecido no

³⁰⁸ A função paradigmática relaciona-se com a inegável função dos Tribunais de Cúpula “na construção do direito, na versão final da norma, que significa orientação para os demais tribunais e pauta de conduta para os

jurisdicionados”. In. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023 p.468/471.

artigo 927, § 3º do CPC/15³⁰⁹. Essa diretriz, ao passo que reconhece o dinamismo e evolução do direito por obra dos tribunais, busca contrabalançar a negatividade advinda da mudança de orientação consolidada, com potencial para resultar em insegurança jurídica pela quebra legítima de confiança na pauta de conduta estabelecida.

A presente pesquisa se propõe a investigar mais profundamente o instituto da modulação de efeitos em precedentes jurisprudenciais, sob a perspectiva do pragmatismo jurídico. Este último, uma corrente de pensamento que enfatiza a importância de avaliar as consequências práticas das decisões judiciais, refutando conceitos dogmáticos fixados abstrata e apriorística³¹⁰, teve origem nos Estados Unidos³¹¹ e tem alcançado reconhecimento global, influenciando não apenas as formulações

normativas, mas também a prática jurídica.

Ao examinar a intersecção entre a modulação de efeitos e os princípios pragmatistas, como o antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo³¹², buscamos entender como esses elementos dialogam no contexto do Direito Processual Civil Brasileiro. É essencial compreender não apenas a natureza e função da modulação, mas também os desafios e riscos associados à sua aplicação a partir de argumentos exclusivamente pragmáticos.

1. MODULAÇÃO DE EFEITOS EM PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Este estudo é dirigido para modulação de efeitos decorrente da alteração de entendimento jurisprudencial, conforme previsto no artigo 927, § 3º, do CPC/15. Pelos

³⁰⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

³¹⁰ DE ARAUJO, Clarice von Oertzen; SILVA, Filipe Nesi Tossi. *O Código de Processo Civil de 2015 e o conceito de fundamentação das decisões judiciais: pragmatismo, evolução de conceitos e mutação constitucional*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 18, n. 2 (2023). Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1590>. Acesso em 26.jun.24

³¹¹ “O Pragmatismo surgiu nos Estados Unidos, no fim do século XIX, ao longo das reuniões do autodenominado “Metaphysical Club” (Clube Metafísico), composto por um grupo de alunos e professores da Universidade de Harvard

(Cambridge, EUA), dentre os quais merecem destaque: Charles Sanders Peirce (que era químico e matemático, mas alcançou renome como filósofo), William James (médico), John Dewey (psicólogo e também filósofo), Francis Elligwood Abbot (teólogo), John Fiske Green (historiador), Chauncey Wright (matemático), Joseph Warner (jurista), Nicholas St. John Green (jurista) e Oliver Wendell Holmes (jurista, que integrou a Suprema Corte americana entre 1902 e 1932.” In: GABRIEL, Anderson de Paiva. *O Pragmatismo como Paradigma Jurisdicional Contemporâneo*. In Temas de Análise Econômica do Direito Processual. Coordenação Luiz Fux, Rodrigo Fux, Rafael Gaia Pepe. 1ª edição. Rio de Janeiro, Mundo Jurídico, 2019. p. 99

³¹² A despeito de suas diversas vertentes, o pragmatismo tem como núcleo comum: (i) o antifundacionalismo; (ii) o contextualismo e (iii) o consequencialismo. Idem. p. 102.

limites da proposição deste trabalho, não será objeto de análise a modulação no controle concentrado de constitucionalidade, regulada pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que estabelece um quórum qualificado de dois terços para a modulação em declarações de inconstitucionalidade.

No contexto deste estudo, é importante destacar que a confiança na constitucionalidade das leis pode ser afastada por qualquer juiz, no exercício do controle difuso, ou pelo STF, no controle concentrado. Por outro lado, quando se trata da superação de entendimento pacificado nos tribunais, a questão já passou pelo crivo do Poder Judiciário, que informou à sociedade o conteúdo normativo vigente. Nessa situação, a confiança adquirida é qualificada³¹³.

A doutrina há muito reconhece que as decisões dos Tribunais Superiores, responsáveis por dar a última e melhor interpretação sobre o direito, possuem carga normativa³¹⁴ e que a jurisprudência é uma fonte do direito e integra o cálculo dos negócios da sociedade³¹⁵. Também não é

recente a aceitação de que a lei não oferece resposta para tudo³¹⁶ e que a partir dela “*sequer é possível se afirmar categoricamente que somente uma resposta poderia ser casuisticamente alcançada*”³¹⁷.

Nessa linha, Hans Kelsen, em sua obra “*Teoria Pura do Direito*”, já reconhecia a possibilidade de múltiplas interpretações ao observar que a teoria tradicional da interpretação jurídica frequentemente assume que a aplicação da lei a um caso concreto deveria resultar em uma única solução correta. Kelsen, no entanto, desafia essa perspectiva, argumentando que:

[...] de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações

³¹³ Neste sentido: “O método utilizado em tal decisão [refere-se ao art. 27 da Lei nº 9.868/99] não se confunde com a técnica do prospective overruling, que tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade”. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.004.

³¹⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DA FONTE MONNERAT, Fábio Victor. *Modulação: momento adequado, competência, critérios à luz de exemplos da jurisprudência*. Suprema-Revista de Estudos Constitucionais, v. 1, n. 1, p. 181-213, 2021.

³¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Rio de Janeiro: Editora GZ 2.ed., 2021, p. 189.

³¹⁶ Há muito advertia o professor Ovídio Batista que: “a lei deve ser apreendida como uma proposição cujo sentido altera-se na medida em que se alterem as variantes necessidades contingências históricas”. In. BATISTA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2.

³¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “segurança jurídica”*. Revista de Processo. vol. 330. ano 47. p. 239-259. São Paulo: Ed. RT agosto 2022.

verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica³¹⁸.

Kelsen, mesmo em sua perspectiva de uma teoria pura do direito, reconhece a complexidade intrínseca da interpretação jurídica, que pode levar a diferentes entendimentos sobre o mesmo texto normativo. Essa flexibilidade interpretativa, contrária à ideia de uma interpretação única e objetiva, demonstra a necessidade de mecanismos que gerenciem de forma equilibrada e justa as consequências das mudanças jurisprudenciais³¹⁹.

Reconhecida a função criativa do Poder Judiciário e o caráter paradigmático das decisões dos tribunais, restava regular esta nova função, o que é proposto no sistema de precedentes do CPC/15, especialmente com a autorização expressa para a modulação dos efeitos decisórios dos tribunais (CPC/15, art. 927, § 3º), que busca mitigar a negatividade das alterações interpretativas, evitando a quebra de isonomia e um ambiente de insegurança jurídica.

