



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Vítor Fernandes da Silva Gonçalves

DOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS DO
***RESPONSIVE JUDGE*:**
ENTRE OS LIMITES DA JURIDICIDADE E DA
RESPONSABILIDADE JURISDICIONAL

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Mestrado
em ciências jurídico-filosóficas, orientada pela Professora Doutora
Ana Margarida Simões Gaudêncio.

Outubro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Vítor Fernandes da Silva Gonçalves

**Dos problemas metodológicos do *responsive judge*:
entre os limites da juridicidade e da responsabilidade jurisdicional**

*On the methodological problems of the responsive judge:
between the limits of “legality” and jurisdictional responsibility*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em ciências jurídico-filosóficas.

Orientadora: Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio.

Outubro de 2021

Agradecimentos

À minha mãe, Marilúcia, quem sempre me apoiou incondicionalmente, em todas as fases da minha vida. Ao meu padrasto, Djalma, a quem respeito e devo agradecimentos não como enteado e sim como filho, ciente de que foi sempre um pai.

À Fernanda, que aceitou ser minha companheira de vida e não negou esforços para me acompanhar em mais um dos meus sonhos, o de estudar na Universidade de Coimbra. Certamente, graças a ela é que foi possível a conclusão deste Mestrado.

Ao 4º Ofício Criminal de Campinas/SP: ao Juiz de Direito, Dr. Caio Ventosa Chaves, quem me incentivou nos meus planos profissionais e acadêmicos; aos meus colegas e amigos, Leopoldo, Cibele, Luciana, Lorena, Fábio, Daniele, Márcia, Keila, Flávia, Jackeline e Gabriela, que me ajudaram e proporcionaram verdadeiro alívio no árduo caminho de trabalho e estudo.

Aos meus amigos Alexandre Marchioni, André Câmara, Daniel Starke, Matheus Avelino e Rodrigo Dominiquini, que me proporcionaram desde discussões e debates acadêmicos até momentos divertidos e de profunda amizade.

A todos os outros familiares e amigos que, de alguma forma, colaboraram com este sonho.

Resumo

A presente dissertação tem como principal objetivo identificar os problemas metodológicos insurgidos de uma determinada prática jurídica em possível ascensão, ora denominada “*responsive judge*”, que eventualmente pode servir de instrumento para reacender na prática cotidiana da construção da decisão judicial os problemas fundamentais do direito e da sua respectiva realização. Através de uma reconstrução crítica do possível conceito de “*responsive judge*”, por meio das suas principais e multifacetadas acepções – analisadas neste trabalho sob três designações, a saber: 1) um caminho ao modelo aretaico, representado por Mateusz Stępień; 2) uma definição universal, proposta por Tânia Sourdin e Archie Zariski; e 3) uma terceira via, representada por Philippe Nonet e Philip Selznick –, bem como das suas principais influências e referências teóricas, a exemplo da “ética das virtudes”, da “cooperação” e da “empatia”, busca-se investigar as principais problemáticas invocadas quando da sua possível realização. Feito isso, as críticas até então realizadas são testadas por meio de experiências jurídicas diversas e concretas, com o intuito de demonstrar que, de fato, os problemas fundamentais investigados nesta oportunidade podem ser vistos na rotina judiciária e discutidos com a profundidade que lhes é devida. A metodologia adotada foi, substancialmente, a revisão bibliográfica, sem prejuízo das reflexões críticas necessárias à resposta dos questionamentos postos no decorrer deste trabalho.

Palavras-chave: *responsive judge*; metodologia jurídica; decisão judicial; ética das virtudes; cooperação; empatia.

Abstract

The main objective of this dissertation is to identify the methodological problems arising from a certain legal practice on the rise, now called "responsive judge", which may eventually serve as an instrument to rekindle the fundamental problems of law and of its respective realization. Through a critical reconstruction of the possible concept of "responsive judge", through its main and multifaceted meanings – analyzed in this work under three designations, namely: 1) a path to the Aretaic model, represented by Mateusz Stepień; 2) a universal definition, proposed by Tânia Sourdin and Archie Zariski; and 3) a third way, represented by Philippe Nonet and Philip Selznick -, as well as their main influences and theoretical references, such as the "ethics of virtues", "cooperation" and "empathy", the aim is to investigate the main issues invoked when its possible realization. Once this is done, the criticisms made so far are tested through diverse and concrete legal experiences, in order to demonstrate that, in fact, the fundamental problems investigated in this opportunity can be seen in the judicial routine and discussed with the depth that is due to them. The methodology adopted was, substantially, the bibliographic review, without prejudice to the critical reflections necessary to answer the questions raised during this work.

Keywords: responsive judge; legal methodology; judicial decision; virtue ethics; cooperation; empathy.

Índice

INTRODUÇÃO	p.08
-------------------------	------

PARTE I: APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

1. A pergunta-problema desta dissertação.....	p.10
2. Conceito(s) do <i>responsive judge</i> e as suas problemáticas (jurídico-metodológicas).....	p.11
2.1. Um caminho ao modelo “aretaico”.....	p.12
2.2. Uma definição universal.....	p.13
2.3. Uma terceira via.....	p.16
2.4. Reflexões críticas.....	p.17
3. Itinerário.....	p.20

PARTE II: SOBRE AS INFLUÊNCIAS DO *RESPONSIVE JUDGE*

1. Sobre a Ética da(s) virtude(s).....	p.23
2. Sobre a “cooperação”, o juízo cooperativo ou colaborativo.....	p.31
3. Sobre a “complexidade” da cooperação.....	p.34
4. Sobre “empatia”.....	p.38
5. Sobre a <i>restorative justice</i>	p.44
6. Sobre a metodologia e a teoria do direito.....	p.45

PARTE III: RECONSTRUÇÃO CRÍTICA DO CONCEITO DE *RESPONSIVE JUDGE* E OS PROBLEMAS JURÍDICO-METODOLÓGICOS

1. Reconstrução crítica do conceito de <i>responsive judge</i>	p.54
2. Os problemas jurídico-metodológicos.....	p.57
2.1. A definição e o limite da juridicidade.....	p.57
2.2. As fontes do direito.....	p.63
2.3. Possibilidade de decisões <i>contra legem, extra e ultra petita</i> (?).....	p.66
2.4. A (im)parcialidade do julgador.....	p.70
3. Metodica responsiva.....	p.71

4. Reflexões críticas.....	p.77
----------------------------	------

PARTE IV: EXPERIÊNCIAS METODOLÓGICAS

1. Tribunais indígenas ou aborígenes.....	p.79
2. Métodos alternativos de solução de conflitos.....	p.81
2.1. Mediação ou conciliação.....	p.81
2.2. Processos circulares.....	p.84
3. <i>Responsiveness</i> ou <i>responsive</i> nos direitos processuais brasileiro e português (?).....	p.86
3.1. Código de Processo Civil brasileiro.....	p.86
3.2. Códigos de Processo Penal brasileiro e português.....	p.88
4. Reflexões críticas.....	p.94

CONCLUSÕES.....	p.99
------------------------	-------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p.98
--	-------------

INTRODUÇÃO

A presente dissertação surgiu da leitura e da investigação de práticas e pensamentos de uma pretendida “atualização” do direito e sua realização, desde sua fundamentação teórica e filosófica, a exemplo do(s) “pós-humanismo(s)”, até as questões propriamente metodológicas, a exemplo da utilização de uma “inteligência artificial” para construção da decisão judicial. Em quaisquer desses temas, os quais foram objeto de pesquisa durante as unidades curriculares deste 2º Ciclo de estudos em direito, a percepção foi de que a prática judiciária, o dia a dia do expediente forense, acaba muitas vezes por ignorar ou ao menos desprezar os problemas fundamentais do direito e da metodologia jurídica em nome de uma necessária prestação jurisdicional pela qual o Poder Judiciário, na figura dos juízes – em sentido amplo – é institucionalmente responsável. E foi justamente esta percepção que motivou a busca por um movimento teórico que possa, ainda que de forma não intencional, reacender discussões essenciais na base da realização do direito, na prestação jurisdicional.

Desse modo, o *responsive judge*, tratado por autores que o conectam de alguma forma à referida “atualização” do direito, como Tânia Sourdin e Archie Zariski, apresenta-se como um movimento potencialmente apto a reacender os aludidos problemas perante os julgadores, enquanto pessoas singularmente consideradas e incumbidas pelo poder estatal de realizar o direito quando provocados a fazê-lo. Não se trata de uma escola metodológica, tampouco uma determinada teoria do direito, aproximando-se de uma pretensiosa figura de juiz que traz consigo implicações fundamentais ao próprio direito.

E o que começou com um projeto relacionado aos “problemas jurídico-metodológicos do *responsive judge*”, mostrou-se não mais do que uma introdução à problemática ora lançada. E isso porque, como será visto ao longo desta dissertação, o campo de pesquisa é extremamente fértil e possibilita o desenvolvimento de vários temas aqui tratados em suas particularidades, dado que o recorte temático ora pertinente, infelizmente, não possibilita seu esgotamento, o que, por outro lado, é visto com otimismo para a continuação desta pesquisa.

Dito isso, a fim de possibilitar um estudo sistematizado do *responsive judge*, este trabalho foi dividido em quatro partes fundamentais, além desta introdução e da conclusão. A “Parte I” é destinada a introduzir a problemática posta nesta dissertação e demonstrar as diversas definições que pode assumir o *responsive judge*, sem prejuízo de prévias críticas que lhe podem ser feitas de imediato. Já na “Parte II” são investigadas as principais influências que norteiam o *responsive judge*, com o intuito de uma posterior reconstrução crítica do seu conceito, o que será levado a efeito na “Parte III”, que conduzirá, ainda nessa seção, a investigação dos problemas jurídico-metodológicos ora insurgidos em face de uma intencional “responsabilidade jurisdicional” assumida pelo julgador. Por fim, restará à “Parte IV” experimentar as críticas feitas nas seções anteriores, utilizando para tanto institutos jurídicos diversos, sobretudo brasileiros e portugueses, no âmbito do “acordo de não persecução penal”, no primeiro caso, e do arquivamento em caso de dispensa de pena e da suspensão provisória do processo, no segundo.

Busca-se, portanto, demonstrar a hipótese já anunciada, a de que o *responsive judge* pode reacender na prática judiciária os problemas fundamentais do direito e da sua realização, de sorte que já aplicável, em alguma medida, nos ordenamentos jurídicos retratados adiante.

PARTE I

APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA.

1. A pergunta-problema desta dissertação.

O objetivo deste trabalho é, fundamentalmente, demonstrar os problemas metodológicos insurgidos da prática do chamado “*responsive judge*”, mais precisamente dos problemas da construção de uma decisão judicial à luz da “*responsiveness*”, ou de uma possível *responsive conduct*, além das suas possíveis consequências ao próprio direito, para, então, avaliar a possibilidade de o *responsive judge* representar um movimento teórico e prático capaz de reacender as problemáticas jurídicas fundamentais no meio da prática jurídica cotidiana. Assim, a pergunta-problema da qual se apropria o presente trabalho é exatamente essa: “qual(is) o(s) problema(s) da construção da decisão judicial à luz da *responsiveness*?”. Por óbvio, outros questionamentos constituirão o arcabouço axiológico criado pela possível prática dessa pretensão decisória, sobretudo aqueles relacionados aos problemas fundamentais não só da metodologia jurídica, a exemplo dos limites da juridicidade, da discricionariedade e da possibilidade de decisões *contra legem*, ou ainda *extra* e *ultra petita*, como do próprio direito, tais como a sua autonomia e a sua relação com a ética, que, como será visto, tem papel fundamental aos que pretendem fazer da função adjudicativa uma atividade “responsiva” ou dotada de “responsividade”.

Para tanto, a título de introdução à problemática, será necessário convocar ao menos duas questões essenciais: 1) a primeira consistente na busca pela definição do venha a ser o “*responsive judge*”, questão esta que será desenvolvida através de três caminhos possivelmente adotados, o que possibilitará uma visão ampla do tema ora tratado; 2) a segunda, e concomitante à primeira, dever-se-á à análise do exato sentido da “*responsiveness*” exigida por esse juízo. Não se pretende com isso esgotar as variadas concepções do movimento ora analisado, tampouco apresentar uma nova concepção de “*responsive judge*”, mas criticar aquelas já invocadas pelos principais autores que escrevem

sobre o tema. Essas questões são essenciais, portanto, para que se possa sistematizar um estudo acerca do aludido movimento decisório, desde as premissas teóricas por ele invocadas até os pontos cruciais deste trabalho, quais sejam a reconstrução crítica dos “conceitos” assumidos pelo “*responsive judge*” e o ensaio crítico-reflexivo sobre uma eventual metódica responsiva.

2. Conceito(s) do *responsive judge* e as suas problemáticas (jurídico-metodológicas).

De fato, como foi dito, não há um estudo sistematizado do que venha a ser o movimento do *responsive judge*, embora muitos autores tratem da sua prática como algo em ascensão e vastamente praticado mundo afora, principalmente nas sociedades adeptas ao *common law*. Não por acaso, aqueles que se aventuraram na busca da origem dessa prática adjudicativa acabaram por invocar os ensinamentos de Oliver Wendell Homes Jr.¹, sem antes criticar as demais influências, dentre elas as jurídico-filosóficas, que a compõem.

Contudo, antes de analisar os pressupostos invocados implícita e explicitamente pelo *responsive judge*, será útil neste momento indicar as suas três principais correntes² e apontar, desde já, as suas pretensões – 1) um caminho ao modelo “aretaico”; 2) uma definição universal; e 3) uma terceira via –, de forma a tentar falseá-las através das suas influências, revelando problemas (jurídico-)metodológicos delas insurgidos. Esse exercício, além de demonstrar os diferentes sentidos eventualmente assumidos pelo movimento em

¹ Cf. GOLDBERG, John C. Judging Responsibility, Responsible Judging. In: DePaul Law Rev 64, 2015, pp.475-494. Disponível em: <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol64/iss2/11>; SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, p.02; STEPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: Virtue, Law, and Justice. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, p. 141.

² Embora sejam tratadas, aqui, as três principais correntes do *responsive judge*, cabe ressaltar que os respectivos autores não são os únicos a escrever sobre o tema, há outros, dentre os quais o já mencionado em nota anterior John Golberg, Toby Goldbach, em “Judicial Practice in Action: Court Reform and Responsive Judges in Canada”, Young Hoa Jung, em “The Responsive Judge: Comparative Perspectives of Korea and Japan”, os dois últimos In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, pp.217-240 e 277-309, respectivamente. Aliás, a escolha dos pelos três principais modelos se deu em virtude da sua objetivação e complexidade, até porque, no tocante aos demais, Young Hoa Jung realiza um estudo comparado a partir dos mesmos pressupostos de Sourdin e Zariski, motivo pelo qual limitado à sua comparação; já Goldberg e Goldbach caminham entre a possível definição universal e a terceira via, razão pela qual atribuir-lhes uma das classificações neste momento prejudicaria o objetivo desta Parte I, vale dizer, demonstrar a diversidade de discursos presente no *responsive judge*.

investigação, permitirá a sua posterior reconstrução crítica e a proposta de um possível modelo metódico a ser adotado.

2.1. Um caminho ao modelo “aretaico”.

A começar pelo autodenominado idealismo de Mateusz Stępień, o *responsive judge* pode ser apresentado como um modelo intermediário numa experiência prática do julgador. Segundo Stępień, após se utilizar dos modelos formal-positivista e responsivo, o julgador busca ser “aretaico”, no sentido de que tais “modelos de decisão” são adequados a um suposto estágio de “autocultura” do magistrado³. Como será visto adiante, esta afirmação falha por si só; se, de fato, o juiz pretende se apropriar de uma ética essencialmente aristotélica, o que estará em causa é a busca de um bem universal e pleno, mas isso não tem a ver, necessariamente, com a escolha do método que adota para decidir; aliás, esse método só poderá ser um, aquele que mais se aproxima do objetivo final. E não é preciso ir adiante para se concluir que estaríamos diante do juiz Hércules dworkiniano⁴, cujas críticas já nos são conhecidas.

Contudo, o esforço, ainda que breve, em descrever um “modelo responsivo” de decisão judicial deve ser reconhecido. Ao segui-lo, o julgador deve assumir uma intencionalidade essencialmente consequencialista, na medida em que a sua decisão resultará da análise da responsividade individual – representada pela satisfação dos litigantes – frente à responsividade jurídica – representada pelo ordenamento jurídico –, cabendo ainda eventual consideração acerca do impacto desta decisão nas macro-relações sociais. Dessa forma, é necessário que os julgadores tenham amplo conhecimento da situação social na qual estão inseridos, pois são esses valores que permearão a condução do processo e a construção da decisão judicial.⁵

³ STĘPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: *Virtue, Law, and Justice*. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, pp. 137-151.

⁴ Aquele descrito em DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp.105 e ss.; e DWORKIN, Ronald. *O império o direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp.286 e ss.

⁵ STĘPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: *Virtue, Law, and Justice*. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, pp. 140-141.

As críticas ao referido “modelo” são notáveis de plano, e o seu próprio idealizador o faz acertadamente⁶. Se, por um lado, a “decisão responsiva” pode garantir uma maior adequação da função adjudicativa à própria questão de fato, na medida em que o julgador convoca para a resolução do problema (jurídico?) argumentos diversos e, inclusive, externos à questão de direito, de outra forma, correr-se-ão sérios riscos. Em primeiro lugar, os critérios a serem adotados pelo magistrado – ainda que identificados a critérios jurídicos – podem ser invocados com intencionalidade diversa da jurídica, isto é, determinados por eventuais “preferências axiológicas” do julgador e de acordo com a percepção pessoal e individual que tem da circunstância posta em causa; em segundo lugar, será necessário instituir não um já mencionado juiz Hércules dworkiniano – aquele “juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”⁷, até porque ainda não está em causa eventual integridade, que será retomada em outra definição de *responsive judge*, especialmente a denominada “terceira via” –, mas um juiz “persistente”, de forma a desenvolver tanto a composição das partes, numa intencional “pacificação social”, como a compreensão dos problemas ali envolvidos, e “contemplativo”, de modo a ter condições suficientes para ele próprio compreender não só o problema jurídico das micro-relações sociais ali retratadas pelos litigantes, mas de tudo aquilo que envolve as macro-relações, como a economia, a política, a saúde, etc.

2.2. Uma definição universal.

Diferentemente da perspectiva anterior, ao assumirmos uma definição mais ampla e genérica do *responsive judge*, que pretende ser universal – como proposto por Tânia Sourdin e Archie Zariski –, é possível refletir sobre questões ainda mais obscuras e complexas, a começar pela pretensão do julgador, a qual já não se limita, aqui, à resolução do problema jurídico e a (re)constituição ou manutenção do sistema, e assume uma verdadeira responsabilidade perante a sociedade ou comunidade e seus respectivos valores. Não se rejeita, porém, qualquer concepção “tradicional” da função adjudicativa – seja ela

⁶ Ver: STEPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: Virtue, Law, and Justice. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, p.141.

⁷ DWORKIN, Ronald. O império o direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p.287.

advinda do realismo ou do normativismo –, e projeta o juiz na figura de um facilitador da autoconstrução social⁸.

Dessa forma, seguindo nessa direção, não basta que o julgador tenha características virtuosas, como já foi dito; a “responsividade” assume uma perspectiva prática e está presente nas escolhas, nos critérios adotados pelo magistrado, em primeiro lugar como “tratativa” dos participantes do processo – não se trata de um critério de decisão, mas uma atitude que pretende guiar o julgador no reconhecimento do problema e na posterior seleção do critério adequado à decisão –, e, em segundo lugar, como função adjudicativa, propriamente – a intencionalidade presente no problema, tal como percebida pelo julgador através da aludida “tratativa”, é enaltecida de forma a ela própria estabelecer os critérios para a construção da decisão –.

Ocorre que o problema (jurídico-metodológico) não se encontra somente na eventual intencionalidade presente na consequente decisão judicial, e se expande à própria posição tomada pelo julgador perante as partes. Além de não se tratar de uma diferença clara entre sistemas inquisitivo e acusatório ou adversarial, embora seja presumido que a atitude do magistrado é “ativa” e não “passiva”⁹, o magistrado tem liberdade o bastante para estabelecer a metodologia (jurídica) que entender por bem, ou melhor, que entender ser a mais adequada ao problema posto em causa; se anteriormente foi mencionado o problema da intencionalidade presente na seleção de critérios, agora é necessário consignar que a própria seleção é posta em causa. Seria o juiz, então, livre para estabelecer os critérios que entender cabíveis à espécie, ignorando os demais presentes no sistema jurídico? Temos aqui dois problemas fundamentais: o primeiro é o da própria discricionariedade (ou arbitrariedade?) do juiz; o segundo, e consequente, é a possibilidade da existência decisões que contrariem critérios anteriormente estabelecidos, a exemplo de decisões *contra legem*, ou *extra* ou *ultra petita*.

Trata-se, portanto, de uma definição problemática. De fato, há um ideal de “responsividade” a ser seguido, um ideal que, talvez, ou melhor, certamente não quer se

⁸ Ver: SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, pp.03-07.

⁹ SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, p.06.

limitar aos critérios legalmente estabelecidos para a realização de uma justiça “ética”. Assim, a afirmação segundo a qual o *responsive judge* não rejeita qualquer concepção “tradicional” da função adjudicativa já não se mostra sustentável; há, no mínimo, uma preferência por concepções de matriz realista, especialmente daquelas que eventualmente se refiram ao realismo desenvolvido por Jerome Frank, em que o juiz poderá assumir funções outras que não a da realização do direito, com o intuito de satisfazer as necessidades morais e éticas dos litigantes¹⁰; não quer dizer que, para adotar a prática adjudicativa em questão, seja necessário um sistema que adote um certo realismo jurídico, mas, em verdade, é necessário que, se a matriz do ordenamento jurídico for positivista, a prática seja restrita pela própria norma, o que impedirá de alguma forma a realização de uma “autoconstrução social” para além desses limites.

Ocorre que Sourdin e Zariski, justamente na pretensão de transformar o *responsive judge* numa prática “universal”, acabam por reduzir toda a problemática a uma *responsive conduct*, ou seja, uma específica conduta ética a ser tomada pelo jurista perante o problema que reclama a função jurisdicional, a qual deve ser considerada acima de tudo¹¹. No entanto, não se quer dizer que essa conduta seja insignificante para o *responsive judge*; ao contrário disso, essa concepção, especialmente no tocante à preocupação pela responsabilidade jurisdicional, será fundamental para os recortes problemáticos feitos no decorrer deste estudo. Resta, portanto, uma última palavra acerca das diferentes perspectivas possíveis de serem assumidas pelo *responsive judge*.

¹⁰ Em “Are judges human?”, Jerome Frank descreve constantemente o juiz como um verdadeiro “administrador judicial”, que, ciente da sua responsabilidade como tal, se utiliza do *background* que compõe sua “personalidade” para ocupar a vagueza presente na norma e, assim, impor sua decisão. (Ver: FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part 1: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. In: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 80, 1931, pp.17-53. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3. Acesso em 03 de abril de 2021; e FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part 2: As Through a Glass Darkly. In: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 80, 1931, pp.233-267. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8502&context=penn_law_review. Acesso em 23 de outubro de 2021.

¹¹ Segundo os autores, o julgamento responsivo não precisa rejeitar valores próprios de eventual teoria do direito a ser invocada. “Rather, responsive judging invites a consideration of the judicial function and role in the context of societal values and assumes that judges, and those they deal with, are human beings who vary, and have “messy” problems where simple solutions may be unattainable.” (SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, p.06).

2.3. Uma terceira via.

Há que se falar ainda na existência de uma “terceira via” do *responsive judge*, uma concepção diversa da apresentada por Stępień, que pretende a figura do “jugador virtuoso”, e da descrita por Sourdin e Zariski, cuja pretensão “universalista” se traduz na *responsive conduct* do magistrado. Nessa “terceira via” apresentada por Philippe Nonet e Philip Selznick, o problema posto em causa aponta para uma possível ruptura com o direito autônomo e reconhece que, para se alcançar uma justiça não meramente processual, há forças externas que devem influenciar o sistema jurídico.

Não se nega, pois, a existência dos problemas indicados nas perspectivas anteriores – sobretudo o da discricionariedade do juiz e o da possibilidade da existência decisões contrárias aos critérios anteriormente estabelecidos, como as decisões *contra legem*, ou *extra* ou *ultra petita* –; aliás, eles são reconhecidos e reforçados à medida em que se aprofunda o estudo de um suposto “direito responsivo”. Ao afirmar – como Nonet e Selznick afirmam – que tal “direito responsivo” deveria oferecer uma justiça além da processual e auxiliar na busca de um interesse maior e comum à comunidade ou sociedade na qual se realiza¹², o que se tem como problemática é justamente uma determinada dicotomia “integridade-abertura” – integridade num sentido amplo de proteção à instituição (do direito); abertura, por outro lado, consistente na eventual discricionariedade adaptativa e autocorretiva assumida pelo julgador – do sistema jurídico, de sorte que, ao assumir uma abertura indiscriminada aos critérios pessoais do magistrado, o ordenamento jurídico estaria sujeito a decisões cuja intencionalidade seja, possivelmente – já que livre ao magistrado selecionar seus critérios – , diversa da jurídica. Dessa forma, aceitar tal condição é aceitar que o “direito” é instrumento da vontade individual do juiz ou de quem (ou do que) ele serve, acarretando na redução (ou submissão?) da ciência jurídica e, principalmente, do direito à política; em outras palavras, poder-se-ia anunciar a morte do “direito como direito”¹³.

Portanto, apresentar-se-ia o *responsive judge*, nesse sentido, como uma terceira via de resposta àquela dicotomia “integridade-abertura” do sistema jurídico; se, por um lado, o

¹² Cf. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and Society in transition: toward responsive law*. New York: Routledge, 2017, pp.73 e ss.

¹³ Cf. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and Society in transition: toward responsive law*. New York: Routledge, 2017, pp.115-118.

sistema deve se manter íntegro, há, por outro, forças externas que o influenciam a ponto de considerar uma capacidade de adaptação “responsável”, vale dizer, uma assimilação “discriminatória” e “seletiva”¹⁴ das referidas forças pelo direito. Em outras palavras, o que pretendem Selznick e Nonet é um julgador virtuoso o suficiente para introduzir no sistema jurídico os elementos que lhe são externos, sem prejuízo da guarda de sua responsabilidade jurisdicional, i.é., a responsabilidade que assume enquanto representante do Poder estatal competente para exercer a jurisdição. Assim, resta evidente que é absolutamente possível a aproximação desta concepção a um certo funcionalismo, em primeiro lugar porque a “responsabilidade” é guiada, necessariamente, por um determinado propósito social e de autocorreção – propósito este de não impor ao direito o necessário respeito às regras instituídas a custo de retirar-lhe a sua intencional justiça, seja ela qual for; assim, caberá ao julgador adequar a norma a fim de “corrigir” o próprio sistema –, e conquanto seja defendida a tese de que a discricção seria ao menos controlada por tal propósito, é de se ressaltar que, em verdade, haveria margem para uma disputa de interesses que não obrigatoriamente jurídicos; em segundo lugar, como já foi dito anteriormente, porque o direito e sua aplicação seriam reduzidos a um instrumento de realização do aludido propósito.

Logo, na “terceira via” do *responsive judge* enquanto prática jurídica – já não como “figura de juiz”, mas como metodologia responsiva, i.é., um método que melhor satisfaz as pretensões individuais enquanto necessidades sociais –, deseja-se ver uma evolução não só da pessoa do magistrado, mas de toda a sua atividade adjudicativa com fundamento numa intencional *responsiveness*, na capacidade de compreender os anseios sociais presentes na demanda judicial e propor uma resposta adequada ao problema posto em causa. Aliás, é justamente por essa razão que as críticas feitas ao longo desta dissertação recaem, em sua maior parte, sob esta perspectiva, que busca ultrapassar uma “simples” representação ideológica de juiz que, mesmo assim, lhe é intrínseca e necessária para assegurar a responsabilidade jurisdicional necessária à sua realização.

2.4. Reflexões críticas.

¹⁴ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and Society in transition: toward responsive law*. New York: Routledge, 2017, p.77.

De fato, os autores até aqui mencionados observam o *responsive judge* como uma evolução dos modelos tidos por “tradicionais” do direito. Mateusz Stępień apresenta uma narrativa de autodesenvolvimento do juiz, na qual os modelos “tradicionais” são ultrapassados e deseja que o julgador seja virtuoso e um modelo a inspirar a sociedade a também sê-lo, e, para isso, inicia-se com a “responsividade” dos seus julgamentos; Tania Sourdin e Archie Zariski buscam um conceito universal para o *responsive judge*, de forma que ele não mantenha conflito com qualquer concepção de direito (im)posta na sociedade, de maneira que, sem perdê-la de vista, busca responder ao verdadeiro problema invocado pelos litigantes, vale dizer, um problema primariamente ético; Philippe Nonet e Philip Selznick apontam para uma ruptura com o direito puramente autônomo para assumir que há forças externas que o influenciam e, em verdade, dão-lhe propósito, uma busca pela “justiça verdadeira” e não pela justiça meramente processual. A conclusão desta última concepção, no entanto, é pessimista se levada em conta a visão de um direito autônomo, i.é., se não ceder o direito a um determinado interesse político ou econômico, cederá ao problema estritamente ético, e já não se verá o direito *como direito*, mas como ética.

Ocorre que os três caminhos de concepção do *responsive judge* revelam os mesmos problemas já anunciados – o da discricionariedade do juiz e o da possibilidade da existência decisões contrárias aos critérios anteriormente estabelecidos, como as decisões *contra legem*, ou *extra* ou *ultra petita* –, os quais, ao menos se autonomamente considerados, já nos são conhecidos. A tentativa levada a efeito pelos defensores do *responsive judge* é, portanto, a de uma seleção “responsável” de critérios (jurídicos?), de modo a proferir um julgamento pragmático no qual está inserida, primeiramente, uma “justiça microscópica” retratada pelas partes litigantes; depois, vem a análise de uma “justiça macroscópica” e, com ela, como já foi dito, uma decisão de índole consequencialista, podendo, portanto, envolver-se o julgador com a política, a economia e tantos outros interesses, desde que filtrados, de alguma forma, pelo direito¹⁵.

¹⁵ Nesse sentido: SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: *The Responsive Judge – International perspectives*. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, pp.03-07; e STĘPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: *Virtue, Law, and Justice*. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, pp.140-141.

E é exatamente isso o que se pretende experimentar neste trabalho, a possibilidade (ou impossibilidade) de estabelecer uma seleção “responsável” de critérios para a construção de uma decisão judicial, de forma a proporcionar uma prática jurisdicional responsiva, bem como a análise das suas possíveis consequências.

Aliás, cabe aqui uma breve reflexão sobre a terminologia ora apresentada: por que *responsive* e não *responsiveness*? Para tanto, são invocados dois “obstáculos” que também já nos foram anunciados¹⁶, vale dizer, 1) o da tradução; e 2) o do conceito em si e da sua eventual importação acrítica. Em primeiro lugar, é necessário diferenciar “*responsive*” e “*responsiveness*”, já que não se trata da mesma palavra¹⁷: a primeira indica o ato de responder, ou constituir a resposta, de forma rápida, adequada ou “simpática” ou “sensível”¹⁸ – à demanda ou a quem demanda(?) –; a segunda, por sua vez, aproxima-se das últimas duas qualidades, ou seja, indica a qualidade de uma “resposta” não só rápida e/ou adequada, mas também sensível, “empática”¹⁹.

Além disso, “*responsive*” é adjetivo, é qualidade daquilo que nomeia; já “*responsiveness*” é substantivo, núcleo do sujeito, objeto ou agente, que traz consigo a essência da coisa. “*Responsive*”, portanto, no contexto ora narrado, é qualidade da função adjudicativa e do seu executor, de modo que revela uma determinada *responsive conduct* pelo jurista, enquanto a *responsiveness* é elemento constitutivo da decisão e, talvez, do

¹⁶ Ver: VALE, Luís António Malheiro Meneses do. O problema jurídico do acesso à saúde : entre a solidariedade e a responsividade: contributo para uma teoria constitucional sobre a realização do direito publico social. Coimbra, 2018, p.739; e VALE, Luís Meneses do. Access to health care between rationing and responsiveness: Problems(s) and meaning(s). Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 88(1), 2012, pp.105-188. p.124

¹⁷ A tradução automática pode induzir o leitor ao erro. Tanto é assim que as duas palavras podem, eventualmente, ser traduzidas pelo mesmo significado ou a primeira como ato e a segunda como a qualidade de quem o faz, vale dizer, “*saying or doing something as a reaction to something or someone, especially in a quick or positive way*” e “*the quality of having a reaction to something or someone, especially a quick or positive reaction*” (Cf. *Cambridge Dictionary*: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/responsive> e <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/responsiveness>). Sobre o mesmo significado: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-portuguese/responsive?q=responsiveness>.

¹⁸ Cf. *RESPONSIVE*. In: *Merriam-Webster dictionary*. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/responsive> (acessado em 13 de abril de 2021).

¹⁹ São indicados como sinônimos ou palavras próximas a “*responsiveness*”: “*feelings, sensibility, sensitivity, bigheartedness, charity, commiseration, compassion, feeling, good-heartedness, heart, humanity, kindheartedness, kindliness, kindness, largeheartedness, mercy, pity, ruth, softheartedness, sympathy, warmheartedness affection, love, regard affinity, empathy, rapport altruism, benevolence, benignancy, benignity, generosity, goodwill, humaneness, humanism, humanitarianism, philanthropy*” (*RESPONSIVENESS*. In: *Merriam-Webster dictionary*. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/thesaurus/responsiveness> (acessado em 13 de abril de 2021).

próprio direito, podendo assumir ora um elemento de “associação”, ora de “interação” para com os *noises* presentes noutros campos que não o jurídico²⁰, de sorte que o primeiro é visto mais no “caminho ao modelo aretaico” e no pessimismo da terceira via do *responsive judge*, quando o sistema jurídico reconhece, de certa forma e na medida em que trataremos quando da sua reconstrução crítica, a ética; já a “interação” pressupõe um diálogo harmônico entre os campos jurídicos e não jurídicos, respeitando cada qual sua autoridade, razão pela qual vê-se mais claramente na pretensão universalista – já não como *responsiveness* e sim como *responsive conduct* – e na “terceira via”, como alternativa à “morte do direito”.

Essa breve distinção é suficiente e fundamental para compreender as diferentes perspectivas da prática chamada de *responsive judge*; como será visto, parece não haver uma grande preocupação por parte dos autores que escrevem sobre o tema em relação à utilização do termo “*responsive*” para indicar, na verdade, a “*responsiveness*”, ou o contrário. Por isso a intenção do julgador é questão vital a ser investigada, pois a referida “sensibilidade” ou “empatia” e, mais precisamente, o seu objeto reforçam os já mencionados problemas fundamentais da metodologia jurídica.

3. Itinerário.

Por isso, e por todos os motivos até aqui consignados, é preciso esclarecer o caminho a seguir com o intuito de possibilitar a crítica dos problemas jurídico-metodológicos advindos do *responsive judge*, em qualquer uma das suas diferentes acepções, seja ele dotado de uma *responsive conduct* ou de uma *responsiveness*.

(1) Primeiramente, será preciso dar um passo atrás no tocante aos possíveis conceitos de *responsive judge* e analisar os seus pressupostos: o que inspira ou inspirou a referida prática jurisdicional? Isto é necessário na medida em que, se não há um estudo sistematizado do que venha a ser o referido movimento decisório, que se quer modelo adjudicativo, devemos começar pela análise dos pressupostos comuns eventualmente invocados pelos seus defensores. Assim, serão analisados os fundamentos de uma suposta

²⁰ Ver: ROUGHAN, Nicole. The Relative Authority of Law: A Contribution to ‘Pluralist Jurisprudence’. In: New Waves in Philosophy of Law. Maksymilian Del Mar (ed.). London: Palgrave Macmillan, 2011, pp.265-266.

“ética aretaica” que predomina o essencial teórico do *responsive judge* e possibilita seja invocada uma determinada *responsive conduct*, em primeiro lugar, e uma eventual *responsiveness*, em última análise. Sem prejuízo disso, será necessário ainda tratar da “cooperação” em toda sua complexidade e da “empatia”, elementos fundamentais para a prática decisória no âmbito de uma intencional responsividade. Por fim, serão abordados os fundamentos de teoria e metodologia do direito ora invocados pelos julgadores eventualmente adeptos ao *responsive judge*, sem esquecer de, antes disso, tecer breves comentários acerca de uma determinada *restorative justice* que molda todo o arcabouço teórico-jurídico em comento.

(2) Feito isso, será possível uma breve reconstrução crítica do conceito de *responsive judge*. Esclareço que não se trata de propor uma nova concepção, mas criticar e situar neste trabalho os “multifacetados” conceitos já apresentados de forma a estabelecer o fio condutor dos possíveis problemas metodológicos insurgidos quando da aplicação de uma metódica dotada de uma *responsive conduct* ou da *responsiveness*, problemas esses – nomeadamente a “definição e os limites da juridicidade”, as “fontes do direito”, as “decisões *contra legem, extra e ultra petita*” e uma possível “parcialidade do julgador” – que serão investigados logo em seguida. Esse exercício facilitará a proposta de um modelo metódico possivelmente adotado pelo *responsive judge*, numa intencional crítica-reflexiva ao movimento em análise.

(3) Por fim, restará experimentar, de fato, esse eventual modelo jurídico-metodológico presente no *responsive judge*, sempre com o objetivo de apresentar os problemas nele inseridos e ensaiar as suas possíveis soluções(?), ou ao menos possibilitar que sejam iluminados os caminhos que possam levar a elas. Consigne-se desde já que serão utilizados “casos concretos” de resoluções de conflito – especialmente os tribunais aborígenes australianos, métodos alternativos de solução de conflito e os elementos presentes nos diplomas processuais brasileiros, mais precisamente no Código de Processo Civil brasileiro e no Códigos de Processo Penal brasileiro e português, que possam facilitar a assimilação do *responsive judge* pelo ordenamento jurídico.

Logo, não estaremos limitados a um problema teórico e inaplicável, tampouco estaremos diante de um trabalho estéril, pois, embora o *responsive judge* tente,

aparentemente, esquivar-se dos problemas que lhe são fundamentais, certamente contribui com a problemática das práticas decisórias, além de aproximar aqueles discursos que já nos são conhecidos – do(s) positivismo(s) e não-positivismo(s) – da função jurisdicional propriamente, que, no árduo expediente diário, parece muitas vezes renegá-los.

PARTE II

SOBRE AS INFLUÊNCIAS DO *RESPONSIVE JUDGE*.

1. Sobre a(s) Ética(s) da(s) virtude(s).

Mateusz Stępień busca retratar a evolução do juiz por meio de três fases distintas, dentre as quais estariam o juiz formalista, ou de pensamento formalista, ou ainda “estágio formalista”, um segundo estágio dito responsivo e um terceiro e ideal estágio “aretaico”, em que o juiz é dotado de uma ética das virtudes, sendo, portanto, justo em sua integralidade²¹. Para tanto, o autor se utiliza da metáfora nietzscheana sobre a metamorfose espiritual; num primeiro momento, o juiz se importa apenas e tão somente com a manutenção da ordem pública estabelecida pela letra da lei; feito isso, ele passa a se preocupar com as consequências de suas decisões e possíveis critérios nela adotados para as partes, em primeiro lugar, a sociedade e o ordenamento jurídico, em sequência – trata-se de uma visão essencialmente consequencialista, e não necessariamente utilitarista, pois embora o fim último seja mesmo a decisão mais útil ao seu ideal, importará ao magistrado a responsabilidade por todos os atos até a sua decisão, bem como suas consequências –; já no terceiro estágio, o juiz utiliza a sua construção auto-reflexiva para fundamentar suas decisões, e isso porque a sua própria “metamorfose” permite que a aplicação da lei seja direcionada não somente às consequências, mas considerando para tanto as influências do processo de tomada de decisão sobre sua própria personalidade e valorizando as predisposições necessárias ao desempenho de sua profissão.