A jurisprudência é um indicador extremamente sensível das mudanças na sociedade e, portanto, não pode ser engessada. No entanto, decorre do reconhecimento da função paradigmática dos tribunais superiores a necessidade de estabilidade decisória, capaz de gerar previsibilidade e um ambiente de confiança na pauta de conduta definida por quem tem a última palavra sobre a interpretação do ordenamento.

Mudanças interpretativas não devem ocorrer com frequência já que tal iria contra o dever de estabilidade da jurisprudência imposto pelo CPC/15, art. 926³²⁰ e contra a legítima expectativa construída pela sociedade a partir de posicionamento consolidado e dominante dos tribunais. A mudança de orientação tem lugar quando se verificam efetivas mudanças no mundo fenomênico ou se reconhece o erro da orientação anterior.

A fixação de uma nova interpretação implica “a fixação de uma nova norma, distinta da que anteriormente se construía a partir do mesmo texto.”³²¹, o que não pode ser ignorado, notadamente quando, em

³¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247/248.

³¹⁹ A respeito das limitações da Teoria Pura do Direito e sua comparação com o cartesianismo ver: *A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 114, pp. 345-387, jan./jun. 2017.

³²⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

³²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo. 2017. p. 281-320.

regra, novas leis não têm efeito retroativo (CF/88, art. 5º, XXXVI³²²).

Os tribunais julgam casos (o passado) e a mudança da jurisprudência tem vocação de atingir situações ocorridas anteriormente, nas quais aquele que praticou a conduta confiava na orientação firme do tribunal. Neste sentido, assim como há regras de direito intertemporal para mudança legislativa, *“também deve haver regras de direito intertemporal para a hipótese de haver alteração da jurisprudência (...) protegendo a confiança daquele que agiu de acordo com o padrão de conduta que antes existia(...)*³²³”.

A modulação funciona como uma forma de neutralizar pernicioso efeito retroativo da alteração da jurisprudência, prestigiando a segurança jurídica e a legítima confiança do jurisdicionado que pautou sua conduta de acordo com a interpretação da norma criada ou reconstruída pelo Poder Judiciário e que se mantinha estável e dominante.

De acordo com os professores Teresa Alvim e Bruno Dantas são pressupostos para que o tribunal deva modular os efeitos de sua decisão: (a) existência de confiança do jurisdicionado na firme orientação anterior; (b) se tratar de situação em

que o ambiente decisional seja rígido; e (c) a nova orientação prejudicar o particular ou o Estado (Fazenda Pública).³²⁴

Quanto à firme orientação anterior, o que se protege com a modulação é a confiança do jurisdicionado que pautou sua conduta de acordo com entendimento cristalizado pelo Poder Judiciário em torno de determinada questão. É preciso que se trate de orientação consolidada, firme e duradoura, decorrente da posição pacificada, de súmula, ou de precedente vinculante. Isto porque, não há confiança a ser protegida em um ambiente de divergência jurisprudencial.³²⁵

Quanto ao ambiente decisional rígido há que se levar em conta que em certas áreas do direito (p.ex. penal e tributário) os princípios da segurança e previsibilidade recebem tratamento especial, não se recomendando *“que a alteração do direito (=pauta de conduta) se dê por obra do Poder Judiciário.”*³²⁶

Por fim, também é critério para a modulação que a nova posição adotada prejudique o particular ou o Estado (Fazenda-Pública)³²⁷.

Um exemplo ilustrativo da adequada aplicação da modulação de efeitos é o REsp 1721716, relatado pela

³²² Art. 5º, XXXVI. a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

³²³ ALVIM, Teresa Arruda; DA FONTE MONNERAT, Fábio Victor. Op. cit.

³²⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit. p. 430/444.

³²⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DA FONTE MONNERAT, Fábio Victor. Op. cit.

³²⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit. p. 431.

³²⁷ Não há uniformidade na doutrina sobre a modulação em benefício do Estado. A professora Teresa Alvim alterou seu posicionamento contrário a essa hipótese por vislumbrar que o Estado também é destinatário das prestações do sistema jurídico. In. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit. p. 443.

Ministra Nancy Andrigli. Nesse caso, o recurso visava definir se uma mudança na jurisprudência deveria ser aplicada retroativamente a litígios iniciados sob o entendimento anterior, especialmente aqueles já em tramitação no Judiciário. A Corte, ao reconhecer o impacto significativo da alteração jurisprudencial, decidiu que o novo entendimento não se aplicaria retroativamente às demandas já em andamento, ou seja, que haviam sido ajuizadas com base no entendimento anterior.

O caso envolvia um pedido de indenização securitária feito pela viúva de um segurado que cometeu suicídio nos dois primeiros anos de vigência da apólice. Embora o Código Civil preveja expressamente a exclusão da cobertura para suicídio durante esse período (art. 798³²⁸), estabelecendo um requisito objetivo, as Cortes haviam adotado um requisito subjetivo adicional, que exigia a demonstração de premeditação, conforme as Súmulas 61 do STJ³²⁹ e 105 do ST³³⁰. Em 2014, a ação foi julgada procedente em primeira instância, seguindo o entendimento então vigente, uma vez que a premeditação não havia sido comprovada.

A seguradora recorreu e conseguiu reverter a condenação com base na alteração do entendimento do STJ que, a partir do julgamento do REsp 1.335.005/GO em 2015, passou a considerar irrelevante a discussão de premeditação e a aplicar a literalidade do artigo 798 do Código Civil³³¹. Em recurso especial, a viúva alegou que os fatos, o ajuizamento da ação e a sentença eram anteriores à modificação do entendimento da Corte sobre o artigo 798, do Código Civil, defendendo a aplicação da superação prospectiva do precedente.

A Corte acolheu o recurso especial, reconhecendo que a alteração jurisprudencial foi traumática e violou a legítima confiança da parte. Assim, aplicou a modulação de efeitos prospectiva, com fundamentação que traz importantes lições do pragmatismo jurídico americano:

[...] Para essa discussão, o recorrente se utiliza da doutrina da superação prospectiva da jurisprudência (em inglês, denominada de doutrina da prospective overruling) ou, ainda, chamada

³²⁸ “Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.”

³²⁹ “O Seguro de vida cobre suicídio não premeditado”. Súmula cancelada pela Segunda Seção do STJ, na sessão de 25 de abril de 2018

³³⁰ “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de

carência não exime o segurador do pagamento do seguro.” Enunciado aprovado em Sessão Plenária de 13-12-1963.

³³¹ No ano de 2018 a mudança de entendimento foi consolidada na súmula 610 do STJ que dispõe: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada.”

simplesmente de modulação dos efeitos.

Essa teoria é invocada nas hipóteses em que há alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais e afirma que, quando essa superação é motivada pela mudança social, seria recomendável que os efeitos sejam para o futuro apenas, isto é, prospectivos, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto.