Embora o interesse maior deste estudo seja justamente a metódica a ser utilizada pelo *responsive judge*, o que seria equivalente ao segundo estágio metamórfico descrito por Stępień, será necessário considerar e compreender (ou ao menos validar) o seu objetivo, que

²¹ STĘPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: *Virtue, Law, and Justice*. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, pp. 137-151.

seria a composição de um “juízo aretaico”. Começamos, pois, pela pergunta mais óbvia: o que ou qual é a ética aretaica que os juízes deveriam (ou desejam) assumir com o intuito de promover um “bem comum” e “pacificador” – no sentido de extinguir a relação judiciária – tal como pretendido pelas concepções tratadas na Parte I desta dissertação?

Se é verdade que a ética presente em Aristóteles²² “envolve um interesse no caráter de um agente moral e como isso se relaciona com seu bem-estar geral”²³, de forma que ao agente ético são exigidas virtudes como a justiça, a prudência, a temperança e a coragem, não é menos verdade que esse pensamento sofreu o impacto histórico do medieval²⁴, período que certamente molda a ética ora adotada pelo *responsive judge*.

De fato, o pensamento ético ocidental evoluiu à luz de uma série de rupturas, sobretudo política e cultural, e a ética aristotélica passa a ser assumida por ideais diversos – éticas, no plural, portanto – mas certamente concentrados, ao menos em sua maioria, numa transcendência religiosa²⁵. Dessa forma, as virtudes “clássicas” já não seriam suficientes a uma pretensão unificadora da(s) ética(s) agora medievais, e valores como a esperança, a fé e a caridade surgem como “novas virtudes” guiadas pela divindade, o “novo bem maior”. Ocorre que, embora o terreno estabelecido tenha sido fértil à evolução dos “direitos naturais” e da Escola moderna do Direito Natural, a chamada “ética das virtudes”²⁶ entrou em declínio

²² Sobre o desenvolvimento da ética em Aristóteles (ver: JAEGER, Werner Wilhelm. *Aristoteles: bases para la historia de su desarrollo intelectual*. Versión española de José Gaos. México: Ediciones F.C.E., 1984, principalmente pp. 262 e seguintes), refiro-me especialmente àquela fundamentada em *Ética a Nicômaco*, de sorte que a virtude, intelectual ou moral, é adquirida através da sua própria prática, ou melhor “*se origina como consecuencia y a través de las mismas acciones*” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza, 2005, p.76).

²³ BOWIN, John. *Aristotle's Virtue Ethics*. In: *A Companion to World Literature*, 1-11, 2020, p.1. Disponível em: <https://people.ucsc.edu/~jbowin/virtue.pdf>.

²⁴ Tomás de Aquino, Alfarabi e Avicena são exemplos de pensadores que criticaram o alcance da “felicidade” ou simplesmente “Eudaimonia” proposta por Aristóteles, e embora aceitem que ela seja alcançável, ela própria não é a felicidade plena e completa, que deve ser constituída de um elemento superior, Divino, neste caso, algo inalcançável ao ser humano (BOWIN, John. *Aristotle's Virtue Ethics*. In: *A Companion to World Literature*, 1-11, 2020, pp.2-3)

²⁵ Ver: MACINTYRE, Alasdair. *A Short History of Ethics*. Touchstone: New York, 1996, pp.110-120.

²⁶ Embora seja um termo invocado por diversos autores contemporâneos, eles o fazem para invocar problemas diversos, que não a ética aristotélica, até porque haveria dúvida se Aristóteles propõe, de fato, uma “ética da virtude”. É inegável, porém, que tenha definido uma virtude como “padrões de resposta emocional habitual que apoiam os julgamentos que a pessoa de sabedoria prática (*phronimos*) fará” (HUGHES, Gerard J. *The Routledge guidebook to Aristotle's Nicomachean ethics*. New York: Routledge, 2013, pp.69-70). E é nesse exato e desprezioso sentido em que se utiliza, aqui, “ética da virtude”: a virtude não como um critério exato de decisão (judicial, no nosso caso), mas um “instrumento emocional” que a apoia.

durante o Renascimento em detrimento a uma possível “desilusão” em relação à natureza humana, dando lugar às “éticas de ações” – o utilitarismo e a deontologia –, sem antes resgatar a aludida natureza como princípio unificador de justiça e do próprio direito²⁷.

No entanto, com a “desilusão” no tocante à “natureza humana” moderna, a ética das virtudes busca renascer desde meados do século XX²⁸, caminho, contudo, trilhado através de outra natureza, a moral e racional, histórico este mais “confuso”²⁹, mas não menos relevante. De fato, essa determinada ética parece constituir parte importante da teoria moral na medida em que a virtude é tida como necessária à “boa conduta” humana³⁰. Contudo, a partir do século XX, principalmente com Elizabeth Anscombe e Philippa Foot, munidas dos estudos de G. H. von Wright e Peter Geach, busca-se uma ética aretaica “não-deontológica” em resposta às supostas negligências pela filosofia moral moderna – desde Kant a Mill, W. D. Ross e Prichard – no tocante às virtudes³¹.

Dessa forma, a ética aretaica, já contemporânea, portanto, recorre uma vez mais à teoria aristotélica, de sorte que as “virtudes” ora assumidas não se referem à excelência do intelecto ou do corpo, mas às “virtudes morais”, como as já mencionadas coragem,

Sobre a rejeição do termo “ética da virtude”, ver: NUSSBAUM, Martha C. *Virtue Ethics: A Misleading Category?* In: *The Journal of Ethics*, 1999, Vol.3, nº3, pp. 163-201. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25115613>.

²⁷ Nesse sentido: VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp.124-125.

²⁸ É sabido, no entanto, que há autores que discordam dessa afirmação. Elizabeth Anscombe, assevera que uma “filosofia moral” só poderá ser levada a efeito quando houver uma filosofia psicológica suficientemente adequada ao tempo que vivemos. E isso porque, “a prova de que um homem injusto é um homem mau exigiria um relato positivo da justiça como uma “virtude”. Esta parte do assunto da ética está, no entanto, completamente fechada para nós até que tenhamos um relato de que tipo de característica é uma virtude - um problema, não de ética, mas de análise conceitual”. Logo, o problema estaria em conceituar “virtude”, “bom”, “mau”, ou tantas outras terminologias utilizadas, segundo ela, erroneamente, tanto pelos filósofos antigos como pelos modernos. (ANSCOMBE, G. E. M. *Modern Moral Philosophy*. In: *Philosophy*, vol. 33, no. 124, 1958, pp. 1–19. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/3749051. Acesso em 19 Jan. 2021). Essa negativa é fundamental para definirmos o objeto do julgamento responsivo, mas, por ora, basta ter em conta que, como a própria autora admite, muitos filósofos tratam da filosofia moral, sem, contudo, analisar profundamente (ou preliminarmente?) os conceitos a ela inerentes.

²⁹ Ainda em: NUSSBAUM, Martha C. *Virtue Ethics: A Misleading Category?* In: *The Journal of Ethics*, 1999, Vol.3, nº3, pp. 163-201. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25115613>.

³⁰ Nesse sentido: CLOWNEY, David. *Virtues, Rules and the Foundations of Ethics*. In: *Philosophia* 20 (1990), 49–68.

³¹ Para desenvolvimento: VON WRIGHT, Georg Henrik. *The Varieties of Goodness*. New York: Humanities Press, 1963, especialmente pp.133-154; GEACH, Peter. *The Virtues*. New York: Cambridge University Press, 1979; ANSCOMBE, G. E. M. *Human Life, Action and Ethics: Essays by G.E.M. Anscombe*. Eds. Mary Geach and Luke Gormally. Andrews UK Limited, 2011; e FOOT, Philippa. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. New York: Oxford University Press Inc., 2002.

temperança, sabedoria e justiça. Diferentemente da teoria moral moderna, contudo, o agente virtuoso – ou melhor, o julgador virtuoso – é julgado de acordo com a sua intenção e, também, o seu desempenho, ou seja, o modo pelo qual agiu ou deveria agir juntamente com o resultado que produziu ou deveria produzir. Ora, não basta produzir o efeito desejado sem que o processo percorrido não tenha sido o mais adequado à virtude moral; da mesma forma, de nada adiantaria um desempenho excepcional – sob a ótica aretaica – se a intenção do agente não o foi, pois, mero acaso que, provavelmente, não se repetirá; e inútil ainda invocar intenção e o processo virtuosos, sem que o resultado o seja, já que em todos os casos haveria, de alguma forma, uma falha moral. Assim, a “sabedoria prática” aqui invocada não se identifica à excelência intelectual, à “inteligência”, trata-se, em verdade, de uma junção de vontade e ação³².

Logo, as virtudes adotadas pela ética aretaica contemporânea são, em alguma medida, corretivas aos vícios presentes na natureza humana, o que certamente a torna particular. Dentre os exemplos, cujo rol indubitavelmente não é taxativo, a coragem é necessária para enfrentar aquilo que o medo normalmente afastaria; a temperança é o que repele as extremidades nocivas; a justiça corrige eventuais injustiças causadas pelos excessos individuais ou coletivos; a empatia evita que o outro, enquanto igual, seja ignorado. Talvez seja exatamente por isso, devido à referida natureza, que a ética das virtudes ora narrada é adotada pelo *responsive judge* com o intuito de aplicá-la ao direito³³.

Dito isso, resta claro que, para não recorrer ao reducionismo de um único conjunto teórico, é necessário ter em conta o brevíssimo recorte histórico acima, acerca do que exatamente se quer dizer quando Stępień invoca a “metodologia aretaica”, ou ainda Sourdin e Zariski, ao tratarem de uma *responsive conduct* própria, e Nonet e Selznick, quando propõem um “filtro ético” de autocorreção do direito.

³² FOOT, Philippa. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. New York: Oxford University Press Inc., 2002, pp.01-07.

³³ No mesmo sentido, em “Poetic Justice” Martha C. Nussbaum argumenta que as emoções, sobretudo a “emoção empática” não é só aceitável como essencial ao juízo, justamente para possibilitar o reconhecimento do outro como ser humano individual dotado de sua singularidade (Cf. NUSSBAUM, Martha C. *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997, pp.113-114).

Portanto, é lícito concluir que o julgamento responsivo aceita que, ocasionalmente, não possa alcançar um verdadeiro *summum bonum* quando da construção de uma decisão, até porque talvez ele próprio não seja alcançável, como já defenderam na idade média³⁴; no entanto, é inegável que tenha uma intencionalidade específica, uma “Eudaimonia jurídica”, se é que nos falta uma terminologia para isso: trata-se de um bem maior a que deve se atentar o julgador quando da resolução do problema posto em causa. “Eudaimonia”, portanto, seria não só um objetivo final, e sim um processo que envolve atividades físicas e mentais do seu agente³⁵ (do julgador, neste caso), de sorte que o foco da questão posta em causa é justamente a maneira pela qual ele age. Daí que o problema deste trabalho, o problema do *responsive judge*, anuncia-se como um problema não só metodológico, mas ainda filosófico ou próprio da teoria do direito, razão pela qual, como será visto, as temáticas são invocadas em conjunto.

Insta consignar ainda que a mencionada atividade deve ser autossuficiente³⁶, no sentido de que depende apenas e tão somente dela própria; não há que se falar, também, em quantificação do processo eudaimônico, com base na sua maior ou menor aproximação do bem maior anteriormente apontando, basta que ele exista – e isso porque, repita-se, trata-se de uma atividade – pelo maior tempo possível.

Mas não é só. Como dito anteriormente, embora questionável a possibilidade de se alcançar ou obter o “*summum bonum*”, na ética aretaica, desde Aristóteles à contemporaneidade, exige-se a função por excelência, a melhor que possa ser – *aretê* ou *areté* (ἀρετή) –³⁷. Não basta, pois, que o humano seja simplesmente humano, deve buscar ser o melhor humano possível; da mesma forma, não é suficiente que o julgador apenas “julgue”, deve julgar da melhor forma possível. Contudo, ressalta-se que, ao contrário do

³⁴ Cf. Questões 88 e 89 da Suma de Teologia de Tomás de Aquino, em que se trabalha o argumento de que o bem, ou a felicidade última do homem não é, de fato, última, a qual atingível senão pela divindade (TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma de teologia: Primeira parte – questões 84-89. Trad. Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento. Uberlândia, EDUFU, 2016, pp.221-281).

³⁵ Cf. CRISP, Roger. How Should One Live?: Essays on the Virtues. Oxford: Oxford University Press 1998, p.10; BOWIN, John. Aristotle's Virtue Ethics. In: A Companion to World Literature, 1-11, 2020, pp.3-4.

³⁶ Cf. ANNAS, Julia. The Morality of Happiness. New York: Oxford University Press, 1995, pp.39-40; e BOWIN, John. Aristotle's Virtue Ethics. In: A Companion to World Literature, 1-11, 2020, pp.4-5.

³⁷ HARDIE, William. F. R. Aristotle's Ethical Theory. Oxford: The Clarendon Press, 1980, p.69; e BOWIN, John. Aristotle's Virtue Ethics. In: A Companion to World Literature, 1-11, 2020, pp.5-6.

que haveria na ética aristotélica³⁸, cuja presunção é de um naturalismo ético, no sentido de que as decisões essencialmente justas são tomadas de acordo com percepções acerca da natureza humana³⁹, a ética ora invocada adota um princípio corretivo, ou seja, as virtudes são selecionadas pelo agente com o intuito de remediar os vícios humanos, sobretudo aqueles que originaram a demanda judicial, motivo pelo qual, como veremos, um dos aspectos essenciais ao julgamento responsivo é a adequação não só ao problema e ao sistema jurídico, mas ao meio no qual se insere.

De fato, a “cooperação” é um dos elementos – senão o principal – invocados pelos autores do *responsive judge* como promotores da aludida “adequação”, porquanto duas ou mais forças se unem, de alguma forma e em qualquer medida, a fim de atingir o produto da decisão. Ocorre que o problema como posto pela ética aretaica acentua o problema da universalidade, qual seja a possível extinção da diferença; em outras palavras, o juízo responsivo compreende e aceita as singularidades presentes nas “micro-relações” – representadas pelo problema jurídico –, no sistema (im)posto e nas “macro-relações” – representada por tantas relações individuais e coletivas quanto possíveis –.

Daí que é possível concluir que o julgamento responsivo se apropria da ética dita anteriormente “contemporânea”, parcialmente aristotélica, no sentido de que o juiz busca decidir pelo “bem”, visando sempre um “bem maior” que é o direito, um direito subjetivo cuja essência é necessariamente paroquial – ou seja, não reconhece uma única definição ou intencionalidade comunitária (sob pena de recorrer a uma perspectiva funcionalista), mas leva em conta ainda a definição particular do problema que se põe em causa. A meta final do juiz é o “bom” julgamento, um julgamento virtuoso –.

Assim, é utópica a classificação realizada por Stępień ao referir que, após se utilizar dos modelos formal-positivista e responsivo, o julgador busca ser “aretaico”, no sentido em que ele supõe⁴⁰. E isso porque, se responsivo, será necessariamente limitado às

³⁸ A “melhor” escolha é a média determinada pela razão (*logos*) e pela sabedoria prática (*phronêsis*). (BOWIN, John. Aristotle's Virtue Ethics. In: A Companion to World Literature, 1-11, 2020, pp.6-7.)

³⁹ “That is, since the characteristic human mode of life requires cooperation to achieve one's ends, and since keeping one's promises is the most effective way to achieve this, it is therefore good (just) to keep one's promises and bad (unjust) to break them” (BOWIN, John. Aristotle's Virtue Ethics. In: A Companion to World Literature, 1-11, 2020, pp.8-9).

⁴⁰ STĘPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: Virtue, Law, and Justice. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, pp. 137-151.

particularidades da sociedade em que se efetiva, sendo impossível atingir um “bem maior” universal, comum a todas as sociedades. Não se nega, no entanto, que sejam invocados preceitos aretaicos para se buscar um “bem maior” relativo às já citadas micro- e macro-relações que permeiam uma determinada sociedade, devendo o julgador, pois, buscar um método “virtuoso” para a realização do direito.

Bem por isso, razão parcial assiste a Anscombe⁴¹. De fato, seria demasiada presunçosa a tentativa de, neste momento, conceituar um termo como a “virtude”; ocorre que Aristóteles assume que “bem”, “mal”, “ser” – e por que não “virtude” – assumem tantos sentidos que torna inviável um conceito universal⁴². Logo, é possível dizer que o juízo responsivo busca ser aretaico na medida em que tenciona ser “virtuoso” no sentido e no conceito particular de uma determinada sociedade.

Logo, é necessário reconhecer as “falhas conceituais” da ética aristotélica, como refere Anscombe, e afastar por completo uma teoria dominante⁴³, no sentido de que, no final, há apenas uma decisão correta a tomar; em sentido diverso, é preciso admitir, ao menos por ora, uma teoria inclusivista, no sentido de uma eventual *eudaimonia* composta por uma variedade de interesses e objetivos singulares à sociedade que é posta em causa⁴⁴. Ou seja, os conceitos que Aristóteles teria falhado em fornecer, e deveria tê-lo feito – segundo a primeira teoria, dominante ou exclusivista –, em verdade, podem assumir tantos sentidos

⁴¹ No sentido de que a “filosofia moral” só poderá ser levada a efeito quando houver uma filosofia psicológica suficientemente adequada ao tempo que vivemos (cf. ANSCOMBE, G. E. M. *Modern Moral Philosophy*. In: *Philosophy*, vol. 33, no. 124, 1958, pp. 1–19. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/3749051. Acesso em 19 Jan. 2021).

⁴² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: *Os pensadores*, vol.2. — 4. ed. — Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p.6.

⁴³ Nesse sentido, para William F. R. Hardie, Aristóteles falha exatamente em distinguir o plano geral e abrangente da felicidade e o fim supremo (e necessário) a que todas as ações se devem: “*Thus in speaking of the good for man Aristotle hesitates between an inclusive and an exclusive formulation. As we saw earlier, it is consistent to hold both that a wise man will plan his life so as to make room for many different enjoyments and that he will give a paramount place to one kind of activity or enjoyment. What is unsatisfactory in Aristotle’s treatment is his failure to make explicit the distinction between the comprehensive plan and the paramount end. In the planning of life at all levels, especially the highest, it is necessary to decide priorities between ends as well as to devise means for achieving ends. Aristotle tends to speak as if all that was needed was to set up a paramount end and then work out plans for attaining it.*” (HARDIE, William F. R. *Aristotle’s Ethical Theory*. Oxford: The Clarendon Press, 1980, p.23).

⁴⁴ Cf. ACKRILL, John L. *Aristotle on Eudaimonia*. In: *Proceedings of the British Academy*, Vol. 60, 1974, p.339-359; e KRAUT, Richard. *Aristotle on the Human Good*. New Jersey: Princeton University Press: 1991, pp.267-311.

quantos possíveis, levando-se em conta as particularidades presentes em uma determinada sociedade ou comunidade.

O que está em causa, portanto, não é a definição, o conceito do “bem”, de uma decisão “boa”, é a intencionalidade presente numa “atitude aretaica” – e talvez seja essa atitude a que se refere Bowin quando alega o “renascimento” da ética aretaica –, o ato do agente (o juiz, no presente estudo) pensar sobre como viver (ou decidir) em termos de caráter para além de regras ou intenções pré-determinadas⁴⁵. E não é preciso muito para se concluir que essa assertiva indica para alguns dos problemas jurídico-metodológicos a serem tratados mais à frente, dentre os quais a própria seleção de critérios eventualmente adotados para a tomada de uma decisão judicial; no entanto, pertinente uma consideração prévia acerca dos limites entre a ética e o direito⁴⁶.

É verdade que se falou mais de uma vez sobre um possível e intencional “bem maior”, mas a implicação da ética no direito, ou a pretensão de um direito condicionado à ética, conduz a um problema fundamental, que é a própria existência do direito. De fato, possibilitar que todo e qualquer dever moral seja conduzido à prestação jurisdicional é retirar do direito a juridicidade que lhe é particular; ao mesmo tempo, não se nega que o direito possa sofrer influência da ética, mas a pergunta fundamental é: “qual o limite dessa influência?”. Seria a ética limitada a modificar a “escala dos valores” utilizada pelo julgador quando da construção da decisão judicial⁴⁷, ou seria fundamento do próprio direito, de sorte que ela própria seria critério último da referida decisão? Certamente o *responsive judge*, sobretudo na primeira e na terceira perspectivas anunciadas na “Parte I” desta dissertação – aquele “caminho ao modelo aretaico” e a denominada “terceira via” –, se distancia da máxima jurisprudencialista segundo a qual o “direito não é a ética, mas tem uma dimensão

⁴⁵ CLARK, Sherman J. Neoclassical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-Making (and Law Teaching). In: Law and Practical Reason. Eds. Amalia Amaya and Ho Hock La. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp.81-82.

⁴⁶ Para desenvolvimento dos limites entre a ética e o direito, ver: HIBBEN, John Grier. "The Relation of Ethics to Jurisprudence." *International Journal of Ethics* 4, no. 2 (1894): 133-60. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2375432>. Acesso em 23 de maio de 2021; e HOLLAND, Thomas Erskine. *Elements of jurisprudence*. 3th ed. Oxford: The Clarendon Press, 1886, especialmente pp.24-36.

⁴⁷ Nesse sentido: PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.31.

ética”⁴⁸, ou ao menos dela difere na medida em que essa determinada ética já não só confere ao direito o sentido *de direito*, mas extrapola o seu momento constitutivo e busca identificar-se a ele em nome de uma representativa satisfação individual que não tem a ver, necessariamente, com uma intencional juridicidade. O que se tenciona, a um alto (senão a todo) custo, é um estado de pacificação social.

Tendo em conta justamente essa problemática é que se faz necessária a especificidade de uma ética das virtudes. Utilizar-se da *responsiveness* no sentido referido por Sourdin e Zariski é dizer que aquela ética assume uma função “auxiliar” do direito, no sentido de guiar os juristas na sua atuação, revelando-se uma espécie de “ética jurídica”, uma *responsive conduct*. O que estaria em causa, pois, não seria o método lógico pelo qual se aplica o direito, mas as qualidades do jurista. De outro modo seria o uso da *responsiveness* por Stępień, Nonet e Selznick, segundo os quais a ética das virtudes presente na *responsiveness* assume um papel “jurídico”, seja numa perspectiva epistêmica – em análise das decisões de um julgador que se considera virtuoso – ou constitutiva, em que a ética é condição de justificação do direito⁴⁹.

Assim, para que se possa compreender o *responsive judge* em todos os seus possíveis aspectos, é necessário prosseguir com a análise das suas demais “influências”, até porque não se busca, por ora, tratar das virtudes “em espécie” – questão esta que, adiantasse, não será tratada a tempo, mas é igualmente relevante –; o necessário para a sistematização geral da problemática é situar a “atuação ética” do julgador perante o próprio direito, caminho este que será o fio condutor da reconstrução crítica do(s) conceito(s) do *responsive judge*.

2. Sobre a “cooperação”, o juízo cooperativo ou colaborativo.

⁴⁸ Cf. NEVES, A. Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: *Digesta*, Vol. 3º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p.36.

⁴⁹ Sobre as três funções da ética aretaica possíveis no direito, ver: AMAYA, Amalia. *The Role of Virtue in Legal Justification*. In: *Law and Practical Reason*. Eds. Amalia Amaya and Ho Hock La. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp.51-66.

Pode parecer estranho, ao menos em um primeiro momento, imaginar que um juiz, no exercício da função adjudicativa, possa refletir sobre como ter uma vida plena e feliz – como referido por Stępień –; mas não é nada estranho a possibilidade de examinar a aplicação do direito sob uma perspectiva virtuosa. É claro que, para tanto, o direito deverá ser visto em parte não como um instrumento, e sim um elemento de autoconstrução social, na medida em que influencia diretamente o tipo de pessoa que nos tornamos, bem como o tipo de pessoa que devemos tentar ser a caminho de um bem maior⁵⁰, o qual, sem uma pretensão reducionista, pode ser considerado o desenvolvimento da sociedade, no sentido de que, indubitavelmente, não se pretende a desordem e o caos.

Tudo isso porque há um elemento necessário à ordem, que é a cooperação. Ainda que a ordem seja imposta, será necessária a cooperação daqueles que desejam manter a imposição, caso contrário instalar-se-á o caos, e com um “golpe” a agora antiga ordem é desfalecida em face de uma nova, que, de certa forma, também se impõe. Por outro lado, a cooperação pode elevar a ordem – e qualquer que seja ela – ao seu mais alto nível; em outras palavras, quanto maior a cooperação, maior será a possibilidade de autoconstrução da dita sociedade.

Logo, a depender dos “agentes cooperantes” é possível estimular ou, ao contrário, repreender uma determinada conduta. Voltemos, pois, ao direito propriamente. Pensemos em um julgador “cooperativo”, ou que inspire a cooperação: as decisões por ele proferidas teriam maior chance de uma autoconstrução da sociedade, ainda que microscopicamente representada nos litigantes? Ou ainda, com isso, estimular a própria cooperação entre eles? Como veremos adiante, é isso o que defende o *responsive judge*. Mas, por ora, é importante frisar que não se pretende com essa prática adjudicativa estimular um determinado “caráter” individual⁵¹, mas facilitar um possível caminho em direção ao desenvolvimento social.

⁵⁰ CLARK, Sherman J. Neoclassical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-Making (and Law Teaching). In: Law and Practical Reason. Eds. Amalia Amaya and Ho Hock La. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp.82-83.

⁵¹ Sherman Clark assevera que o direito e a política podem influenciar o caráter dos indivíduos de diversas formas, seja através das normas ou de pessoas com elevada consideração social que tencionam propagar um determinado valor. (CLARK, Sherman J. Neoclassical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-Making (and Law Teaching). In: Law and Practical Reason. Eds. Amalia Amaya and Ho Hock La. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp.84-90.) O problema dessa assertiva é o mesmo já criticado por Anscombe: seria necessária uma exata definição do que venha a ser “caráter”. Tal objetivo não se coaduna com o deste trabalho e, também, do *responsive judge*.

Um “juízo cooperativo” ou “colaborativo” – em oposição a um “juízo consultivo”⁵² – é aquele em que as partes litigantes participam ativamente da decisão a ser proferida pelo magistrado. Modelo comumente citado nesse sentido é o *Alternative/Adequate Dispute Resolution* (ADR), que propõe a solução de conflitos em mais de uma “camada”: uma superior, dita “aberta”, consistente na análise da posição das partes; e uma inferior, que tenciona um tratamento mais profundo, apropriado e adequado da disputa; pretende um “exame das pretensões, emoções, a relação entre as partes e entre elas e as comunidades às quais pertencem e outras considerações extrajudiciais que informam a disputa”⁵³.

Michal Alberstein, uma das precursoras no estudo sistematizado dos “novos” métodos de resolução de conflitos judiciais, elencou seis de seus princípios, quais sejam: 1) ênfase no processo – rejeita-se a metodologia normativista em nome da instrumentalidade e da funcionalidade dos princípios –; 2) intervenção construtiva orientada para o futuro – busca-se, de fato, um critério ideal de solução do conflito cujo enfoque não é, necessariamente, o cumprimento do disposto legal, mas no desenvolvimento ético da microssociedade representada pelos litigantes –; 3) desconstrução e “hibridização” – minimização do sistema adversarial ou acusatório, não devendo o julgador medir esforços a estreitar o(s) problema(s) e promover a negociação entre as partes –; 4) busca por uma “camada oculta” – busca-se o problema fundamental para além do litígio em si, seja ele de interesse econômico, emocional etc. –; 5) percepção de si na relação (jurídica) – o julgador deve ser empático, no sentido de se relacionar com as partes de forma a promover a composição e reduzir o conflito –; 6) trabalho comunitário e desenvolvimento “*bottom-up*” – ao contrário

⁵² Ver: EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. In: Harvard Law Review, Vol. 92, N° 2, pp.414-417. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340369>.

⁵³ “According to the collaborative approach, all disputes have several layers that should be addressed and examined. The top-most, overt layer, consists of the positions of the parties. A deeper layer, necessitating exposure, is formed by their interests, needs, emotions, and desires. Often, uncovering the layer of needs and interests reveals that the positions of the parties to the dispute may be disparate, yet their needs and interests are not contradictory but actually complementary or even mutual.” (PERLMAN, Karni. Settlement Adjudication and Judicial Responsiveness: The Choice Between a Wide and a Narrow Model. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, p.66).

de um sistema impositivo, busca-se uma perspectiva colaborativa com “ênfase popular”, permitindo que os litigantes negociem a melhor forma da composição do litígio –⁵⁴.

Tais “princípios” podem, muito bem, aplicar-se ao *responsive judge* como um todo, e isso porque o próprio conceito de responsividade aqui empregado demanda as mencionadas iniciativas por parte do julgador. Como será visto mais adiante, a responsividade imposta pela metodologia do *responsive judge* assume um sentido específico, o qual não se resume ao “poder de resposta” a um problema jurídico, que conteria a relação “eficiência do processo x satisfação da pretensão”, e abrange, também, o sentido que (possivelmente) assume a função adjudicativa. O juiz deixa de ser um telespectador do debate jurídico e passa a atuar como um facilitador da autocomposição ou, se esta for impossível, da resolução do problema com o já referido intuito do desenvolvimento social. Em outras palavras, o direito, de certa forma, é visto como um instrumento de construção ética; não se trata de um funcionalismo, que exige uma intencionalidade específica, seja ela política, econômica ou social; quando muito, poder-se-ia dizer que se trata de um “funcionalismo ético”, mas tal afirmativa, e a fundamentação que lhe impõe, só será possível após a experiência metodológica proposta mais adiante neste trabalho.

3. Sobre a “complexidade” da cooperação.

O princípio da cooperação, no entanto, é capaz de nos conduzir a um pressuposto epistemológico comumente adotado pelo *responsive judge*, o instituto da “complexidade”, ou, nesse sentido, uma espécie de “ordenamento jurídico complexo” à luz da cooperação ou da reciprocidade. Não pretendo adentrar nos pormenores socio-biológicos da complexidade e da cooperação. Basta, por ora, termos em conta o princípio de que a cooperação pode surgir e tornar-se estável quando presentes as condições necessárias, sendo certo que a cooperação e a reciprocidade têm como objetivo atingir um bem comum a todos.

⁵⁴ ALBERSTEIN, Michal. Judicial Conflict Resolution (JCR): a new jurisprudence for an emerging judicial practice. In: Cardozo J Conflict Resolut 16:879–965, 2015, pp.5-7.

Tomemos por base o já conhecido “dilema do prisioneiro”⁵⁵. O modelo teórico de uma competição baseada na previsibilidade de ação do oponente já foi aplicado aos mais diversos contextos sociais⁵⁶, e, ao que parece, também pode ser aplicado ao *responsive judge*. De fato, quando uma lide se inicia, inicia-se também uma relação adversarial envolvendo duas ou mais partes, litisconsortes ou não; as partes têm escolhas a fazer, fundamentos a invocar de acordo com a sua pretensão. No entanto, voltando ao dilema, as partes possuem basicamente quatro opções: 1) concordar com a pretensão contrária, estabelecendo-se um acordo; 2) concordar parcialmente com a pretensão contrária, reduzindo, ou não, o problema; 3) discordar completamente da pretensão contrária; ou 4) silenciar – não seria o equivalente a “não jogar”, como em alguns casos em que se dispensa o dilema do prisioneiro⁵⁷. O ato de silenciar, neste contexto, é uma possibilidade em virtude da relação jurídico-processual estabelecida, de sorte que não há opção de uma parte “não jogar”, e optar por não se manifestar gera consequências, ora mais significativas, ora menos, a depender do fato juridicamente relevante em relação ao qual foi chamada a indicar (ou não) a sua vontade –.

⁵⁵ O chamado “dilema do prisioneiro” é um exemplo comum na Teoria dos Jogos, cuja origem se deu na década de 1950 e, embora tenha sua autoria dedicada a Merrill Flood e Melvin Dresher, foi com Albert W. Tucker que ficou conhecido, a partir das notas não publicadas “*The two-person dilemma*”, hoje possível de consulta em “*Readings in Games and Information*”, editado por Eric Rasmusen (TUCKER, Albert W. *The two-person dilemma*. In: *Readings in Games and Information*. Ed. Eric Rasmusen. Oxford, Blackwell Publishing: 2001, pp.07-08). Em síntese, a situação retrata duas pessoas acusadas por um crime e detidas separadamente. Ambas são informadas de que: 1) se um confessar e o outro não, o primeiro receberá uma recompensa de “+1” e o último será punido ou multado em “-2”; 2) se ambos confessarem, cada um será punido com “-1”. Assim, as duas pessoas têm razão para acreditar que, 3) se nenhum deles confessar, ambos sairão ilesos. Esta situação dá origem a um jogo simétrico simples, onde, para cada indivíduo, a estratégia pura “confessar” domina a estratégia pura “não confessar”, ante a possibilidade de ser punido com “-2” na primeira hipótese. No entanto, é possível que o jogo tenha uma terceira pessoa, o Estado, que não exerce qualquer escolha, mas recebe recompensas da seguinte forma: 1) se os dois criminosos confessarem, a recompensa será de “+2”; 2) se apenas um confessar, a recompensa será de “+1”; e 3) se ambos não confessarem, não haverá recompensa. Desse modo, são contrapostos os interesses do Estado, em receber a maior pontuação possível, e das partes, em ser não ser punido, causando o referido “dilema”.

⁵⁶ “*Just as important as its use as an experimental test bed is the use of the Prisoner's Dilemma as the conceptual foundation for models of important social processes. Richardson's model of the arms race is based on an interaction which is essentially a Prisoner's Dilemma, played once a year with the budgets of the competing nations (Richardson 1960; Zinnes 1976, pp. 330-40). Oligopolistic competition can also be modeled as a Prisoner's Dilemma (Samuelson 1973, pp. 503-5). The ubiquitous problems of collective action to produce a collective good are analyzable as Prisoner's Dilemmas with many players (G. Hardin 1982). Even vote trading has been modeled as a Prisoner's Dilemma (Riker and Brams 1973). In fact, many of the best-developed models of important political, social, and economic processes have the Prisoner's Dilemma as their foundation.*” (AXELROD, Robert. *The Evolution of cooperation – Revised edition* –. New York: Basic Books, 2006, p.28).

⁵⁷ Ver: HARDIN, Russell. *Collective action*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982, p.30.

Cada uma das opções acima nos leva a uma determinada consequência. Havendo concordância entre as partes, pode encerrar-se a disputa judicial; havendo uma concordância parcial, a disputa prossegue apenas em relação à questão discordante, com uma determinada possibilidade de ganho e perda; o mesmo ocorre se houver discordância total, mas no tocante à lide como um todo, e com o silêncio, dado que, ainda que se possa haver “revelia” ou “deserção”⁵⁸, há chance de ganho ou perda, de acordo com as provas produzidas pela parte contrária.

Nota-se que apenas na primeira opção não há que falar em possibilidade de ganho ou perda, e isso porque as duas partes chegam a um consenso, cedendo ou não parte da sua pretensão. O mesmo não ocorre nas demais opções, havendo sempre uma probabilidade de que se prove o contrário do que se alega, razão pela qual, tal como no “dilema do prisioneiro”, é possível que as partes prefiram manter uma possibilidade de satisfazer sua pretensão inicial, ainda que a concordância possa levar a uma recompensa efetivamente superior. Daí que advinda a conclusão: para promover a cooperação são necessários incentivos externos, ou mesmo a coerção⁵⁹.

A realização do direito é, por óbvio, mais complexa do que o dilema do prisioneiro, quer porque necessárias outras etapas processuais ou axiológicas além da única escolha (ou não) pela cooperação, quer porque as possibilidades de decisão são diversas – e isso não se confunde com a imposição de uma determinada perspectiva do direito; digo isso em relação às decisões singularmente analisadas, i.é., são diferentes pelo simples fato de não serem a mesma –. No entanto, tal como num jogo cuja intenção é obter o maior número possível de pontos, poder-se-ia, no âmbito jurídico, criar um ambiente favorável à cooperação dos litigantes de forma a obter um bem comum?

O que está em causa, portanto, é a possibilidade de se criar no meio jurídico-metodológico um ambiente favorável à cooperação entre partes litigantes. Embora o julgador seja um agente alheio à cooperação em si, ou seja, não lhe cabe a escolha pela cooperação, ele deve, em verdade, criar um ambiente favorável à adoção de tais critérios cooperativos.

⁵⁸ Aplica-se aqui o termo “deserção” apenas para indicar a possibilidade de não manifestação pela parte autora, incluindo aqui a hipótese de “desistência” da pretensão.

⁵⁹ No mesmo sentido: HARDIN, Russell. *Collective action*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982, p.29.

Para tanto, é de se ter em conta quais as fontes do direito e os consequentes limite da juridicidade, quais os limites da atuação do magistrado.

Adotando as regras do já referido dilema, poder-se-ia experimentar algumas regras para se obter um melhor resultado. A primeira regra que distingue as pontuações altas das baixas é nunca ser o primeiro a desertar, ou não colaborar⁶⁰. Em virtude disso é que podemos pensar em um primeiro passo ao *responsive judge*: uma primeira e inicial colaboração, o que pode demonstrar aos litigantes ser a melhor forma de obter um bem comum.

Mas o que fazer quando uma das partes deserta ou não colabora? Temos uma segunda regra essencial do ambiente favorável ao *responsive judge*: o perdão (da não cooperação)⁶¹. Seria natural a uma parte desconfiar da outra quando esta última decidir por não colaborar, levando à preferência pela possibilidade de ganho e a continuidade do processo judicial. Deve o magistrado, portanto, no âmbito do *responsive judge*, esclarecer às partes que eventuais discordâncias podem ocorrer no processo de resolução da lide, mas lembrá-las de que o objetivo maior é o bem comum.

Contudo, ao contrário do que poderia ocorrer em uma simulação do dilema do prisioneiro, não há motivo para pensar em uma possível exploração pela parte não cooperante do “perdão” da parte contrária⁶². E isso porque, não se trata a prática jurídico-adjudicativa de uma competição numérica, de sorte que é possível alterar a regra do jogo: para promover a cooperação, além duas regras essenciais, quais sejam “nunca ser o primeiro a não cooperar” e “perdoar a não cooperação”, seria lógico instituir uma terceira regra, vale dizer, não punir aquele que coopera quando a parte contrária não o faz. Aliás, poder-se-ia pensar em um modelo ideal de cooperação, onde somente ela é premiada, enquanto a não cooperação nada resulta senão no possível andamento do processo⁶³.

⁶⁰ AXELROD, Robert. *The Evolution of cooperation – Revised edition* –. New York: Basic Books, 2006, p.33.