Também nos EUA, a eficácia temporal na superação dos precedentes é tradicionalmente retroativa. Por exemplo, no ano de 1910, afirmou Oliver Wendell Holmes, então membro da Suprema Corte norte-americana, que “as decisões judiciais têm tido efeitos retroativos por aproximadamente mil anos”, mencionando que a superação de precedentes anteriores, tradicionalmente, sempre teve efeitos retroativos. (Suprema Corte dos Estados Unidos, *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349, 1910, p. 372, *dissenting opinion*). Foi essa preocupação que fundamentou a formulação da chamada superação prospectiva (ou *prospective overruling*) nos EUA, iniciada por Benjamin Cardozo, em 1932, em um importante

juízo da Suprema Corte daquele país (*Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Company*, 288 U.S. 350, 1932). Em sede doutrinária, Cardozo já havia defendido essa possibilidade. por ocasião de conferências que havia proferido na Universidade de Yale, em 1921, as quais posteriormente foram reunidas em livro intitulado “A natureza do processo” (*The Nature of Judicial Process*). Assim, quando nos EUA, essa doutrina é aplicada, embora julgando um litígio de acordo com um precedente aplicável, a Corte proclama que nas hipóteses futuras modificará seu entendimento e não mais observará o precedente até então vinculante, com o objetivo de não desiludir a confiança de pelo menos uma das partes que confiou na manutenção dos precedentes até então observados.

No primeiro precedente mencionado acima, a Suprema Corte Americana fixou os seguintes critérios para a modulação de efeitos: (i) se a aplicação retroativa serve ou não ao objetivo que deverá ser alcançado com o novo entendimento; (ii) a existência de confiança dos jurisdicionados no antigo entendimento, e (iii) os efeitos na administração da justiça

pela aplicação retroativa do novo entendimento.

(...) Assim, pode-se resumir que a teoria da superação prospectiva tem a finalidade de proteger a confiança dos jurisdicionados nas orientações exaradas por esta Corte.³³²

Avançando para o entendimento da doutrina nacional, a relatora acrescenta:

A fim de se aferir a necessidade de modulação de efeitos, a doutrina destaca que não é qualquer confiança que merece tutela na superação de um entendimento jurisprudencial, mas sim somente a confiança “justificada”, ou seja, confiança qualificada por critérios que façam ver que o precedente racionalmente merecia a credibilidade à época em que os fatos se passaram” (MARINONI, Luis Guilherme. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (et. al.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 2.171-2.172).

Se for verificada a existência de jurisprudência qualificada pela confiança criada nos jurisdicionados, a modulação dos efeitos da alteração de

entendimento somente deve ser permitida se atender ao interesse social, o que é averiguado pela ponderação entre os princípios fundamentais afetados e aos efeitos que podem decorrer da adoção imediata da orientação mais recente. A modulação de efeitos deve, portanto, ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido.

O caso examinado ilustra a evolução da interpretação do direito pelo Poder Judiciário, o reconhecimento da falibilidade das decisões, a necessidade de revisão com base na experiência fática e o sopesamento das consequências da alteração de entendimento consolidado, pontos importantes para o pragmatismo jurídico que serão abordados neste trabalho.

2.Modulação de efeitos e isonomia

O princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º da Constituição, estabelece que todos

³³² REsp n. 1.721.716 - PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 17/12/2019.

devem ser tratados igualmente perante a lei. Isso significa que as decisões judiciais devem aplicar a lei de maneira uniforme em situações semelhantes e no mesmo contexto histórico, e qualquer discrepância na aplicação deve ser racionalmente justificada. Segundo a professora Teresa Alvim, a igualdade prevista na Constituição só se concretiza quando o Judiciário mantém consistência na interpretação da lei, evitando variações indevidas entre casos idênticos³³³.

A modulação de efeitos pode, em nome de valores como segurança e previsibilidade, relativizar o princípio da isonomia. Dessa forma, um tribunal pode optar por manter uma decisão com base em uma interpretação ultrapassada, vez que a isonomia deve ser considerada junto com outros valores e princípios, que podem, em certas circunstâncias, justificar sua mitigação.³³⁴

Como um instrumento excepcional que afasta a regra geral de

retroatividade das decisões para atender a interesses sociais, a modulação deve ocorrer sempre que presentes os requisitos autorizadores, ainda que não tenha havido pedido das partes. Neste sentido, Teresa Alvim e Bruno Dantas defendem que o requerimento da modulação pode ser feito por qualquer interessado e também pelo *amicus curiae*³³⁵, sendo salutar a realização de audiências públicas³³⁶ para que as cortes tenham conhecimento do contexto social dos fatos “do mundo”, “*cuja cognição é imprescindível para interpretação da lei*”³³⁷ à luz do *ethos* dominante.

As audiências públicas oferecem às cortes dados empíricos, apoiados em estudos sérios, que demonstrem o real impacto de determinada decisão. O uso das audiências públicas não implica risco de decisões exclusivamente consequencialistas, uma vez que o consequencialismo, quando fundamentado em fontes seguras e

³³³ ALVIM, Teresa Arruda. *A modulação e a súmula* 343. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/268728/a-modulacao-e-a-sumula-343>. Acesso em 02/06/2024.

³³⁴ Idem.

³³⁵ A importância da figura do *amicus curiae* é brilhantemente retratada em obra dedicada ao estudo da figura jurídica, pelo Professor Cassio Scarpinella Bueno: “O *amicus*, desde suas origens, é um portador de elementos, informações e valores que deverão ser levados em consideração pelo magistrado para melhor compreensão e julgamento da causa e que, ordinariamente, estão fora do alcance do magistrado ou, eventualmente, não fosse pela intervenção do *amicus*, poderiam passar despercebidas.” In. BUENO, Cassio S. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um*

terceiro enigmático, 3ª edição. SRV Editora LTDA, 2012. E-book. ISBN 9788502171633. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633/>. Acesso em: 05 mai. 2024. p. 573/574

³³⁶ Nas palavras dos professores Teresa Alvim e Bruno Dantas, a audiência pública é: “*ferramenta indispensável não apenas para promover a participação da sociedade no processo decisório, mas da própria efetividade de um sistema de precedentes que se pretenda legítimo perante a sociedade(...)*”. In. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit. p. 562

³³⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 157

não sendo a única base da decisão, constitui um elemento jurídico no sentido lato.³³⁸

Assim, a modulação de efeitos não apenas permite a flexibilização da isonomia em prol de outros valores, mas também reflete a influência do pragmatismo jurídico, que enfatiza que as decisões judiciais devem ser guiadas pelos resultados práticos e pelas consequências sociais, não se limitando à aplicação estrita de princípios abstratos como a isonomia.