⁶¹ De acordo com os experimentos do dilema do prisioneiro, não perdoar a deserção do oponente é um dos fatores que levam à baixa das pontuações (Cf. AXELROD, Robert. *The Evolution of cooperation – Revised edition* –. New York: Basic Books, 2006, p.36.).

⁶² Cf. AXELROD, Robert. *The Evolution of cooperation – Revised edition* –. New York: Basic Books, 2006, p.47.

⁶³ Em experimento social com o dilema do prisioneiro, concluiu-se que o sucesso da cooperação é influenciado diretamente pela diferença de recompensas entre as escolhas exigidas dos participantes: quanto maior a diferença, maior a probabilidade de os agentes cooperarem; a probabilidade diminui, porém, quando a diferença entre as recompensas diminui, cedendo cada vez mais os participantes à pretensão individualista e “egoísta” (Cf. HARDIN, Russell. *Collective action*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982, pp.29-30).

Essa cooperação “bondosa” – no sentido do pretendido “bem comum” –, porém, (im)põe um obstáculo ao direito e à própria decisão judicial. É verdade que a atitude cooperativa leva à condução de uma discussão “amigável”, de forma a minimizar as controvérsias em questão; da mesma forma, contudo, a própria essência da cooperação põe em causa o *ius dicere*, ao poder institucional que dá força ao direito autonomamente considerado. E se mantida a concepção do *ius dicere*, além do *ius reddere*, é possível concluir que a cooperação, na verdade, é secundária não é necessária quando do momento constitutivo do direito ou, em outras palavras, a “não cooperação” deve necessariamente levar ao “perdão” porque em nada altera a construção da decisão judicial e, por isso, nada mais é do que uma conduta a ser adotada pelo magistrado, e não um elemento necessariamente metodológico.

Em outras palavras não pode o direito ser livrado da sua necessária imposição institucional, que faz prevalecer a jurisdição em face das pretensões individuais. Assim, não punir aquele que age de má-fé, por exemplo, deve ser limitado à conduta do magistrado, uma vez que tentar induzir o juízo em erro para ter a pretensão satisfeita é ato que afronta não só o direito, mas a própria intencionalidade invocada pelo *responsive judge* – a de atingir um bem comum –. Assim, a “punição” deve existir ao menos para pôr força na decisão judicial, obrigando seu cumprimento.

4. Sobre a “empatia”.

Para uma melhor cooperação, portanto, para compreender a exata medida em que deve se aproximar dos litigantes, é fundamental que o juiz assuma uma certa empatia⁶⁴, de sorte que, independentemente do modelo decisório a ser adotado, é possível dizer que um juiz “cooperativo” é, essencialmente, um juiz “empático”, ou seja, aquele capaz de observar as pretensões individuais e compreendê-las de fato, devendo projetar, e somente projetar,

⁶⁴ Assumindo uma parcela do retrato do “juiz literário” de Nussbaum, há que se falar que a aproximação dos litigantes se dá por um *background* de “conhecimento empático”, pelo qual o julgador mede a extensão do problema não enquanto jurídico, e sim como “sofrimento” da parte litigante. A empatia, contudo, deve ser transcendida pelo juiz na construção da decisão judicial, de sorte que lhe serve enquanto momento de reconhecimento do problema em sua totalidade e, dessa forma, tida como uma “emoção racional” (Ver: NUSSBAUM, Martha C. *Justicia Poetica: La imaginación literaria y la vida pública*. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997, p.127 e ss.).

uma estrutura abstrata da realidade em que tais pretensões fossem as suas próprias, habilidade esta que já foi invocada como “essencial ao juiz”⁶⁵. E para aqueles que defendem um “julgamento empático”⁶⁶ – e me refiro diretamente a William J. Brennan Jr. e Thomas B. Colby – a sua limitação pela própria norma pode incorrer em um erro ainda maior do que o comumente alegado “ativismo”⁶⁷: ignorar a importância da força emocional e intuitiva na construção de uma racionalidade “saudável”⁶⁸, i. é., benéfico à resolução do conflito em prol do desenvolvimento ético.

No entanto, é preciso dizer que o juiz não estaria – ou não deveria estar – livre para decidir irracionalmente e elevar as suas razões pessoais e emocionais acima do próprio direito⁶⁹, ainda que de forma a promover a cooperação – “*A call for empathy in judging is not a call to decide cases on the basis of sympathy, or anything else other than law*”⁷⁰ –; em verdade, é preciso que uma norma adequada, “responsiva” portanto, limite a sua atuação, ainda que de forma implícita, tal como a dosagem ou fixação da pena no direito penal⁷¹, ou

⁶⁵ Cf. CHIN, Denny. Sentencing: A Role for Empathy, 160 U. Pa. L. Rev. 1561 (2012), p.1562. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol160/iss6/1. Acesso em 19 de abril de 2021; e COLBY, Thomas. In Defense of Judicial Empathy (2012). Minnesota Law Review, Vol. 96, p. 1944, 2012, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-129, p. 1945. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2180945>. Acesso em 19 de abril de 2021.

⁶⁶ Para um estudo no sentido contrário, ver: WEST, Robin. The Anti-Empathic Turn. In: Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 678, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/678>. Acesso em 12 de setembro de 2021. Para West, a empatia é uma espécie de “dano colateral” advindo do raciocínio tradicional e moralista norte-americano, que nada tem a contribuir com o “julgamento científico” do futuro.

⁶⁷ Ver: WARDLAW, Kim M. Umpires, Empathy, and Activism: Lessons from Judge Cardozo, 85, Notre Dame L. Rev. 1629 (2010). Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol85/iss4/6>. Acesso em 19 de abril de 2021.

⁶⁸ BRENNAN, William J. Jr. Reason, Passion, and the Progress of the Law. In: Cardozo Law Review, vol. 10, no. Issues 1-2, October/November 1988, pp. 09-10.

⁶⁹ Diferentemente da empatia, isso seria a “simpatia”, sentimento moral de acordo com a qual o julgador se afiliaria a uma das partes. Nesse sentido, ver: BANDES, Susan A. Empathetic Judging and the Rule of Law. In: Cardozo Law Review De Novo, 2009, pp.133-148. Disponível em: http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2018/07/BANDES_2009_133.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2021; e HENDERSON, Lynne. Legality and Empathy. In: Michigan Law Review 85, 1987, pp.1574-1654. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol85/iss7/7>. Acesso em 12 de setembro de 2021.

⁷⁰ COLBY, Thomas. In Defense of Judicial Empathy (2012). Minnesota Law Review, Vol. 96, p. 1944, 2012, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-129, p. 1997. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2180945>. Acesso em 19 de abril de 2021.

⁷¹ A exemplo do ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal estabelece no artigo 59 que cabe ao juiz, “atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”, dentre outras medidas, estabelecer a quantidade de pena aplicável, observado os limites legais. Nota-se que a maioria, senão todos os elementos a avaliar não dispõem de regras fixas para o cálculo da pena. É o próprio juiz quem quantificará, a partir dos seus critérios pessoais e observado, obviamente, os limites legais, o *quantum* da pena imposta ao condenado. Disposição semelhante é a do artigo 71, 1, do Código Penal Português.

o próprio princípio do devido processo legal – ambos os exemplos têm uma amplitude interpretativa que pode (e deve, segundo essa corrente) conter elementos além da própria norma⁷² –. O que está em causa, portanto, não é uma emoção que conduz o julgador a uma decisão irracional; ao contrário disso – uma vez mais com Nussbaum – trata-se de compreender em que medida a empatia, a compaixão ou qualquer outra “emoção” pode contribuir para um melhor julgamento⁷³.

Poder-se-ia argumentar, então, que os julgadores utilizam critérios diversos na fixação da pena, por exemplo, de acordo com a sua experiência e suas convicções pessoais. Ocorre que, para um ideal de “julgamento empático” – diga-se, um modelo que utiliza a empatia para compreender o sentido do litígio para as partes e, assim, propor, com base no sistema jurídico disponível, a solução que melhor satisfaz as necessidades sociais invocadas. E isso não significa dizer que o resultado será um necessário “bom julgamento”, mas apenas que a empatia pode tornar o juízo mais eficiente⁷⁴ –, isso não é exatamente um problema; descarta-se a possibilidade de um juiz Hércules doworkiniano justamente em virtude da diversidade existente em qualquer que seja a sociedade ou comunidade em que se aplica o direito⁷⁵. Os juízes podem divergir sobre determinadas circunstâncias do crime, ora desconsideradas, ora tidas como “agravantes” – no sentido amplo –; não há dúvida que a apreensão de 650kg de entorpecente recomenda seja majorada a pena do sentenciado⁷⁶, mas

⁷² BRENNAN, William J. Jr. Reason, Passion, and the Progress of the Law. In: Cardozo Law Review, vol. 10, no. Issues 1-2, October/November 1988, pp. 11-12.

⁷³ NUSSBAUM, Martha C. Justicia Poetica: La imaginación literaria y la vida pública. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997, pp.107 e ss.

⁷⁴ Ver: COLBY, Thomas. In Defense of Judicial Empathy (2012). Minnesota Law Review, Vol. 96, p. 1944, 2012, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-129, pp.1997-1998.

⁷⁵ Nesse sentido, Colby refere que “[...] *everyone has a tendency to empathize more with those who are most like them—with those whose perspectives, experiences, and situations are most like their own. Federal judges tend to come from certain backgrounds. They are likely to have privileged upbringings, elite educations, and professional experience as prosecutors, government attorneys, or corporate lawyers. As such, they will subconsciously tend to empathize with the powerful, the elites, and the insiders*”. (COLBY, Thomas. In Defense of Judicial Empathy (2012). Minnesota Law Review, Vol. 96, p. 1944, 2012, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-129, pp.2001-2002.)

⁷⁶ Ver: EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. JUSTIFICADO. MINORANTE NEGADA. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA N. 7/STJ. REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Ainda que presente apenas duas circunstâncias negativas, sua especial gravidade em concreto, a quantidade da droga apreendida - 650 Kg de maconha -, justifica a exasperação da reprimenda básica, pois consoante orientação jurisprudencial deste STJ, "A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos" (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe

um caso limítrofe pode ilustrar o referido: dois ou mais juízes podem divergir sobre o fato de 100 gramas de entorpecente constituir ou não quantidade elevada, a justificar o aumento da pena fixada⁷⁷.

Ora, não há evidência de que os juízes, embora discordem sobre a quantidade de droga necessária a majorar a pena, tenham sido mais ou menos empáticos em relação às partes, no caso o acusado e os valores representados pelo Ministério Público, mas também não se pode dizer que não o fizeram de forma implícita⁷⁸. Isso se torna mais claro quando o

09/06/2016).[...] (STJ – AgRg no AREsp: 115941 SP 2017/0144754-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2018).

⁷⁷ A exemplo dos seguintes casos. No primeiro entendeu-se que 100 gramas da droga “cocaína” justifica a elevação da pena, enquanto no segundo os julgadores entenderam exatamente o contrário.

a) EMENTA. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). RECURSOS DEFENSIVOS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. ELEMENTOS NOS AUTOS HÁBEIS À COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DO COMÉRCIO ILÍCITO PRATICADO PELOS APELANTES. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO QUE DEMONSTRAM A REALIZAÇÃO DO TRÁFICO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS HARMÔNICOS ENTRE SI. PLEITO NEGADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE SE MOSTRA IDÔNEA. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (MAIS DE 100G DE COCAÍNA) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. OBSERVÂNCIA AO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. REPRIMENDA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJ-SC – APR: 50143192020208240008 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 5014319-20.2020.8.24.0008, Relator: Alexandre d’Ivanenko, Data de Julgamento: 25/03/2021, Quarta Câmara Criminal)

b) EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO. PENA-BASE. AUMENTO. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO PROVIDO. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, no tocante ao delito de tráfico de drogas, “a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto o aumento da pena-base, a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas (AgRg no REsp 1.855.025/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020)” (AgRg no HC 634.869/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 25/05/2021). 2. Hipótese em que, nada obstante a natureza da droga (cocaína), a quantidade apreendida não se mostra relevante (aproximadamente 100 gramas), aspecto que, associado à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, não tem aptidão para supedanejar a exasperação da pena-base, tampouco o recrudescimento do regime prisional. [...] (STJ – AgRg no AREsp: 1756351 SE 2020/0234768-4, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 03/08/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2021)

⁷⁸ Aliás, segundo Colby, a empatia seria elemento inevitável da decisão judicial, pois, necessariamente, os juízes reconhecerão nas partes a sua própria experiência, ainda que em graus mais ou menos intensos de acordo com cada julgador: “A *skeptic would certainly be warranted in asking why, if empathy in judging just means seeing and appreciating the human element of the case from all sides, does President Obama focus so much on empathy for particular groups? Why does he say that he is specifically looking for someone with the “empathy to understand what it’s like to be poor, or African-American, or gay, or disabled, or old?” The answer stems from the problem of empathic blind spots. All judges—unless they are psychopaths—will invariably empathize to some degree with at least some of the parties before them. It would be impossible to*

magistrado utiliza de palavras que pressupõem o ato de se projetar nos litigantes. A título de exemplo, apenas para ilustrar a possibilidade de haver empatia quando da decisão judicial, no julgamento do Mandado de Segurança nº 0014379-04.2021.8.21.7000, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o julgador consignou que pôde compreender “a difícil situação da parte, por maioria de razão na ocasião da pandemia [...]”⁷⁹; e isso não significa que ele concordou com o pedido do requerente, o que poderia, eventualmente, constituir fato a macular sua imparcialidade. Aliás, no caso em questão, embora tenha “compreendido a situação da parte”, o julgador indeferiu a pretensão.

Não se trata a empatia, pois, de um elemento metodológico propriamente, mas de um princípio-guia para a seleção dos critérios jurídicos disponíveis e eventualmente invocados. Assim, munida de sua subjetividade, ela é considerada elemento essencial ao *responsive judge*, de sorte que não representa qualquer discricionariedade do julgador – embora haja o risco de recorrer já não à empatia, mas à simpatia –, e sim um ato que o aproxima das partes litigantes e, de certa forma, “legítima” a aplicação do direito perante a sociedade, de forma a relacionar (ou identificar?) o problema jurídico do problema ético, seja através da *responsiveness* ou mesmo da *responsive conduct*. A empatia – ou ainda “compaixão” – reveste o magistrado da capacidade de compreender a exata extensão do problema posto em causa, o que lhe possibilitará selecionar os critérios que melhor respondam a ele, no sentido da já mencionada pacificação social⁸⁰.

Assim, não é preciso mais para retomar o ponto central da problemática deste trabalho. Para que possamos experimentar um modelo de cooperação na metodologia jurídica, devemos atentar, primeira e fundamentalmente para as seguintes questões: em que pese seja uma prática promovida pelo julgador, trata-se de uma prática autonomamente

even try to balance equities or interests if a judge did not at least subconsciously appreciate another's perspective.” (COLBY, Thomas. In *Defense of Judicial Empathy* (2012). *Minnesota Law Review*, Vol. 96, p. 1944, 2012, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-129, p.2001)

⁷⁹ TJ-RS – MS: 70085008266 RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Data de Julgamento: 28/05/2021, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: 01/06/2021. Nesse mesmo sentido, ver: TJ-SP – AC: 00012634719818260224 SP, Relator: Giffoni Ferreira, Data de Julgamento: 24/09/2013, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/10/2013, em que o julgador conclui que “o que se vê dos autos é mesmo a difícil situação da parte apelada, que desde 1981 busca acerto da situação [...]”.

⁸⁰ Cf. NUSSBAUM, Martha C. *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997, pp.127-128.

“jurídica”? Se sim, quais os possíveis limites da juridicidade? Se não, estaria já o direito fadado à morte, como referido pela terceira via do *responsive judge*?

Com efeito, um dos problemas fundamentais tanto da “complexidade” da cooperação como da “empatia” que lhe é intrínseca, é o fato de que os agentes renunciam a um certo grau de liberdade – e de critérios da sua atuação –. No nosso caso, então, o juiz, ao julgar de forma cooperativa ou colaborativa, estaria sujeito à renúncia de alguns critérios para adotar outros próprios dos agentes cooperantes, vale dizer, as partes litigantes – a fonte do direito, portanto, passa a ser a vontade dos litigantes –. E não é só. Se instituído um modelo no qual não há valoração imediata acerca das escolhas das partes, não seria o mesmo que dizer que há ausência de juízo, ou seja, não se está, de fato, aplicando o direito?

Revela-se aqui um problema metodológico e, conquanto o tema seja tratado com mais afinco na próxima seção, faz-se necessária uma breve crítica ao modelo “empático”. O risco presente nas sentenças acima já nos é conhecido e amplamente discutido: a autonomia do direito *como direito* certamente cederia em favor da ética – como, aliás, aludido na Parte I deste trabalho, fundamentalmente nas seções 2.3 e 2.4 –. Tal como referido anteriormente, poder-se-ia pensar em um “funcionalismo ético”, no qual o objetivo da função adjudicativa passa a ser apenas e tão somente a realização da ética, concretizando-se a “morte do direito”⁸¹. Contudo, não é isso que pretendem os defensores do *responsive judge*; não se nega que o julgador, quando da promoção da cooperação, deverá se atentar ao problema em si, sem perder de vista um possível *summum bonum*, a realização do bem comum. No entanto, o direito autonomamente considerado deve se manter íntegro, já que a prática responsiva é apenas uma possibilidade de resolução do problema com vista à eventual consequência da aplicação da metodologia dita “tradicional” – aquela comumente adotada na sociedade ou comunidade em questão –.

Em outras palavras, para que seja possível sustentar que o *responsive judge* comunga da autonomia do direito, será necessário estabelecer os limites da juridicidade a serem respeitados pela prática jurídico-decisória, o que, por si só, justifica as seções seguintes, sobre a teoria do direito e a metodologia jurídica.

⁸¹ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. Law and Society in transition: toward responsive law. New York: Routledge, 2017, pp.115-118.

5. Sobre a *restorative justice*.

Antes, no entanto, de prosseguir com a metodologia e a teoria do direito, faz-se necessário um breve, mas não menos importante, comentário acerca de uma necessária *restorative justice* invocada por qualquer das percepções de *responsive judge* tratadas na Parte I desta dissertação. É que, embora não examinada de forma sistematizada, está pressuposta no conjunto teórico da *responsiveness* uma intencional *restorative justice*, substancialmente no que tange a uma pretendida “pacificação social”⁸².

Por óbvio, a *restorative justice* em estudo não há de ser restrita à justiça criminal baseada na restituição há muito difundida⁸³, mas ampliada a uma justiça de princípios locais⁸⁴, de forma a reafirmar o “*deeply contested concept*” que lhe é particular, i.é., “*a complex idea, the meaning of which continues to evolve with new discoveries*”⁸⁵. Nesse sentido, resta claro que o *responsive judge* pretende seguir uma determinada orientação ética – quer limitada à *responsive conduct*, quer direcionada à constituição do problema jurídico e da realização do direito – fundamentada na já examinada ética das virtudes; pretende ainda um modelo de justiça cooperativa e empática – nos sentidos já tratados nas seções 2 a 4 desta Parte II – tendente a restaurar a harmonia social; sem prejuízo disso, há uma abordagem específica acerca da “punição”, em sentido amplo, vale dizer, se não é possível retirar a autoridade do direito sob pena de torná-lo ineficaz – como já deduzido ao final da seção 3

⁸² Das três perspectivas abordadas na Parte I desta dissertação, apenas a concepção universalista assume que o julgador invoca a *restorative justice* com a finalidade da reconstrução e da pacificação social. Assim, *judges with a restorative justice orientation and problem solving courts try to assist victims, offenders, and their communities gain healing and peace* (SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, p.18).