3. RECENTES INCORPORAÇÕES DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

A discussão sobre a natureza das legislações processuais em diversos ordenamentos jurídicos, se publicista ou privatista³³⁹, se inquisitiva

ou dispositiva³⁴⁰, tem longa tradição. O novo diploma processual reabre espaço para essas discussões. Alguns podem considerá-lo publicista, devido à ampliação dos poderes do juiz na condução do processo. Outros podem vê-lo como privatista, em razão da ampliação das possibilidades de negócios processuais. Pode-se também argumentar que o diploma é voltado às partes, pois privilegia o exame do mérito e maximiza a possibilidade de superação de vícios formais. Além disso, pode-se dizer que ele promove o equilíbrio entre os papéis de advogados e magistrados³⁴¹ e até mesmo que se trata de um “Código dos Advogados”³⁴², dada a exigência de maior justificação por parte dos juízes.

Contudo, mais do que essas classificações, destaca-se a natureza pragmática do CPC/15. O Código foi

³³⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Consequencialismo nas decisões: não se pode ignorar os impactos no mundo dos fatos*. <https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/consequencialismo-decisoes-judiciais>. Acesso em: 02 jun.2024.

³³⁹ Sobre publicismo e privatismo no processo civil e sua evolução à luz das garantias fundamentais do processo, ver: GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008. A respeito da evolução do Estado Liberal para o Estado Social e a correlação deste último ao modelo processual publicístico consultar: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 e id. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 371.

³⁴⁰ Após tratar da equivocidade das denominações, o professor Barbosa Moreira acentua que além de ser ingênuo acreditar que a índole do regime político de um país não

tenha relação com o campo processual, os regimes se intercalam e completam na maioria dos ordenamentos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz. Temas de direito processual: (oitava série)*. Coord. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho; atualizadores Luis Roberto Barroso, Frederico Montedonio – 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2023.p. 83/98.

³⁴¹ NUNES, Dierle. Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados. In: <http://www.conjur.com.br/2014-dez17/dierle-nunes-cpc-promove-equilibrio-entre-juizes-advogados/> acesso em 02 jun.2024

³⁴² Denominação dada pelo Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra/> Acesso em: 02jun. 2024

estruturado com foco nos resultados a serem alcançados, demonstrando um compromisso com o pragmatismo jurídico, conforme evidenciado na exposição de motivos³⁴³. Essa perspectiva é refletida em várias de suas disposições, incluindo a modulação de efeitos das decisões judiciais, que denota uma acentuada preocupação com os seus efeitos práticos.

A adoção mecânica de métodos tradicionais de aplicação das leis (silogismo dedutivo e subsunção)³⁴⁴ tende a desconsiderar os efeitos e consequências das decisões. Essa perspectiva tradicional pode falhar em alinhar o sistema jurídico com os princípios do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o legislador brasileiro demonstrou preocupação pragmática ao introduzir dispositivos legais que enfatizam a importância de considerar as consequências práticas das decisões judiciais e garantir a adequada fundamentação das sentenças, como pode se observar na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e no próprio Código de Processo Civil de 2015.

Na LINDB, o artigo 20 estabelece que "*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*". Seu parágrafo único reforça a necessidade de motivação adequada, demonstrando a importância e pertinência da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, incluindo possíveis alternativas.

Já no Código de Processo Civil de 2015, o artigo 1º determina que "*O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.*" Além disso, o artigo 8º especifica que "*Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*" O artigo 489 ainda define os elementos essenciais

³⁴³ Exposição de motivos do CPC/15: "*Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.*" In: FEDERAL, Senado. Código de processo civil e normas correlatas. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015

³⁴⁴ A expressão "aplicação mecânica" refere-se a crítica que o pragmatismo faz ao silogismo dedutivo e à subsunção que, muito resumidamente, se refere a aplicação de

normas e procedimentos de forma estritamente literal e formal, sem levar em conta os contextos específicos e os possíveis impactos práticos das decisões. Isso pode resultar em injustiças ou em decisões que não atendem adequadamente às necessidades sociais e individuais. A respeito ver: NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito. In Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa, Ideia, 2013, pps. 105 a 117.

da sentença, destacando a necessidade de fundamentação racional e completa.

Essas disposições refletem a absorção das críticas ao formalismo excessivo e demonstram um entendimento pragmático por parte do legislador. A inclusão de dispositivos que exigem a consideração das consequências práticas e a completa fundamentação das decisões alinha-se com os princípios do pragmatismo jurídico, fortalecendo um sistema processual mais eficaz e justo.

Além dessas disposições gerais, há outros aspectos específicos da LINDB que reforçam esse viés pragmático. Os artigos 23 e 24 da LINDB (Lei nº 13.655/2018), conjugados com seu Decreto Regulamentador nº 9.830/2019, abordam a questão da modulação dos efeitos das decisões, sugerindo que a modulação pode ser feita pelo julgador da segunda ação ou do segundo recurso^{345/346}, o que denota uma preocupação prática com a aplicação

das novas interpretações normativas e com a preservação dos interesses legítimos:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as

³⁴⁵ No entanto, essa interpretação pode enfraquecer o sistema de precedentes. Professores como Teresa Alvim e Bruno Dantas argumentam que a modulação só deve ocorrer quando não houver precedente vinculante, para evitar insegurança jurídica. Posicionam-se os autores no sentido de que “*de rigor, só o Tribunal que muda os rumos de sua jurisprudência pode dizer a partir de quando a nova regra deve incidir.*” In. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit. p.440. Também defendem que a modulação deve ser feita exclusivamente pelo órgão formador do precedente e ter seus contornos definidos no mesmo julgado em que a nova tese seja fixada: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições*

processuais estáveis. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019 e JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

³⁴⁶ O professor Hermes Zaneti sustenta que, na ausência de modulação pelo tribunal, o juiz do caso futuro pode decidir sobre a modulação dos efeitos ao aplicar ou não o precedente alterado. In. CABRAL, Antonio do P.; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª edição.: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788530971441. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>. Acesso em: 05/06/2024. p. 1.337

orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também demonstrou compromisso com o pragmatismo jurídico através da Resolução CNJ nº 423/2021, aprovada em 24 de setembro de 2021. Esta resolução alterou a Resolução CNJ nº 75/2009, reformulando os requisitos dos concursos públicos para a magistratura. A nova regulamentação atualizou o conteúdo programático e o formato das questões para os concursos, especialmente no "Anexo VI", que aborda "Noções Gerais de Direito e Formação Humanística", notadamente em sua alínea "G" que inclui nas disciplinas para a prova, entre outros temas a: "1 – *Função judicial e pragmatismo. Antifundacionalismo. Contextualismo. Consequencialismo. Empirismo. Dialética. Utilitarismo. Racionalismo*"³⁴⁷.

O então presidente do CNJ e do STF, Ministro Luiz Fux, enfatizou em seu voto a necessidade de atualizar a preparação dos candidatos, considerando as mudanças sociais e tecnológicas ocorridas. Ele também

sublinhou a importância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, que consagram "o pragmatismo e seus alicerces: contextualismo e consequencialismo."

Demonstrada a presença do pragmatismo jurídico no ordenamento, o próximo passo consiste em explorar alguns dos princípios pragmatistas, tais como antifundacionalismo, contextualismo, consequencialismo, e como se interligam com a modulação de efeitos.