⁸³ Ver: EGLASH, Albert. Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term. In: The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, vol. 48, no. 6, Northwestern University School of Law, 1958, pp. 619–622. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1140258>. Acesso em 20 de setembro de 2021. A ideia embrionária de Eglash foi desenvolvida de forma mais sistemática a partir da década de 1990, fundamentalmente com Howard Zehr em “Changing Lenses” (1990), Martin Wright em “Justice for victims and offenders” (1991), Wesley Cragg em “The Practice of Punishment” (1992) (cf. VAN NESS, Daniel W., STRONG, Karen H. Restoring justice: an introduction to restorative justice – 4 ed. –. Cincinnati: Anderson Publishing, 2010, pp.24-26).

⁸⁴ Ver: BRAITHWAITE, John. Restorative justice and responsive regulation. New York: Oxford University Press, 2002, especialmente pp.239 e ss.

⁸⁵ VAN NESS, Daniel W., STRONG, Karen H. Restoring justice: an introduction to restorative justice – 4 ed. –. Cincinnati: Anderson Publishing, 2010, p.41.

desta Parte II – busca a menor sanção possível a fim de inspirar a cooperação entre as partes com a possível e consequente “pacificação”⁸⁶. Pretensões essas que cumprem o exato sentido da *restorative justice* ora invocada⁸⁷.

Assim, aquela visão consequencialista mencionada por Mateusz Stępień e posteriormente revisitada na seção 1 desta Parte II traduz um particular ideal de justiça, uma justiça que tenciona não só restaurar o *status quo* social, mas fornecer subsídios para a retomada da autoconstrução ética enquanto sociedade ou comunidade. Ora, presente aqui a justificativa da responsabilidade do julgador enquanto “administrador” da prestação jurisdicional, tal como proposto por Sourdin e Zariski, senão uma figura ainda de “educador”, que além de prezar pela maior “eficiência” do seu futuro ato decisório, utiliza o direito como verdadeira ferramenta de correção ética ou ainda moral, se considerada a micro-relação das partes litigantes.

Esta brevíssima consideração acerca da *restorative justice* invocada pelo *responsive judge* é fundamental não só para a reconstrução crítica do seu conceito, o que será feito na Parte III mais adiante, como à compreensão do que está em causa quando da pretensão de eventual decisão judicial, no âmbito metodológico, ou do próprio direito, enquanto teoria jurídica. Entretanto, por ora, basta ter em conta que a primeira está presente no arcabouço teórico do segundo e, de certa forma, contribuirá ainda para as considerações sobre a metodologia e a teoria do direito realizadas a seguir.

6. Sobre a metodologia e a teoria do direito.

De acordo com Sourdin e Zariski, o *responsive judge* não adota, necessariamente, uma determinada perspectiva do direito⁸⁸, até porque não está em causa criticar uma certa doutrina positivista ou não positivista – inclusivos/includentes ou exclusivos/excludentes⁸⁹

⁸⁶ Sobre a intencional pacificação social, ver: BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002, especialmente pp.169 e ss.

⁸⁷ ZERNOVA, Margarita. *Restorative Justice. Ideals and Realities*. Ashgate e-book, 2007, p.35.

⁸⁸ SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: *The Responsive Judge – International perspectives*. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, p.04.

⁸⁹ Para introdução à sistemática do positivismo: WALUCHOW, Wilfrid. Legal positivism, inclusive versus exclusive. In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge. Retrieved September 18, 2008. Disponível em: <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>. Acesso em 01

–. Ou seja, não se pretende criticar qualquer que seja a relação “juridicidade/moralidade” como “regra de reconhecimento” do direito – equívoco este que será demonstrado adiante – ; adotar-se-ia, em verdade, uma posição generalista segundo a qual o direito é um estado de ordem aplicado a uma sociedade ou comunidade específica, revelando suas características através da sua aplicação metodológica. Efetivamente, a *responsive conduct* defendida por Sourdin e Zariski pouco tem a contribuir com o debate, senão o fato de não se relacionar com a norma, mas com aqueles são os destinatários do direito a exigem, de certa forma, uma condução “responsiva” dos procedimentos e processos jurídicos.

As outras duas perspectivas anunciadas na primeira seção também não se filiam expressamente a qualquer doutrina jurídica, talvez numa tentativa de desviar dos vários caminhos já amplamente difundidos, a exemplo dos acima mencionados, sem, contudo, indicar outro. No entanto, para não se curvar ao reducionismo próprio da indiferença, é preciso dizer que o *responsive judge*, ao menos enquanto um caminho ao modelo “aretaico” ou na sua terceira via, aceita uma teoria local, paroquial, do direito⁹⁰, de sorte que o papel do julgador, enquanto “autoridade” fruto de uma determinada cultura local, é justamente mediar as razões particulares em vista a uma razão “superior” – não no sentido qualitativo, mas no sentido de que sobrepõe às primeiras em virtude da referida autoridade que lhe é concedida –. Estaríamos caminhando a uma “*service conception of authority*”(?)⁹¹; ocorre que todo o “respeito à autoridade”, desenvolvido mais por Nonet e Selznick do que por Stępień⁹², cederá em algum momento à *responsiveness*, de modo que a direção é rapidamente

de agosto de 2021. Da mesma forma, para introdução aos não positivistas: ALEXY, Robert. Effects of Defects-Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's Law as a Moral Judgment. In: Ratio Juris, 19, 2006, pp. 169-179. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00322.x>. Acesso em 20 de setembro de 2021; e ainda LA TORRE, Massimo. On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: “Exclusive” versus “Inclusive”. In: Ratio Juris, 19, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00324.x>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

⁹⁰ Ver: RAZ, Joseph. Can There Be a Theory of Law?. In: BLACKWELL GUIDE TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY, Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004, especialmente pp.14-18. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1010287>. Acesso em 09 de maio de 2021.

⁹¹ Para desenvolvimento: RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. In: The Monist, Vol. 68, Nº. 3, The Concept of Law, 1985, pp. 295-324. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27902922>. Acesso em 31 de julho de 2021; e RAZ, Joseph. Authority and Justification. In: Philosophy & Public Affairs, Vol. 14, Nº. 1, 1985, pp. 3- 29. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2265235>. Acesso em 31 de julho de 2021.

⁹² Não por acaso, Nonet e Selznick têm por solução uma legislação que favoreça a *responsiveness*, razão pela qual estariam, a partir daí, totalmente de acordo com Raz, no sentido de que a razão do julgador se afastaria das razões particulares. E isso porque, paradoxalmente, retornaria às razões particulares em virtude da “autoridade” que lhe foi concebida. Já Stępień se utiliza desse “conceito paroquial” para se aproximar do

alterada rumo a outros destinos possíveis: no caso da terceira via, o mais provável seria um positivismo inclusivo/includente – particularmente incorporacionista, com Coleman e Kramer, a depender uma vez mais da (in)existência de limite à juridicidade, tema este que regressarei adiante –, enquanto o “modelo aretaico” pode se dirigir ainda ao(s) não positivismo(s).

Não é preciso ir adiante, por ora – o problema será retomado na Parte III –. Como dito anteriormente, os autores do *responsive judge* se esquivam da problemática da “teoria do direito”, razão pela qual classificá-los exatamente sob esse prisma não é importante neste momento, e somente a indicação dos destinos possíveis já é suficiente para retornar ao problema central deste trabalho, que é o metodológico, até porque, a maior preocupação parece ser, de fato, compreender o meio pelo qual o direito se aplica e quais as possíveis consequências das decisões judiciais no ordenamento jurídico e nas relações micro- e macro-sociais. E as influências até aqui tratadas fornecem indícios do que se pode dizer acerca da metodologia jurídica invocada pelos defensores do *responsive judge*.

É comum que os referidos autores convoquem, como já mencionado na introdução à problemática, os preceitos invocados por Oliver Wendell Holmes Jr. quando da realização da prática adjudicativa. No entanto, proponho uma análise evolutiva das influências jurídico-metodológicas cujo intuito é dar “responsividade” às decisões judiciais, até porque haveria, segundo Sourdin e Zariski, uma fase “passiva” ou “clássica” do *responsive judge*⁹³, cuja orientação não se resume a Holmes e se desenvolve com base em autores também ligados ao realismo jurídico – como Lon Fuller e Jerome Frank⁹⁴–.

modelo dworkiniano de um juiz Hércules, cujas virtudes são construídas através da sua jornada de autoconstrução prática.

⁹³ SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: *The Responsive Judge – International perspectives*. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, p.02.

⁹⁴ De fato, Fuller tem muito a contribuir com o *responsive judge*, notadamente no reconhecimento do “elemento humano” presente no julgamento, e na eventual incorporação de elementos não “adjudicativos” na construção da decisão judicial. Para desenvolvimento nesse exato sentido: FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. *The Forms and Limits of Adjudication*. In: *Harvard Law Review*, Vol. 92, nº 2, 1878, pp. 353-409. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1340368>. Acesso em 08 de abril de 2020. Da mesma forma que Fuller, senão em maior medida, Jerome Frank pode fornecer subsídios essenciais ao *responsive judge*. E embora tenha por partida muitos dos pressupostos de Holmes, apresenta interessante defesa da responsabilidade do julgador enquanto pessoa, e dos possíveis elementos não jurídicos a serem utilizados na decisão judicial. Ver: FRANK, Jerome. *Are Judges Human? Part 1: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings*. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 80, 1931, pp.17-53. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3. Acesso em 03 de abril de 2021.

A experiência metodológica nesta primeira fase deve seguir os seguintes princípios: 1) o julgador deve se atentar ao que as partes têm a dizer; 2) o julgador deve explicar a sua decisão de forma a fornecer uma resposta substantiva à pretensão das partes; 3) a decisão deve ser fortemente sensível às provas e argumentos das partes, no sentido de se fundamentar com base nessas provas e argumentos⁹⁵. Dessa forma, o juiz assumiria duas funções distintas, a primeira consistente na própria resolução de disputa, e a segunda consistente em “fazer regras para governar a conduta futura”⁹⁶, ambas guiadas por normas de atenção, explicação e capacidade de resposta. A primeira é aplicável a toda e qualquer demanda, uma vez que diz respeito à identificação do problema; a segunda, embora cada vez mais exigida aos sistemas normativos⁹⁷, quer porque essencial à garantia do contraditório e da ampla defesa, quer porque tenciona limitar a arbitrariedade da decisão, consiste em poder aceitar exceções em eventuais ordenamentos jurídicos; por fim, a capacidade de resposta é justamente o que distingue a prática adjudicativa, de forma que há uma verdadeira “participação” dos agentes envolvidos: as partes, que possuem a liberdade, ainda que limitada de alguma forma pela lei, de narrar os fatos e produzir as provas que lhes são cabíveis, ou indicar aquelas que desejam ser produzidas, e o julgador, que analisa e se limita às questões de fato e de direito indicadas para promover uma decisão. E talvez seja exatamente nesse “limite” onde se encontra o problema da responsividade – aqui entendida como “capacidade de resposta” –, já que, ao mesmo tempo em que o julgador pretende responder ao problema posto em causa, ele não deve ou deveria perder de vista o sistema jurídico e sua constituição.

Assim, qual é o limite da função do julgador? Para não incorrer numa incongruência com um sistema de precedentes, tal como aquele imposto à “primeira fase” do *responsive judge*, poder-se-ia fundamentar a decisão em questões evidentemente não invocadas pelas partes, constituindo julgamento *extra* ou *ultra petita*? A resposta daqueles que defendem um

⁹⁵ EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, vol. 92, no. 2, 1978, pp. 411–412. Disponível em: www.jstor.org/stable/1340369. Acesso em: 22 de abril de 2021.

⁹⁶ O que está em causa nesta afirmação não é uma diferença entre o *civil law* e o *common law*, mas apenas e tão somente a reafirmação de um certo sistema de precedentes, em que uma decisão pode assumir diversas funções: criar ela própria o direito, servir de critério para a aplicação da norma ou (re)constituir o sistema jurídico a fim de assimilar os problemas futuros.

⁹⁷ No Brasil, o artigo 11 do Código de Processo Civil, regulado agora pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, reforçou o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

juízo dotado de responsividade é de que “não é desejável, mas é admissível”⁹⁸. Não por acaso, os exemplos comumente invocados são de “juízos administrativos”, em que não há, de fato, uma necessária racionalidade jurídica.

Logo, é possível concluir que a “primeira fase” do movimento não é mais do que o próprio realismo jurídico norte-americano, mas observado através de uma perspectiva outra, qual seja, a sua capacidade de resposta, ou sua “responsividade”. Por isso passível das mesmas críticas feitas em relação àquele realismo, aproximando-se de um funcionalismo⁹⁹ ou até mesmo de um ativismo judicial. Já não é oferecida uma racionalidade jurídica, mas uma racionalidade outra assumida pela atividade jurídica, preocupando-se com o contexto da investigação e ignorando o da fundamentação¹⁰⁰; a “metódica jurídica” adotada, em verdade, não é jurídica, mas assumidamente ética e, nesse sentido, consequencialista, resumindo-se o direito a um instrumento de realização do interesse ético.

Ciente dos problemas iniciais, a “segunda fase” do *responsive judge* é marcada justamente pela “responsabilidade” do julgador. Como veremos, não é mais do que uma forma de radicar as críticas feitas à primeira fase e um ensaio à resolução do problema ético, é verdade, mas observado os limites jurídicos. O problema do *responsive judge*, portanto, não é jurídico, mas ético, a forma de resolução é que é jurídica. Agora o juízo virtuoso toma forma e método-lógico para realização do direito: não basta que o julgador siga os “antigos” princípios de resposta ao problema – como se aproximar das partes e proferir decisão substantiva e baseada na prova produzida –, é necessário se atentar para a intencionalidade

⁹⁸ Cf. EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, vol. 92, no. 2, 1978, p.414. Disponível em: www.jstor.org/stable/1340369. Acesso em: 22 de abril de 2021.

⁹⁹ Ver: COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. ETC: A Review of General Semantics, vol. 2, no. 2, 1944, pp. 82–115. Disponível em: www.jstor.org/stable/42575667. Acesso em 25 de abril de 2021; e LLEWELLYN, Karl N. Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed, 3 *Vanderbilt Law Review* 395 (1950). Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol3/iss3/4>. Acesso em 25 de abril de 2021.

¹⁰⁰ NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica (Problemas fundamentais). Coimbra: Coimbra editora, 2013, p.53.

decisória e o *background* do julgador enquanto vasto conhecedor da sociedade que o convoca¹⁰¹ e responsável pela resolução da pretensão individual (ou coletiva)¹⁰².

A metodologia aqui adotada é facilmente identificada. No tocante ao reconhecimento do problema, é preciso que o julgador tenha conhecimento suficiente acerca daquilo que é posto em causa, e o conhecimento técnico-jurídico para definição da juridicidade já não é suficiente se a intencionalidade adotada for a da “responsividade”. Os critérios adotados para o reconhecimento do problema, portanto, são reduzidos e favorecem a discricionariedade do julgador, que pode ou não se utilizar de institutos legais para tanto – refiro-me às “perícias” judiciais –. Este momento de “reconhecimento” é fundamental à responsividade do juízo não só como uma etapa “eliminatória”, i.é., considerar o problema(-ético) jurídico ou não, ou melhor, se deve ser submetido à jurisdição; a forma pela qual o julgador conhece do problema pode alterar sensivelmente o resultado da decisão¹⁰³.

Esta última consideração nos conduz ao problema da imparcialidade do magistrado. Vê-se no *responsive judge* um julgador essencialmente parcial, mas apenas no que tange ao problema. No tocante às partes, os já mencionados princípios da cooperação e da empatia exigem que o julgador se abstenha de qualquer valor referente ao problema em causa e se concentre na relação estabelecida entre as partes. No entanto, o conjunto axiológico proveniente do reconhecimento do problema é que guiará o magistrado na construção de uma decisão adequada e dotada de responsividade. Por esse motivo, é fundamental que o julgador busque conhecer o problema da forma mais independente possível, de forma a não

¹⁰¹ Cf. WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges Learning, Speaking and Acting-Part I-Tentative First Thoughts: How May Judges Learn." *Arizona Law Review*, vol. 36, no. 3, Fall 1994, pp. 540-542. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/arz36&i=549>. Acesso em 25 de abril de 2021.

¹⁰² É nesse sentido a análise de John Goldberg ao observar o sistema jurídico como um reflexo de duas responsabilidades: a primeira diz respeito à responsabilidade individual, de não lesão injustificada ao direito alheio; 2) a segunda consiste numa responsabilidade governamental, que exige do Estado mecanismos para satisfazer as pretensões individuais ao mesmo tempo que exige limites para eventual composição do litígio. (Ver: GOLDBERG, John C. *Judging Responsibility, Responsible Judging*, 64 *DePaul L. Rev.*, 2015, pp.476-485. Disponível em: <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol64/iss2/11>. Acesso em 25 de abril de 2021.)

¹⁰³ Aliás, a questão levou o próprio Jack Weinstein a questionar a sua legitimidade para atuar como juiz naqueles casos em que conheceu o problema de forma independente, sem consultar as partes, o que, segundo ele, poderia reduzir o grau de discricionariedade do julgador (WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges Learning, Speaking and Acting-Part I-Tentative First Thoughts: How May Judges Learn." *Arizona Law Review*, vol. 36, no. 3, Fall 1994, p. 557. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/arz36&i=549>. Acesso em 25 de abril de 2021.)

preferir uma determinada posição porque dela compartilhou quando da sua investigação¹⁰⁴. E isso também significa que o juiz deve esclarecer às partes a forma pela qual adquiriu determinado conhecimento, a fim de possibilitar eventuais indagações e oposições, consumando-se assim a cooperação.

Reconhecido o problema, passa-se à construção da decisão propriamente dita. A seleção de critérios adota desde já a *responsiveness*, no sentido inicialmente analisado, vale dizer, indica a qualidade de uma “resposta” não só rápida e/ou adequada, mas também sensível, “empática” à justiça microscópica (ao problema) e à justiça macroscópica (ao sistema ético-jurídico) – ao mesmo tempo que o juízo dotado de *responsiveness* busca responder às partes litigantes, ele tem a responsabilidade de “dialogar” com aqueles que não participam diretamente da lide¹⁰⁵, numa clara demonstração da intencionalidade ética da decisão judicial. Esse “diálogo”, em verdade, não é uma comunicação direta entre magistrado e comunidade/sociedade, mas uma percepção das reações obtidas das decisões

¹⁰⁴ Para ilustrar a consideração, poder-se-ia citar uma vez mais Weinstein, que retrata o caso de um juiz que, ao investigar o problema, participou de palestras promovidas indiretamente por uma das partes (Ver: WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges Learning, Speaking and Acting-Part I-Tentative First Thoughts: How May Judges Learn." *Arizona Law Review*, vol. 36, no. 3, Fall 1994, pp. 559-560. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/arz36&i=549>. Acesso em 25 de abril de 2021.) No entanto, poder-se-ia propor um exemplo fictício e mais próximo à nossa cultura jurídica. Basta imaginarmos a seguinte situação: um juiz recebe uma ação em que as partes discutem uma multa contratual referente à locação/arrendamento de um imóvel, ora estabelecida em quatro prestações/rendas; o locatário pretende desocupar o imóvel antes do prazo estabelecido e deseja não pagar a multa estabelecida no contrato, enquanto o proprietário a exige integralmente. Ocorre que o locatário do imóvel é conhecido promotor de cursos e palestras *online*, nas quais discute com especialistas a situação política e econômica que o país enfrenta, e quais as possíveis modificações *de fato* que podem interferir em contratos juridicamente válidos. Suponha que o magistrado é interessado pelos assuntos tratados pela parte (locatário) e assiste aos vídeos por ela promovidos, principalmente um deles, em que se diz que, em caso de pandemias, as multas previstas em contrato de locação/arrendamento devem ser relativizadas, já que os contratantes estão expostos a uma condição excepcional e podem onerar de forma demasiada uma delas. Independentemente do assunto, que envolve “caso fortuito ou força maior”, o juiz consumiu o conteúdo promovido e coaduna com as informações trazidas pelo locatário. Dessa forma, em analogia ao problema comentado por Weinstein, o juiz estaria fadado à imparcialidade em relação às partes, já não em relação ao problema, e isso porque previamente maculado com um conhecimento formulado pelo locatário. E o mesmo ocorreria se o magistrado fizesse duras críticas negativas em relação ao conteúdo consumido, já que estaria predisposto a julgar em favor do proprietário do imóvel.

¹⁰⁵ Ver: WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges' Learning, Speaking, and Acting: Part II Speaking and Part III Acting." *University of Dayton Law Review*, vol. 20, no. 1, Fall 1994, pp. 05-06. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/udlr20&i=9>. Acesso em 25 de abril de 2021.

judiciais; há uma necessidade de diálogo direto, no entanto, entre magistrados¹⁰⁶, ampliando o princípio da cooperação –.

Já em relação ao limite da aplicação da norma, no *responsive judge* a moralidade sobressai à própria norma, de forma que as normas não são tidas como critérios absolutos. Nesse sentido, “[...] *if the judge believes he or she is called upon to commit an act that crosses the line of morality and decency, the judge should make that view known, and the judge's colleagues should respect his or her decision. The Nazi judges' silence, acquiescence, and active participation in the gravest injustices serves as a reminder that the duty to decide cases in accordance with statutes or precedent is not absolute.*”¹⁰⁷.

O fato é que a discricionariedade pelo julgador está presente no *responsive judge*. A sua medida, no entanto, será revelada pela estrutura da realidade; não é necessário, porém, que a aplicação do direito desrespeite eventual “direito fundamental” para que o julgador adote um critério diverso daquele imposto pela norma, ou deixe de adotá-lo – podendo proferir assim uma decisão *contra legem* –; em verdade o que se deve observar é a realidade que se apresenta, e em razão dela, além de observada a intencionalidade da *responsiveness*, é que é realizada a seleção dos critérios adequados à construção da decisão judicial, levando assim o problema à atenção dos tribunais, através de eventuais recursos, e do Poder Legislativo.

Não é possível falar, pois, à luz da *responsiveness*, em uma única decisão correta, há possibilidades de decisões mais ou menos adequadas à realidade apresentada. Aliás, aceita-se a premissa “humana” de que “*every judge makes mistakes*”¹⁰⁸, de sorte que eventual decisão contrária ao ordenamento jurídico e à própria *responsiveness* não coloca em risco a referida prática adjudicativa. Em razão disso, embora seja possível reiterar a crítica feita à “primeira fase” do *responsive judge*, no sentido de um juízo arbitrário ou

¹⁰⁶ WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges' Learning, Speaking, and Acting: Part II Speaking and Part III Acting." *University of Dayton Law Review*, vol. 20, no. 1, Fall 1994, pp. 13-14. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/udlr20&i=9>. Acesso em 25 de abril de 2021.

¹⁰⁷ WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges' Learning, Speaking, and Acting: Part II Speaking and Part III Acting." *University of Dayton Law Review*, vol. 20, no. 1, Fall 1994, p. 25. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/udlr20&i=9>. Acesso em 25 de abril de 2021.

¹⁰⁸ WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges' Learning, Speaking, and Acting: Part II Speaking and Part III Acting." *University of Dayton Law Review*, vol. 20, no. 1, Fall 1994, p. 31. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/udlr20&i=9>. Acesso em 25 de abril de 2021.

ativista, os seus defensores contemporâneos afirmam que o limite para uma atuação jurisdicional dotada de responsividade deve ser o próprio direito (im)posto em determinada sociedade ou comunidade, minimizando os efeitos de eventuais decisões metodologicamente problemáticas.

Por fim, antes de proferir a decisão (ou concomitante a isso[?]), há ainda um momento posterior à seleção dos critérios normativos, um momento de “empatia”¹⁰⁹ onde o julgador expressa a sua intencionalidade consequencialista e fundamentalmente ético-jurídica. É verdade que os critérios já foram selecionados com fundamento na *responsiveness*, a forma da fundamentação, a narrativa decisória, porém, é o que consolida as influências até aqui tratadas. Se antes a discricionariedade estava restrita à seleção dos critérios, agora abrange o aspecto formal da decisão judicial; o julgador é livre para fundamentar suas decisões, ainda que, quando muito, limitado às pretensões individuais, mas os riscos do discurso “empático” e arbitrário também já são conhecidos¹¹⁰ – e voltamos à questão da (im)parcialidade –.

Pois, agora, estamos em condições de enfrentar os problemas metodológicos propriamente, mas, antes disso, proponho uma reconsideração crítica do que venha a ser o *responsive judge*, após o que, estabelecido esse fio condutor, será possível analisar exatamente o que está em causa sem incorrer no risco de levar a efeito críticas injustificadas acerca de eventual prática adjudicativa que, conquanto siga os preceitos da *responsiveness*, não compartilha da sua metodologia jurídica.

¹⁰⁹ Ver: WEINSTEIN, Jack B. "Three Gates to Justice." *Litigation*, vol. 26, no. 2, Winter 2000, p. 3-70. HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/laba26&i=85>. Acesso em 25 de abril de 2021.

¹¹⁰ Os riscos de um julgamento baseado unicamente na empatia foram analisados por Thomas B. Colby, que, em defesa de um julgamento “empático”, afasta a afirmação de que o julgador que se identifica mais com uma das partes do que com outra é conduzido a uma simpatia injusta (Ver: COLBY, Thomas. In *Defense of Judicial Empathy*. *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 2012, pp. 2008-2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2180945>. Acesso em 27 de abril de 2021). Ocorre que o autor defende um ideal de juiz que se limita a se aproximar das partes, deixando de lado outros problemas da prática adjudicativa, motivo pelo qual não pode ser considerado senão um adepto de parte do *responsive judge*, ou melhor, com ele tem em comum a pretensão de um juiz que busca compreender a realidade apresentada por cada uma das partes.

PARTE III

RECONSTRUÇÃO CRÍTICA DO CONCEITO DE *RESPONSIVE JUDGE* E OS PROBLEMAS JURÍDICO-METODOLÓGICOS

1. Reconstrução crítica do conceito de *responsive judge*.

Pois bem. O que é o *responsive judge*? Após analisar o conjunto teórico que compõe a prática adjudicativa, vê-se que se apresenta ora como uma figura de juiz, ora como um pretensioso modelo decisório, que pode assumir, de fato, perspectivas diversas, ora assumindo uma *responsive conduct* consistente numa “atuação ética” do julgador, ora assumindo uma *responsiveness*, já num sentido epistêmico e constitutivo do direito. Não está em causa, contudo, um juízo que pretende ser “aretaico” – como propôs Stępień –, embora a prática “decisória” adote uma certa ética das virtudes. O julgador que pretende uma decisão responsiva ou dotada de responsividade é consciente da inalcançabilidade do ideal *summum bonum* aristotélico, ao mesmo tempo que se utiliza da *phronêsis* para compreender o problema em duas dimensões, vale dizer, uma micro-relação, consistente na relação jurídica estabelecida pelas partes, e uma macro-relação entre a pretensão individual e o sistema ético-jurídico. Daí que o primeiro desafio metodológico do *responsive judge* é justamente a “definição da juridicidade”, e justamente por isso é que Nonet, Selznick e Stępień perdem muito ao não enfrentar a problemática da “teoria do direito”.

A intencionalidade presente no *responsive judge*, portanto, é substancialmente ética e formalmente consequencialista, já que a aplicação do direito, já adotada a *responsiveness*, pois, em verdade, sucumbe à própria ética, consumando-se a “terceira via” identificada por Nonet e Selznick. Aliás, levando-se em conta a dicotomia “integridade-abertura” – no sentido exposto na seção 2.3 da Part I –, não é possível que o sistema jurídico se mantenha íntegro frente às forças externas que são o próprio objeto da intencionalidade da prática adjudicativa, o que nos leva a outros problemas (jurídico-) metodológicos do *responsive judge*: as decisões *contra legem*, *extra* e *ultra petita*. Ao contrário do que sustentam Nonet e

Selznick, a adaptação “responsável”, “discriminatória” e “seletiva” das influências externas ao direito de fato ocorrem, mas o propósito ético de autocorreção torna a prática adjudicativa um verdadeiro funcionalismo ético, de sorte que a autonomia do direito não se sustenta.

Além disso, é verdade que, como referem Sourdin e Zariski, o julgador que invoca a *responsive conduct*, não ainda a *responsiveness*, assume uma posição ativa perante a relação jurídica e deve conduzir as partes por um caminho de cooperação e empatia, ciente de todos os problemas sociais que as aflige, bem como as deficiências presentes no ordenamento jurídico e na estrutura política construída para a sua aplicação, tornando-se um verdadeiro “administrador”, porquanto a *responsive conduct* adota, aqui, aquela ética “auxiliar” ao direito. Ocorre que a “humanidade” – no sentido tratado por Colby, i.é., o conjunto de sentimentos e pensamentos não racionais, portanto, percebidos pelo ser humano em qualquer atividade – invocada pelo julgador possibilita um tratamento parcial, ou seja, uma necessária simpatia pela parte que compartilha das suas próprias intenções, colocando em “xeque” a sua imparcialidade no tocante à aplicação do direito.

E não é só. A intencionalidade consequencialista e fundamentalmente ética da *responsiveness*, já não *responsive conduct*, somada à cooperação e à empatia do julgador conduz à seleção discricionária ou até arbitrária dos critérios para construção da decisão, em nome de uma *restorative justice*. Em primeiro lugar porque, nesse contexto, o problema ético está acima do sistema jurídico, motivo pelo qual o julgador avança sobre os limites do direito para alcançar o seu objetivo final de auto-(re)construção social; em segundo lugar porque, justamente em virtude do comprometimento de sua imparcialidade, estaria sujeito à seleção dos critérios que melhor se adequam às suas pretensões pessoais que sejam compartilhadas por alguma das partes envolvidas no litígio em questão; em terceiro lugar porque a intencional “pacificação social” pode conduzir a eventuais abusos por qualquer dos agentes processuais, desde que haja concordância dos demais, ou seja, o discurso da “pacificação” pode ser desvirtuado a ponto de ser resumido a um “acordo” qualquer, ainda que injusto, o que será justificado quando do ensaio de uma “metódica responsiva”, na seção 3 desta Parte III.

Ocorre que, embora levantados todos esses problemas jurídico-metodológicos, trata-se de uma prática que vem ganhando seu espaço no cenário global. Os métodos

alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution – ADR*) têm demonstrado que uma condução “responsiva” – e não necessariamente dotada de “responsividade” –, da disputa jurídica pode ensejar uma maior satisfação das pretensões individuais, aumentando assim a capacidade de resposta do Poder Judiciário¹¹¹. E no tocante aos *ADR*, adota-se aqui um sentido amplo, i.é., todos aqueles métodos que não demandam um processo judicial, incluindo-se a arbitragem, a mediação e a conciliação, no âmbito cível, e as transações penais, o *plea bargain* (nos Estados Unidos da América), o acordo de não persecução penal (no Brasil), o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo (em Portugal), estes no âmbito criminal.

Logo, a tendência aqui é de se concluir que se trata o *responsive judge* de uma prática limitada a um momento alheio ao processo judicial – prévio ou concomitante, já que possível a tratativa independente pelas partes ainda que pendente a disputa jurídica – ou um momento de afirmação, ou não, do problema jurídico, razão pela qual é “adjudicativa” porquanto se utiliza de parcela da jurisdição para fazer a respectiva decisão válida perante o sistema jurídico. Contudo, conforme já referido, trata-se de uma prática em expansão e, de certa forma, como será visto fundamentalmente na Parte IV deste trabalho, alguns ordenamentos jurídicos têm adotado preceitos legais que compartilham, ou possam eventualmente compartilhar da *responsiveness* e acabam por importar, também, consequências indesejáveis à integridade do sistema jurídico, o que será retratado na experiência metodológica a ser realizada na terceira parte deste trabalho. Por ora, passarei à crítica dos problemas metodológicos mencionados para, depois, testar sua ocorrência em casos reais e práticos.

¹¹¹ Nesse sentido, recente estudo sobre a importância dos métodos alternativos de solução de conflitos em tempos de crise, a exemplo da pandemia do COVID-19: AHMED, Masood. *Alternative dispute resolution during the Covid-19 crisis and beyond*. In: *King’s Law Journal*, Vol. 32, 2021, pp.147–156. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09615768.2021.1886651>. Acesso em 02 de outubro de 2021. O mesmo otimismo é pode ser visto no âmbito penal: CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. *Mediação penal: Inserção de meios alternativos de resolução de conflito*. In: *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 13, 2013, pp. 118-135. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2013.1.12593>. Acesso em 02 de outubro de 2021. Ver ainda: BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002, pp.246-248; e SOURDIN, Tania. *Alternative Dispute Resolution*. 5th ed. Sydney: Thomson Reuters, 2016, pp.38-40.

2. Os problemas jurídico-metodológicos.

2.1. A definição e o limite da juridicidade.

De fato, o primeiro problema aqui indicado é o da definição e do limite da juridicidade. Como já foi referido anteriormente, o risco que se corre ao adotar o *responsive judge* como prática adjudicativa e sobretudo jurisdicional é, de fato, a perda dos limites do direito e, conseqüentemente, a sua autonomia *como direito*. E embora o movimento rejeite assimilar um determinado “conceito de direito”, é verdade que a questão da “concepção do direito” é invocada quando da definição do próprio problema posto em causa¹¹², que se quer jurídico, ainda que ético-jurídico, sob pena de o próprio direito sucumbir e se tornar desnecessário à estrutura sócio-política em que se apresenta. O que os defensores do *responsive judge* parecem ignorar, ou ao menos não aprofundam a discussão, é que o limite do direito é uma questão normativa e não empírica, que pode ou deve ser percebida pela cooperação ou empatia do julgador.

Por óbvio, a *responsiveness* é melhor assimilada pelas concepções realistas do direito na medida em que o imperativo normativo tem índole psico-sociológica, ao contrário de um positivismo jurídico, dotado de índole exegético-analítica. No entanto, a defesa cabível à referida prática adjudicativa é de que a definição da juridicidade e os respectivos limites são aqueles próprios do direito (im)posto, ou seja, o *responsive judge* é sim “adaptável” porque, neste momento, a intencionalidade típica do movimento ainda não tem atuação, já que limitada a etapa posterior, vale dizer, a própria construção da decisão. Assim, para que se apresente como prática adjudicativa, o *responsive judge* não deve – diferente do que descrito por Sourdin e Zariski – tencionar resolver todo e qualquer problema que se apresente, numa atuação desenfreada não mais de julgador, mas de administrador social.

A problemática ora proposta é fundamental, portanto, para que o movimento se firme como figura de juiz ou ainda prática jurisdicional, mas, como dito, parece ter sido

¹¹² NEVES, A. Castanheira. O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade. In: O homem e o tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira. J.A. Pinto Ribeiro (Coord.). Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 1999, pp.87-114, e NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica (Problemas fundamentais). Coimbra: Coimbra editora, 2013, p.208.

esquecida numa intenção de universalizar a própria definição do *responsive judge*, sem antes incorrer no esvaziamento axiológico próprio da juridicidade.

Dessa forma, podemos retomar uma palavra sobre a “teoria do direito”. Decerto, como já mencionado anteriormente, o *responsive judge*, nas modalidades epistêmica e constitutiva (do direito), é incompatível com o positivismo exclusivo/excludente e a tese de separação de Joseph Raz, justamente em virtude da sua intencionalidade própria, da busca por um determinado bem comum que não necessariamente jurídico e eventualmente, ou melhor, prioritariamente ético. Também não seria o caso de um positivismo inclusivo/includente *tout court* – com Waluchow – posto que, como será visto, talvez a mera inclusão, retratada na pretendida conformidade da validade do sistema jurídico com os princípios morais, não seja suficiente à pretensão da *responsiveness*. Proponho, pois, testarmos a adequação do *responsive judge* a um positivismo inclusivo/includente incorporacionista – com Coleman e Kramer – e, a depender dos resultados obtidos, caminharmos ainda pelo(s) não positivismo(s).

De fato, a ideia de uma “norma responsiva” levantada por Nonet e Selznick vai ao encontro do incorporacionismo de Coleman, no sentido de que o cenário ideal seria aquele em que a própria legislação concede à moral o poder de sobrepô-la. Dessa forma, a moralidade é o verdadeiro fio condutor da validade da norma, de sorte que ao direito caberia “criar novas razões morais” para que o julgador e o legislador ajam cada qual na sua função institucional. Assim, diferentemente do positivismo inclusivo/includente, a moral é que incorpora o direito¹¹³. A estrada pensada por Nonet e Selznick, portanto, não se distancia da de Coleman na medida em que os primeiros, como vimos na primeira seção desta

¹¹³ “The question is whether and in what way law and other considerations bear on what we have moral reason to do. If we must always do what morality requires us to do, then the only time we would be permitted to act on the basis of considerations that appear to be ‘non-moral’ is when morality itself counsels us to do so. It follows that one should act on the basis of the law’s reasons only when morality counsels that one do so. Of course, this immediately raises the question of when morality so counsels. The answer is that acting on the basis of law’s directives is required by morality only when doing so ‘serves’ morality - that is, makes it more likely that one will conform to the requirements of morality than one otherwise would. Law serves morality insofar as it creates new moral reasons for acting, identifies the action called for by the balance of reasons, or makes concrete, in a given set of circumstances, what morality requires. To the extent that law serves morality, morality provides a place for law. Morality defines the place of law within rational agency and for action based on law’s demands. This is the sense in which morality incorporates law, and not, as inclusive legal positivism would have it, the other way around.” (COLEMAN, Jules L. The Architecture of Jurisprudence. In: Yale Law Journal, vol. 121, no. 1, 2011, p.49. HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ylr121&i=3>. Acesso em 06 de setembro de 2021).

dissertação, buscam legitimizar a moralidade como justificativa para a atuação do julgador perante os casos invocados pelos particulares, enquanto o último pretende reconhecer a existência de um positivismo que não exclui os “insights” dworkinianos e acolhe a ideia segundo a qual princípios morais são utilizados quando da prestação jurisdicional¹¹⁴, de sorte que a moralidade se apresenta já como condição da juridicidade¹¹⁵.

Contudo, Kramer, na sua autodenominada *measured attitude toward Incorporationism*¹¹⁶, parece ser um caminho ainda mais provável para os autores do *responsive judge*. E isso porque, ao tratar da moralidade como uma – não a única – condição suficiente para o reconhecimento da norma jurídica, Kramer fornece-lhes a flexibilidade própria do conceito “paroquial” do direito – aproximando-se, também, de Raz –. De fato, sucumbir a um “incorporacionismo robusto” seria perder de vista a autoridade – que convoca não apenas o “poder” de se impor, mas a “responsabilidade” por se impor¹¹⁷ – pretendida na perspectiva universalista ou ainda na terceira via; talvez, o predomínio único e exclusivo moral seja interessante ao instrumentalismo do “modelo aretaico”, que nada mais seria do que uma adaptação de um juiz Hércules numa jornada de autocultura e experiência aretaica, de modo que possível tantas decisões divergentes quanto o número de experiências próprias dos julgadores¹¹⁸, e, por isso, já lhe seria útil atravessar a fronteira rumo ao(s) não positivismo(s), e caminho diverso não haveria ante o debate incorporacionista e as já mencionadas influências jurídico-metodológicas que permeiam o movimento conturbado do *responsive judge*.

Ora, se é verdade que a concepção universalista e a *responsive conduct* não contribuem de forma significativa ao debate, não é menos verdade que a “terceira via” flerta com problemática do(s) não-positivismo(s) – enquanto o “modelo aretaico” nela mergulha

¹¹⁴ Cf. COLEMAN, Jules L. Negative and Positive Positivism. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, 1982, pp. 139-164. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724159>. Acesso em 07 de setembro de 2021.