4. INTERSECÇÃO ENTRE O PRAGMATISMO E A MODULAÇÃO

A despeito de suas diversas vertentes, o pragmatismo compartilha um núcleo comum: (i) o antifundacionalismo; (ii) o contextualismo e (iii) o consequencialismo³⁴⁸. Antes de descrever as principais características desses elementos centrais, é importante destacar a postura antidualista do pragmatismo, que integra teoria e prática, incorporando valores e rejeitando a separação rígida entre ciência e moral³⁴⁹.

Outro ponto fundamental é que o método pragmático rejeita a neutralidade científica. Na verdade, o método reconhece a impossibilidade

³⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 423/2021, de 05 de outubro de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original17145020211006615dd98a923f0.pdf>. Acesso em 27.06.24

³⁴⁸ In. GABRIEL, Anderson de Paiva. Op. cit. p. 102.

³⁴⁹ REGO, George Browne. *O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo*. In Revista Duc in Altum Caderno de Direito, vol. no 1, jul-dez. 2009, pps. 21 a 57.

de se alcançar uma neutralidade científica completa, considerando questões morais, políticas e econômicas. Neste sentido, busca superar dualismos artificiais que criam abismos entre teoria e prática, contextualizando o estudo para uma compreensão integrada da vida social. Além disso, não busca ser definitivo, mas sim dinâmico e aberto, permitindo o aperfeiçoamento e refinamento contínuos³⁵⁰.

Para o pragmatismo, a interpretação e aplicação do direito não são momentos dissociados, uma vez que “a interpretação dá-se pelo e para o problema³⁵¹”, o que significa que um novo problema pode ampliar o alcance do texto expresso na lei, resultando na criação de uma nova regra. Isso reforça a ideia de que o direito é dinâmico e sua aplicação tende a ser uma resposta adaptativa ao contexto em que o problema se apresenta.

O pragmatismo não adota dogmas ou doutrinas fixas, mas um método investigativo que, para não se tornar utópico, inútil ou estéril, não desconsidera a realidade. Isso implica que o direito deve ser visto como um sistema dinâmico, aberto às influências da realidade e à evolução contínua da experiência humana³⁵².

Neste sentido, o antifundacionalismo do pragmatismo se caracteriza por rejeitar bases fixas para o conhecimento, aceitando que todas as interpretações e decisões são potencialmente falíveis e devem ser testadas ao longo do tempo. O conhecimento se desenvolve por meio do reconhecimento e correção de erros, refletindo a evolução histórica da ciência, que constantemente revisa e melhora seus métodos e teorias. Assim, todas as instituições e decisões sociais estão em constante processo de aprimoramento³⁵³.

O contextualismo também é uma característica central do pragmatismo. Na perspectiva pragmática, a compreensão humana está sempre situada em um contexto específico, influenciado por variáveis sociais, políticas e econômicas. Portanto, a análise de qualquer fenômeno deve ser feita considerando seu contexto. No pragmatismo, nossos entendimentos e interpretações estão inseparavelmente ligados às nossas práticas cotidianas e aos contextos comunicativos em que estamos inseridos. Isso implica que nada pode ser completamente compreendido fora de seu contexto; as interpretações já são formuladas dentro de um contexto específico, fundamental tanto para a

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ CAMARGO, Margarida Lacombe. *O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. In: INENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009. p. 364

³⁵² POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão

Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.

³⁵³ ARAUJO, C. von O. de; KITNER, C.; DI SARNO, M. V. B. *O FALIBILISMO PRAGMÁTICO E A TESE FIRMADA NO RE N. 1.075.412*. *Duc In Altum - Cadernos de Direito*, [S. l.], v. 16, n. 38, 2024. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2940>. Acesso em: 9 jun. 2024.

vida humana quanto para análise de qualquer fenômeno, inclusive no campo jurídico³⁵⁴.

Uma das características marcantes do pragmatismo é o consequencialismo, que sustenta que o conhecimento acompanha o dinamismo da vida. Neste sentido, o conhecimento está voltado para o futuro, sendo pautado pelas consequências da ação. A melhor conduta é aquela que considera os resultados ou possíveis efeitos de determinados comportamentos: “*Se eu agir assim, ocorrerá isso; se agir de outra maneira, os resultados serão outros*”³⁵⁵. Assim, para os pragmatistas, são as consequências previsíveis dentro de um contexto específico que orientam a tomada de decisão e não apenas o texto legal preexistente, sendo, portanto, essencial que o pragmatista esteja sempre atualizado sobre a operacionalidade prática da decisão e seus potenciais efeitos, sem ficar restrito a princípios e valores que possam ter influenciado o legislador na construção do texto de forma abstrato.

Em síntese, para o pragmatismo a aplicação do direito não se baseia exclusivamente em teorias ou textos legais abstratos previamente disponíveis, mas sim na análise do problema apresentado dentro de um contexto específico. É necessário ponderar que a solução (decisão) deve considerar as implicações concretas que provocará no sistema jurídico como um todo. Para o pragmatismo, o

consequencialismo não se compromete com os objetivos predefinidos pelo legislador, mas sim com os efeitos práticos da aplicação³⁵⁶. Dessa forma, o direito não é apenas dado, mas construído diante do conflito apresentado, destacando-se o papel dos tribunais neste processo.

Neste contexto, a professora Margarida Lacombe Camargo aborda uma crítica comum ao pragmatismo jurídico: a alegação de que ele causa insegurança social devido à sua disposição para não se ater estritamente às normas estabelecidas pelo legislador legítimo e competente. Em resposta a essa crítica, ela apresenta a visão de Richard Posner, renomado jurista norte-americano e uma das principais referências do pragmatismo jurídico contemporâneo. Posner argumenta que o juiz pragmatista, ao considerar as consequências práticas de suas decisões, busca não desapontar a população, que espera garantia e previsibilidade em suas ações conforme a lei. Isso faz com que o juiz leve em conta as normas e os precedentes judiciais, consciente da grande expectativa da sociedade em relação às suas decisões. Caso o juiz não ofereça essa segurança, ele prejudicará a sociedade, cuja credibilidade depende do respeito ao direito estabelecido. Segundo Posner, é por razões pragmáticas, mais do que por valores intrínsecos, que o juiz pragmatista segue o direito vigente.³⁵⁷

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ CAMARGO, Margarida Lacombe. Op. cit. p. 368

³⁵⁶ Idem. p. 367

³⁵⁷ Idem. p. 369

Posner não endossa a ideia de desobediência indiscriminada aos precedentes judiciais. Na verdade, ele ressalta que os juízes pragmáticos não estão obrigados a seguir cegamente precedentes obsoletos, ou seja, aqueles que não estejam alinhados com a realidade atual. Para ele, o juiz pragmático busca encontrar a melhor solução que atenda às necessidades presentes e futuras, considerando a jurisprudência como um depósito de conhecimento e sabedoria valiosos que não deve ser ignorado. No entanto, isso não significa que o juiz deva se curvar automaticamente a qualquer precedente sem considerar o contexto e os efeitos futuros da decisão. Argumenta que desconsiderar abrupta ou aleatoriamente os precedentes pode desestabilizar o direito e ter consequências indesejáveis. Portanto, os juízes pragmáticos devem sempre considerar os precedentes como uma fonte importante de informações sobre a origem e o propósito das normas, auxiliando na determinação de sua aplicação e alcance. Os juízes pragmáticos veem a jurisprudência como uma ferramenta útil na busca pelo melhor resultado em um caso específico, ao mesmo tempo em que reconhecem a importância de não ignorar o impacto e a influência dos precedentes na sociedade e no sistema jurídico³⁵⁸.

No cenário jurídico contemporâneo, a modulação de efeitos em precedentes

jurisprudenciais emerge como uma estratégia essencial para equilibrar a estabilidade e a adaptação do direito às necessidades sociais em constante mutação. Sob a perspectiva do pragmatismo jurídico, essa prática assume uma dimensão ainda mais significativa, pois permite que o judiciário opere com flexibilidade, sem comprometer a segurança jurídica.

A modulação de efeitos, portanto, não é apenas uma técnica jurídica, mas uma expressão do antifundacionalismo inerente ao pragmatismo jurídico. Ela reconhece que a verdade jurídica não é imutável, mas sim construída e reconstruída a partir das experiências e necessidades sociais. Isso não implica que o direito se torne arbitrário ou incerto. Pelo contrário, a modulação de efeitos, quando adequadamente utilizada, busca harmonizar a previsibilidade do direito.

5. RISCOS DA IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DE CONCEITOS DO PRAGMATISMO À DECISÃO JUDICIAL.

A doutrina, com razão, tem feito severas críticas ao uso da modulação a partir de argumentos exclusivamente consequentialistas, especialmente quando não se vislumbra na decisão a demonstração de quais consequências realmente viriam a ocorrer, ou quando os argumentos não são reconduzidos ao plano jurídico³⁵⁹.

³⁵⁸ POSNER, Richard. Op. cit.

³⁵⁹ DUTRA, Alexandre Pereira. *Argumentação consequentialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação*. Revista de Doutrina

TRF4. Disponível em:

<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?h>
<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao>

Partindo da premissa de que o direito é uma “*ordem normativa praticamente coerente*”, Neil McCormick, ao tratar da argumentação fundada em consequências, defende que, em casos difíceis, nos quais existam interpretações opostas e viáveis, a racionalidade da escolha deve ser verificada a partir da resposta juridicamente aceitável³⁶⁰. Isso significa que a escolha deve ser examinada pelas suas consequências em relação ao direito, de modo a não contradizer regras jurídicas validamente estabelecidas. O filósofo escocês também sustenta que as consequências jurídicas devem ser testadas com os valores considerados mais relevantes para o ramo do direito em questão, uma vez que diferentes ramos do direito se concentram em valores ou conjuntos de valores distintos.³⁶¹

Segundo a professora Teresa Alvim, o uso de argumentos consequencialistas deve ser fundamentado em dados empíricos e estudos confiáveis, evitando que decisões sejam tomadas com base na intuição ou subjetivismo de quem decide. Dessa forma, é possível estimar o impacto das decisões e garantir que essas estimativas

legitimamente influenciem o conteúdo da decisão.³⁶² Além disso, a processualista ressalta que as alterações do ordenamento introduzidas pela LINDB, que vieram com o objetivo de gerar mais segurança jurídica, não podem fomentar mais subjetivismo. Portanto, a possibilidade de utilizar argumentos consequencialistas nas decisões deve ser encarada como um dever adicional para o juiz: “o de descrever, minuciosamente, o impacto no mundo dos fatos, da decisão tomada.”³⁶³

Examinando o tema, o professor José Vicente Santos de Mendonça acrescenta a LIND impõe não apenas um dever expresso de fundamentação, mas também que as consequências levadas em conta na decisão sejam: (i) admissíveis pela Constituição e exequíveis; (ii) certas e prováveis; (iii) imediatamente futuras, ou seja, não remotas; (iv) com base lógica ou empírica de evidênciação³⁶⁴.

O professor Humberto Ávila propõe uma análise consequencialista guiada por uma série de critérios formulados na forma de indagações:

Consequências com relação ao quê – às regras (quais?), aos princípios (quais?) ou ao conjunto de regras e de princípios (em que medida e

064/Alexandre_Dutra.html. Acesso em: 09.06.2024

³⁶⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.137 e 139.

³⁶¹ Idem. p. 153.

³⁶² Arruda Alvim, Teresa. *Argumentos consequencialistas nas decisões judiciais – Possibilidades, limites e riscos*. Revista de

Processo. vol. 349. ano 49. p. 759-783. São Paulo: Ed. RT, março 2024.

³⁶³ ARRUDA ALVIM, Teresa. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 81.

³⁶⁴ DE MENDONÇA, José Vicente Santos. *Art. 21 da LINDB-Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, p. 43-61, 2018.

*com base em qual perspectiva)? Consequências medidas de que modo? Consequências em que sentido – fático, normativo, valorativo? Consequências em relação a qual período – ontem, hoje, amanhã? Consequências para quem – para o destinatário, para o Estado, para a sociedade?*³⁶⁵

Flavianne Bitencourt, professora da faculdade de direito da Universidade Federal da Paraíba, em um estudo sobre um método para investigação das consequências³⁶⁶, destaca que Posner enfatiza a importância de não confundir o pragmatismo com doutrinas filosóficas baseadas no consequencialismo, como o utilitarismo. No utilitarismo, a ação é avaliada pelo valor de suas consequências úteis, enquanto para o pragmatismo, a consequência útil é apenas um dos vários aspectos considerados.

Embora o consequencialismo seja uma característica do pragmatismo, a doutrina pragmática se opõe firmemente ao intuicionismo e ao subjetivismo frequentemente associados ao consequencialismo retórico adotado em algumas decisões judiciais. Joachim Lege, ao estudar as críticas de Peirce ao modelo cartesiano

de Descartes, ressalta que Peirce rejeita o "milagre da intuição", que pressupõe o conhecimento como uma iluminação repentina e inexplicável. Além disso, Peirce critica a "inatacabilidade das intuições", onde estas são consideradas como infalíveis e não necessitam de validação adicional. Essas críticas evidenciam a fragilidade do modelo cartesiano, que torna o processo de conhecimento subjetivo e arbitrário, sem um método claro para alcançar a intuição e sem espaço para validação ou questionamento.³⁶⁷

O cartesianismo, filosofia desenvolvida por René Descartes, baseia-se no método da dúvida sistemática e na busca pela certeza através de um raciocínio dedutivo rigoroso. Descartes sustentava que a razão e a lógica, aplicadas de forma metódica, poderiam conduzir ao conhecimento verdadeiro. Ele propôs que a intuição e a dedução são as bases do conhecimento científico, com a intuição sendo uma forma imediata de apreensão da verdade. No entanto, esse enfoque no conhecimento inato e a crença na clareza e distinção das ideias intuitivas levaram a uma perspectiva que, segundo Peirce, ignora a importância da experiência e da verificação empírica, resultando em um modelo de conhecimento excessivamente

³⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 578-579

³⁶⁶ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser. In Um método para a investigação das consequências. A lógica pragmática da*

abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. Ed. Ideia, João Pessoa, 2013, p. 118-134

³⁶⁷ LEGE, Joachim. *Pragmatismo y Ciencia del Derecho*. Tradução de Héctor Fix Fierro. Boletim Mexicano de Derecho Comparado. Universidad Autónoma de México. Vol. 25, no 73, pps. 63-78, ene/abr 1992.

introspectivo e propenso ao subjetivismo.³⁶⁸

Neste sentido, a convergência entre a crítica da processualista Teresa Alvim à utilização exclusiva de argumentos consequencialistas e a análise de Peirce sobre a intuição reside na preocupação compartilhada com a fundamentação sólida das decisões judiciais. Enquanto a processualista destaca a importância de fundamentar os argumentos em dados empíricos para evitar decisões baseadas na intuição ou subjetivismo, Peirce critica a intuição como um método subjetivo e arbitrário para alcançar o conhecimento. Ambos os pontos convergem para a necessidade de uma abordagem mais objetiva e fundamentada na tomada de decisão, seja através de dados empíricos e estudos confiáveis ou por meio de um processo mais dinâmico e aberto à crítica e experiência.

Com base nas ideias de Posner³⁶⁹, a certeza subjetiva não é um critério confiável de verdade. Uma pessoa sábia, ao seguir o método científico, deve questionar suas convicções firmes, pois estas podem ser falíveis. Em uma sociedade pluralista, as posições individuais do juiz raramente serão universalmente compartilhadas, o que torna arriscado basear decisões apenas nessas convicções. Portanto, um juiz prudente buscaria confrontar suas opiniões com as de uma comunidade mais ampla.

Nesse contexto, a interdisciplinaridade é fundamental, pois permite ao juiz considerar suas opiniões pessoais como parte de uma investigação mais ampla, mantendo sempre a dúvida sobre suas próprias convicções.

Na visão de Posner, a abordagem pragmática do direito busca conciliar a segurança jurídica com a justiça substancial em casos individuais, reconhecendo o dilema dos juízes em sacrificar a justiça de um caso específico em prol da coerência geral do direito. Para resolver esse conflito, é necessário encontrar um equilíbrio entre a continuidade e a criatividade no processo judicial, mantendo a estabilidade do direito ao mesmo tempo em que se adapta às necessidades em constante evolução da sociedade. Assim, destaca a importância de reconhecer a validade desses dois valores como uma tarefa pragmática, valorizando a observância dos precedentes como forma de garantir a coerência jurídica, embora ressalte a necessidade de considerar as mudanças sociais. Os juízes, ao interpretar o direito, devem consultar a legislação e a jurisprudência para garantir a segurança jurídica, além de buscar soluções socialmente aceitáveis³⁷⁰.

Posner ainda argumenta que os juízes, apesar de terem a capacidade de criar o direito, não o fazem em uma "tábula rasa"³⁷¹. Pelo contrário, eles devem consultar a legislação e a

³⁶⁸ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *A decisão judicial analisada sob o enfoque da crítica de Charles Sanders Peirce à tradição do cartesianismo*. Novos Estudos Jurídicos, v. 17, n. 3, p. 438-455, 2012.

³⁶⁹ POSNER, Richard. Op. cit.

³⁷⁰ Idem.

³⁷¹ Idem, p. 393.

jurisprudência ao tomar decisões, reconhecendo a importância dessas fontes como base para suas interpretações e para garantir a segurança jurídica.

Neste sentido, não é adequado creditar ao pragmatismo jurídico o desprezo à lei ou aos precedentes. Os critérios interpretativos adotados pelo pragmatismo são centrados na análise dos fatos. Na verdade, o pragmatismo combina a análise factual com a interpretação da Constituição, das leis, da jurisprudência e das regulamentações para chegar a possíveis soluções. O objetivo é sempre selecionar a melhor solução tanto para o caso imediato quanto para o futuro.

Faz parte dos critérios interpretativos adotados pelo pragmatismo considerar o impacto futuro. Isso não implica um completo desapego ao conhecimento passado. Assim, é possível dizer que o pragmatismo também valoriza os precedentes para manter a estabilidade do direito, a menos que esses precedentes não estejam mais alinhados com a realidade social, situação em que é apropriada a superação de precedente³⁷² e possível modulação de efeitos.

O pragmatismo trabalha com a interdisciplinaridade, ou seja, com abertura para que outras áreas do conhecimento possam informar a

tomada de decisão. O direito também não é alheio a outras áreas do conhecimento, mas possui uma linguagem própria e de limitações, inclusive temporais, para apresentar uma resposta coerente e universalizável. Conforme enfatiza Teresa Alvim:

*[...]os limites que devem ser considerados para o uso destes argumentos, 'importados' de outros sistemas (como o econômico ou o político), são o de que sejam absorvíveis pelo universo do direito" e que as "consequências – projetadas no futuro – sejam avaliadas a partir de estudos, estatísticas, laudos, manifestações em audiências públicas e de amici curiae.*³⁷³

A modulação de efeitos é um instituto jurídico cercado de conceitos do pragmatismo, tais como a interdisciplinaridade, o antifundacionalismo e o consequencialismo. A grande questão é assegurar que esses conceitos não sejam banalizados, evitando que sirvam de porta de entrada para subjetivismos na tomada de decisão, desprovidos de dados empíricos fundamentais, valorizados pelo verdadeiro pragmatismo.

³⁷² Sobre as condições, pressupostos e requisitos da superação de precedentes ver: PIREs, Michel Hernane Noronha *A superação dos precedentes vinculantes: como se justifica a revogação de um precedente?* Curitiba, PR: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

³⁷³ Arruda Alvim, Teresa. *Argumentos consequencialistas nas decisões judiciais – Possibilidades, limites e riscos*. Revista de Processo. vol. 349. ano 49. p. 759-783. São Paulo: Ed. RT, março 2024.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da crescente incorporação de princípios pragmatistas no direito brasileiro, evidencia-se um movimento significativo em direção à adaptação e modernização do sistema jurídico nacional. A modulação de efeitos em precedentes jurisprudenciais, sob a ótica do pragmatismo jurídico, emerge como uma ferramenta essencial para equilibrar a estabilidade e a adaptabilidade do direito. Esta prática reconhece que a verdade jurídica é construída e reconstruída a partir das experiências e necessidades sociais, mantendo, no entanto, a previsibilidade necessária para a segurança jurídica. A modulação de efeitos, portanto, reflete o antifundacionalismo pragmatista, que rejeita bases fixas para o conhecimento e aceita a falibilidade e evolução contínua das interpretações e decisões jurídicas, reconhecendo que não apenas a legislação, mas também decisões judiciais criam e modificam pautas de conduta.

No entanto, a importação acrítica de conceitos do pragmatismo para a decisão judicial apresenta riscos significativos. Argumentos exclusivamente consequencialistas, sem base empírica sólida, podem resultar em decisões intuitivas e subjetivas, comprometendo a racionalidade e a coerência do direito. A crítica de Peirce ao intuicionismo e a necessidade de fundamentação empírica das decisões, como defendido por Teresa Alvim, ressaltam a importância de evitar o subjetivismo

na tomada de decisão judicial. A abordagem pragmatista exige que as consequências das decisões sejam testadas com base em dados empíricos e estudos confiáveis, garantindo que as escolhas sejam juridicamente aceitáveis e coerentes com os valores do ramo do direito em questão.

Por fim, o pragmatismo jurídico, conforme defendido por Richard Posner, não despreza a legislação ou os precedentes, mas busca um equilíbrio entre a continuidade e a criatividade no processo judicial. A interdisciplinaridade e a consulta à legislação e à jurisprudência são essenciais para garantir a segurança jurídica e a justiça substancial. A modulação de efeitos deve ser vista como uma prática que harmoniza a previsibilidade do direito com a necessidade de adaptação às mudanças sociais, mantendo o direito aberto à influência da realidade e à evolução contínua da experiência humana.

Em conclusão, a incorporação do pragmatismo jurídico no Brasil destaca a importância de flexibilidade e dinamismo na interpretação e aplicação das normas. A modulação de efeitos é uma expressão concreta desse pragmatismo, permitindo que o direito evolua com a sociedade e responda adequadamente às suas demandas. No entanto, é crucial que essa flexibilidade seja implementada com rigor metodológico, fundamentada em dados empíricos e análises sólidas, para evitar decisões arbitrárias. O equilíbrio entre tradição e inovação, continuidade e mudança, é a

chave para um sistema jurídico que seja tanto estável quanto responsivo às transformações sociais, refletindo verdadeiro espírito do pragmatismo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Argumentos consequencialistas nas decisões judiciais – Possibilidades, limites e riscos*. Revista de Processo, São Paulo, v. 49, n. 349, p. 759-783, mar. 2024.

_____. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

_____. *A modulação e a súmula 343*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/268728/a-modulacao-e-a-sumula-343>. Acesso em: 02 jun. 2024.

_____. *Consequencialismo nas decisões: não se pode ignorar os impactos no mundo dos fatos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/consequencialismo-decisoes-judiciais>. Acesso em: 02 jun. 2024.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ALVIM, Teresa Arruda; DA FONTE MONNERAT, Fábio Victor. *Modulação: momento adequado, competência, critérios à luz de*

exemplos da jurisprudência. Suprema-Revista de Estudos Constitucionais, v. 1, n. 1, p. 181-213, 2021.

ARAUJO, C. von O. de.; KITNER, C.; DI SARNO, M. V. B. *O FALIBILISMO PRAGMÁTICO E A TESE FIRMADA NO RE N. 1.075.412*. Duc In Altum - Cadernos de Direito, [S. l.], v. 16, n. 38, 2024. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2940>. Acesso em: 09 jun. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “segurança jurídica”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 47, n. 330, p. 239-259, ago. 2022.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BATISTA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

BUENO, Cassio S. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático*. 3ª edição. SRV Editora LTDA, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabibliotecacom.br/#/books/9788502171633/>. Acesso em: 09 jun. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas:*

- entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CABRAL, Antonio do P.; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª edição. Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabibliotec a.com.br/#/books/9788530971441/>. Acesso em: 09 jun. 2024.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo, 2017, p. 281-320.
- CAMARGO, Margarida Lacombe. *O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. In: INENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009.
- DE ARAUJO, Clarice von Oertzen; PONTES, Janaina Martins. *O pragmatismo jurídico e a covid-19: Reflexões sobre a metodologia das decisões judiciais Legal pragmatism and covid-19: Reflections on the methodology of judicial decisions*. Brazilian Journal of Development, v. 7, n. 12, p. 114491-114612, 2021.
- DE ARAUJO, Clarice von Oertzen; SILVA, Filipe Nesi Tossi. *O Código de Processo Civil de 2015 e o conceito de fundamentação das decisões judiciais: pragmatismo, evolução de conceitos e mutação constitucional*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 18, n. 2 (2023). Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1590>. Acesso em 26.jun.24
- DE MENDONÇA, José Vicente Santos. *Art. 21 da LINDB-Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, p. 43-61, 2018
- DUTRA, Alexandre Pereira. *Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação*. Revista de Doutrina TRF4. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html. Acesso em: 09 jun. 2024.
- FEDERAL, Senado. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- GABRIEL, Anderson de Paiva. *O Pragmatismo como Paradigma Jurisdicional Contemporâneo*. In: Temas de Análise Econômica do Direito Processual. Coordenação Luiz Fux, Rodrigo Fux, Rafael Gaia Pepe. 1ª edição. Rio de Janeiro, Mundo Jurídico, 2019.
- GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.
- JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto

- Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- LEGE, Joachim. *Pragmatismo y Ciencia del Derecho*. Boletim Mexicano de Derecho Comparado. Universidad Autónoma de México. Vol. 25, no 73, pps. 63-78, ene/abr 1992.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: (oitava série)*. Coord. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho; atualizadores Luis Roberto Barroso, Frederico Montedonio – 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2023.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *A proposta do raciocínio abduativo para o Direito. In Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito*. João Pessoa, Ideia, 2013.
- _____. *Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser. In Um método para a investigação das consequências. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito*. Ed. Ideia, João Pessoa, 2013.
- NUNES, Dierle. *Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados*. In: <http://www.conjur.com.br/2014-dez17/dierle-nunes-cpc-promove-equilibrio-entre-juizes-advogados/>. Acesso em: 02 jun. 2024.
- PIRES, Michel Hernane Noronha A. *superação dos precedentes vinculantes: como se justifica a revogação de um precedente?* Curitiba, PR: Editora Direito Contemporâneo, 2023.
- POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- REGO, George Browne. *O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo*. In Revista Duc in Altum Caderno de Direito, vol. no 1, jul-dez. 2009, pps. 21 a 57.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SOARES, Marcos Antônio Striquer. *A decisão judicial analisada sob o enfoque da crítica de Charles Sanders Peirce à tradição do cartesianismo*. Novos Estudos Jurídicos, v. 17, n. 3, p. 438-455, 2012.
- _____. *A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 114, pp. 345-387, jan./jun. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e.
Precedente judicial como fonte

do direito. Rio de Janeiro: Editora
GZ 2.ed., 2021.