¹¹⁵ A ideia apresentada em *Negative and Positive Positivism* se consagra em: COLEMAN, Jules L. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: *Legal Theory*. Cambridge University Press, 4(4), 1998, pp. 381-425. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1352325200001099>. Acesso em 07 de setembro de 2021.

¹¹⁶ KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. New York: Oxford University Press Inc., 2008, p.17.

¹¹⁷ KRAMER, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism: law without Trimmings*. New York: Oxford University Press Inc., 2003, pp.200 e ss.

¹¹⁸ Cf. KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. New York: Oxford University Press Inc., 2008, p.30.

– . Conquanto Nonet e Selznick sejam considerados “pessimistas” no tocante ao direito autônomo, i.é., acreditam que, se o direito não ceder a um determinado interesse político ou econômico, cederá ao problema estritamente ético, é possível concluir que essa *tese* serve de pretexto a uma intencional *restorative justice* – no sentido daquela tratada na seção 5 da Parte II –, uma justiça além daquela possível ao(s) positivismo(s), ou melhor, uma justiça que serve, em última análise, como correção de eventual injusto causado por eventual norma efetivamente reconhecida pelo direito (im)posto. E já não é preciso mais para convocar o argumento do não-positivismo includente.

É que o já aludido respeito à autoridade, ainda que possível a intenção de ultrapassá-lo, certamente impossibilita desconsiderar jurídica a norma moralmente defeituosa – próprio do não positivismo excludente atribuído por Alexy a Beyleveld e Brownsword¹¹⁹ –, sob pena de reduzir a autoridade à arbitrariedade moral do julgador, o que não se pretende nem mesmo no caminho ao “modelo aretaico”, que reconhece a base “formal-positivista” do magistrado¹²⁰, fundamento este a guiar seus limites na jornada em busca da prática decisória aretaica; e apenas para seguir com a mesma classificação proposta por Alexy, também não há falar em não-positivismo super-includente, pois já restou demonstrada que a relação juridicidade-moralidade está para o *responsive judge* além de uma conexão qualificativa ou qualificadora¹²¹, e o defeito moral da norma, indubitavelmente, deverá ao menos questionar

¹¹⁹ Cf., de forma sucinta, em: ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. In: Ratio Juris, 23, 2010, p. 176. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x>. Acesso em 20 de setembro de 2021. Ou, para maior desenvolvimento: ALEXY, Robert. Effects of Defects-Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's Law as a Moral Judgment. In: Ratio Juris, 19, 2006, pp. 169-179. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00322.x>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

¹²⁰ Cf. STĘPIEN, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: Virtue, Law, and Justice. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing: 2013, pp. 139-140.

¹²¹ “The fourth distinction refers to two different kinds of connection between law and morality. I shall call the first ‘classifying’, the second ‘qualifying’. A classifying connection is reflected in the claim that norms or systems of norms that do not meet a certain moral criterion are, for either conceptual or normative reasons, not legal norms or legal systems. A qualifying connection is reflected in the claim that norms or systems of norms that do not meet a certain moral criterion can indeed be legal norms or legal systems, but, for either conceptual or normative reasons, are legally defective legal norms or legal systems. What is crucial is that the asserted defect is a legal defect and not simply a moral defect. Arguments addressed to qualifying connections are based on the assumption that necessarily legal ideals are contained within the reality of a legal system. Thus, instead of a ‘qualifying’ connection, one could also speak of an ‘ideal’ connection.” (ALEXY, Robert. The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism. Transl. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson – reimpr. – Oxford: Clarendon Press, 2004, p.26).

a validade jurídica, aproximando-se, no mínimo, de uma conexão classificatória, ressalvada uma vez mais a *responsive conduct*.

Contudo, o referido respeito à autoridade demanda uma exata medida para indicar quando deve haver correção da norma. A começar por uma das extremidades, de fato, o *responsive judge* parece aceitar que defeitos morais somente confrontariam a validade jurídica em caso de injustiça. Mas qual (in)justiça? Inimaginável seria um julgador adepto ao *responsive judge* silenciar perante uma decisão judicial em desacordo com direitos humanos ou fundamentais; contudo será necessário romper com Alexy e Radbruch e retomar uma possível e intencional *restorative justice*, não restrita à justiça criminal baseada na restituição há muito difundida¹²² e ampliada a uma justiça de princípios locais¹²³. Assim, inimaginável também seria um julgador adepto ao *responsive judge* aplicar de plano norma em desacordo com preceitos morais, sobretudo aqueles invocados pelas micro-relações sociais entre os litigantes. Se, para o não-positivismo incluyente de Alexy, existe a possibilidade de decisões *contra legem* em caso de “injustiça extrema”¹²⁴, a *responsiveness*, por seu turno, exige do julgador uma justiça específica, a *restorative justice* no já mencionado sentido (tratado na seção 5 da Parte II), motivo pelo qual é preciso cogitar a possibilidade de decisões *contra legem* quando possível a realização da

¹²² Ver: EGLASH, Albert. Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term. In: The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, vol. 48, no. 6, Northwestern University School of Law, 1958, pp. 619–622. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1140258>. Acesso em 20 de setembro de 2021. A ideia embrionária de Eglash foi desenvolvida de forma mais sistemática a partir da década de 1990, fundamentalmente com Howard Zehr em “Changing Lenses” (1990), Martin Wright em “Justice for victims and offenders” (1991), Wesley Cragg em “The Practice of Punishment” (1992) (cf. VAN NESS, Daniel W., STRONG, Karen H. Restoring justice: an introduction to restorative justice – 4 ed. –. Cincinnati: Anderson Publishing, 2010, pp.24-26).

¹²³ Ver: BRAITHWAITE, John. Restorative justice and responsive regulation. New York: Oxford University Press, 2002, especialmente pp.239 e ss.

¹²⁴ Em referência à Fórmula de Radbruch, Alexy refere tratar-se de uma “*expresión de un concepto no positivista del derecho. Según este concepto, lo que sea el derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material]. Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho. Según ella, el derecho positivo sólo pierde su validez (Geltung) cuando, como disse Radbruch, “la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que «derecho injusto» (‘unrichtiges Recht’), ha de ceder ante la justicia”*. Tal es el caso cuando se traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto. Podemos por tanto dar a la fórmula de Radbruch esta redacción abreviada: El derecho extremadamente injusto no es derecho” (ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 23, 2000, pp.204-205).

restauração/restituição pretendida – e retornaremos a este ponto mais adiante, em seção adequada –. Logo, o que interessa neste momento é apontar a outra extremidade do problema: se é necessário respeito à autoridade normativa, quando os defeitos morais contestam a validade jurídica? Paradoxalmente, quando a norma atentar contra a *responsiveness*, ou seja, não basta retirar do julgador a possibilidade de uma decisão dotada de responsividade, deve ser contrária a própria *responsiveness* ora invocada.

Pois já estamos em condições de uma palavra final sobre a definição e os limites da juridicidade e a retomada da metodologia. O *responsive judge* certamente reconhece os perigos da relação direito-moralidade e, por vezes, deixa de aprofundá-los em virtude do que acredito seja uma tentativa de fuga do debate acima proposto. Com efeito, são invocadas proposições diversas a fim de garantir sua aplicabilidade sem as críticas que lhe são necessárias; ao invocar um “conceito paroquial” do direito, quer relativizar a autoridade (e a autonomia?) própria do direito com o fito de “incluir”, à sua medida, a moralidade presente nas demandas judiciais particulares, e sempre guiado pela intencional *restorative justice*, razão pela qual lhe é mais conveniente adotar proposições menos extremistas, a exemplo do positivismo includente-incorporacionista, mais precisamente aquele moderado – com Kramer –, ou um não-positivismo includente, com Alexy. Posto isso, respeita-se a autoridade “local” legitimada para criação e aplicação do direito, sem perder de vista uma desejável moral que lhe fundamente ou, quando não, permita as correções necessárias ao seu objetivo restaurativo.

Nessa problemática da “teoria do direito” vem intrínseca uma determinada interpretação jurídica. Trata-se, em primeiro lugar, de determinar “que modo se haverá de assimilar o sentido normativo-jurídico dessas normas”¹²⁵ ora apresentadas; no âmbito do *responsive judge* a índole problemática resta clara que é o sentido da ética, não qualquer ética, mas aquela insurgida de uma particular construção das “éticas das virtudes”. Logo, a interpretação das normas – a reforçar o modo pelo qual a “teoria do direito” se apresenta aqui – tem na *responsiveness* seu verdadeiro guia, de modo que o “núcleo duro” do sistema jurídico será formado por aquelas normas que sejam aptas a fornecer uma “resposta” não só

¹²⁵ NEVES, A. Castanheira. O Sentido Actual da Metodologia Juridica. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 75, 2003, p.136. Ver também: NEVES, A. Castanheira. O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I. Coimbra: Coimbra editora, 2003, especialmente pp.45 e ss.

rápida e/ou adequada, mas também sensível, “empática”, ao problema posto em causa. É preciso dizer que, com isso, existirá o risco de uma eventual arbitrariedade interpretativa pelo julgador que, sob o discurso da “empatia” e das “emoções” que lhe são particulares, poderá buscar satisfazer interesses próprios ou alheios ao próprio bem comum objetivado pelo *responsive judge*, criando um paradoxo que só poderá ser resolvido, talvez, pela responsabilidade jurisdicional assumida pelo julgador, na medida em que a “virtude” é o que separa a realização do justo e do injusto.

Por isso, e uma vez mais, em virtude do que foi exposto, reforço que não deveria o movimento do *responsive judge* se evadir das proposições aqui formuladas, ainda que delas alguém discorde. Trata-se o presente estudo de um ensaio crítico ao agitado e, naturalmente, confuso conjunto teórico invocado por cada um dos principais autores que discorrem sobre o tema ainda em construção, e que demonstra sua capital importância diante do cenário de debate jurídico contemporâneo, de forma que, justamente por isso, guiará a reconstrução crítico-reflexiva sobre os demais problemas metodológicos apresentados a seguir.

2.2. As fontes do direito.

Dito isso, o próximo problema metodológico torna-se evidente: “quais as fontes do direito e em que medida são invocadas pelo *responsive judge*, já como critério de decisão judicial?”. Embora aplicável a mesma premissa acima mencionada, no sentido de que o problema das fontes do direito em geral está condicionado à concepção do direito¹²⁶, o caminho se torna mais turvo quando considerada a intencionalidade própria da *responsiveness*; não se nega que, a depender da perspectiva adotada pelo sistema jurídico, pode haver uma diferença considerável sobre a análise das fontes, porém, para o *responsive judge* tal como formulado na primeira parte deste trabalho, nas suas diversas e possíveis acepções, importa as fontes da juridicidade, propriamente – não as fontes de conhecimento e genéticas, já que, como referido mais de uma vez, o *responsive judge* parece buscar se esquivar das questões sobre “o que é direito” ou “qual a origem-causa do direito”; e não as fontes de validade, as quais talvez sejam interessantes no caso do debate da moralidade como regra de reconhecimento do direito, mas respeitada a autoridade normativa, caminho este

¹²⁶ Cf. NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: Digesta, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010, pp.07-08.

eventualmente adotado se identificado no *responsive judge* o positivismo incorporacionista “robusto” de Coleman, o que não é caso –, razão pela qual a experiência constitutiva do direito – enquanto experiências consuetudinária, legislativa e jurisdicional – é o verdadeiro motor da prática decisória responsiva ou dotada de responsividade.

Desse modo, quando do “momento material” da experiência jurídica, o julgador à luz do *responsive judge* parece compreender na “experiência jurídica consuetudinária”¹²⁷, além do “costume” – aquela conduta social ou decisão socialmente estabilizadas – aquele comportamento singular presente nas micro-relações formadas pelos litigantes, de forma que “instabilidade” daí insurgida contrapõe a “estabilidade” das macro-relações na intencional *restorative justice*, i.é., a intenção de, juntamente com a aplicação do direito, tentar solucionar o problema ético. Assim, o problema apresentado ao direito passa a ser analisado justamente sob o prisma da “ética” – aquela já identificada na Parte II desta dissertação – e somente depois, na visão consequencialista própria do movimento decisório em análise, será necessário o crivo “jurídico” para garantir a imposição da respectiva resposta ao problema posto em causa. Esse pressuposto normativo, por óbvio, é invocado já pelo paradoxal “momento de validade” presente no *responsive judge*. De fato, caso a norma não identifique a moralidade como regra de reconhecimento do direito, ideal este, como já dito, pretendido por Nonet e Selznick, será necessário assumir um positivismo incorporacionista moderado, sem prejuízo da possibilidade de invalidade da norma que afrontar a *restorative justice* invocada pela *responsiveness*.

Ao mesmo tempo, a “experiência jurídica legislativa”, na “sua dimensão de normatividade”¹²⁸ perde força e assume o discurso segundo o qual o legislador, muitas vezes, está condicionado a interesses que não os sociais, mas particulares ou comunitários – ou ainda “partidários” –, de forma a privilegiar um determinado grupo da sociedade, razão pela qual a função constituinte aqui presente é tida com reserva, com fundamento justamente na suposta índole puramente ideológico-política da legislação, sem, contudo, perder de vista a validade e a autoridade que lhe só típicas no sistema político, de forma a garantir, também,

¹²⁷ Ver: NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: Digesta, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010, pp.18 e ss.

¹²⁸ Cf. NEVES, A. Castanheira. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2014, pp.488 e ss.

a validade e a autoridade da futura decisão judicial que a invoca como critério. Com isso, a problemática anteriormente invocada – o limite da própria experiência jurídica – é agravado, comprometendo, possivelmente, a função institucional dos Poderes. É claro que não se pretende um julgamento totalmente livre – se é que isso seria possível – das pretensões legislativas, mas, em verdade, a *responsiveness* indica em primeiro lugar para a micro-relação revelada pelo vínculo jurídico estabelecido quando da judicialização de um determinado problema – no sentido de submeter a causa à apreciação pelo Poder Judiciário –, para depois analisar os seus efeitos nas possíveis macro-relações da comunidade ou sociedade que a contém, reafirmando, então, sua heteronomia normativa¹²⁹.

Já a experiência jurisdicional – enquanto mediadora normativa, neste sentido invocado – não pode ter caminho diverso senão a máxima aproximação dos participantes do processo, especialmente do julgador com os litigantes através da cooperação e da empatia, de forma que o problema formalmente jurídico – aquele possível de judicialização¹³⁰ – se torna substancialmente ético e as normas manipuladas ao encontro de uma auto-(re)construção social, i.é., não se pretende apenas uma resolução *de direito*, a racionalidade presente na *responsiveness* é de índole essencialmente pragmática em relação ao problema ético e deseja ver na decisão judicial uma resposta efetiva a esse problema, não só em definitivo rompimento com a teoria dita “clássica” ou “tradicional” das fontes do direito, mas, talvez, como mais uma(?) imputação que ultrapassa a experiência jurídica¹³¹. Logo,

¹²⁹ Cf. NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: Digesta, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010, especialmente p.26.

¹³⁰ A possibilidade de judicialização aqui mencionada remete à teoria das condições da ação, fundamentalmente aquela defendida por Liebman, que, aliás, possui privilégio no direito processual brasileiro (Ver: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.275; DIDIER JR., Fredie. Teoria geral do processo, essa desconhecida. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, que utiliza as obras de Liebman como um dos principais referenciais teóricos). É sabido que desde a edição de 1973 do *Manuale di diritto processuale civile* Liebman já não considera a “possibilidade jurídica do pedido” como uma condição da ação, da “judicialização”, portanto, de forma que o direito processual brasileiro passou a exigir, com a reforma legislativa de 2015, no artigo 17 da Lei nº 13.105/2015., apenas o “interesse de agir” e a “legitimidade processual” como condições essenciais para postular em juízo, abrindo caminho para eventual apreciação de demanda cujo pedido é, em tese, “juridicamente impossível”, movimento este denominado por Cintra, Grinover e Dinamarco de “universalização da jurisdição” (p.281), i.é., a possibilidade de uma decisão judicial sobre um problema não-jurídico, ainda que para rejeitá-lo pela falta de juridicidade.

¹³¹ C. Neves já havia previsto a imputação carismática e religiosa, de forma que, “se esta última se verifica quando o direito se compreende, não autonomamente constituído numa experiência, mas comunicado e imposto directamente por Deus numa revelação, é isso que acontece nas duas grandes «religiões do livro», nas religiões judaica e islâmica, para as quais o próprio direito se há-de procurar, respectivamente, na *Thora* e no *Talmud*, no *Corão* e na *Suna* – e podia referir-se ainda o direito religioso-metafísico hindu, guardado nos

seria possível imputar aos defensores do *responsive judge* a tentativa de instituir um (nem tão) velado e determinado “direito de juristas”¹³², em que o julgador é instância-instituição essencial da manifestação do direito, e o legislador, ou a legislação propriamente, eventual – desde que correspondente à *responsiveness* – critério a ser invocado; outro caminho seria questionar, uma vez mais, a autonomia do direito, de forma a retomar o argumento da *responsiveness* como possível elemento de validade normativa. Independentemente da crítica, no entanto, o que resta indicar é que as experiências constitutivas do direito na perspectiva do *responsive judge*, indubitavelmente, são todas analisadas através do prisma da *responsiveness*, o que serve de escopo para a continuidade da problemática anunciada.

2.3. Possibilidade de decisões *contra legem*, *extra* e *ultra petita* (?).

E em virtude dessa possível reestruturação acerca das fontes do direito, i.e., a análise da experiência jurídica através da *responsiveness*, é possível retomar a problemática das decisões *contra legem*, *extra* e *ultra petita*. Insta salientar que a análise da primeira possibilitará maior compreensão do que é posto em causa e, por isso, será tratada em primeiro lugar. Sem prejuízo disso, acredita-se que, após a investigação da eventual decisão *contra legem* no âmbito do *responsive judge*, as decisões *extra* e *ultra petita* serão vistas como mero reflexo do problema central.

De fato, o direito constituído pela síntese dialética das experiências jurídicas haverá de impor sua autoridade perante o problema eventualmente proposto, sem perder de vista a específica intencionalidade ética que pretende levar a efeito o julgador; portanto, será necessário aceitar, ainda que hipoteticamente, a ideia de que uma exigência normativa seja impossível de resolução por meio do sistema jurídico vigente, não por falta de critérios (*praeter legem*), mas porque contrária a eles (*contra legem*). Neste momento, o *responsive judge* passa a comungar do que, a meu ver, poderia certamente configurar mais uma de suas

textos sagrados dos *Scrutis* e *Sastras*. A imputação já será carismática - bem se sabe - se o direito for proclamado por uma personalidade extraordinária ou de legitimação extraordinária, quer real e actuando como mediador da transcendência (o sacerdote de um oráculo, o profeta, o *pontifex*) ou revestindo-se de uma particular autoridade política (p. ex., HAMURABI, LICURGO, SOLON), quer mítica (recordem-se, se não tanto o rei-filósofo de PLATÃO, decerto o «legislador» de que fala ROUSSEAU, no Cap. 7 do Livro II, *Du Contrat Social*).” (NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: Digesta, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010, pp.16-17).

¹³² Ver: KOSCHAKER, Pablo. Europa y el derecho romano. Trad. Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, especialmente pp.265-275.

influências jurídico-metodológicas, mas não convocada pelos seus principais defensores: refiro-me à “escola do direito livre” (*Freirechtsbewegung*)¹³³, a qual, embora tenha surgido em um momento histórico particular, assim como o *responsive judge* busca o direito para além daquele previsto na lei; o direito já não se resume à própria lei e se expande aos campos “axiológico-normativo” e “prático-emocional”, sem prejuízo de uma certa “desconfiança” do legislador, que incapaz de acompanhar a estrutura da realidade tal qual se apresenta quando invocado, também, o problema jurídico. Bem por isso, é comum também aos dois movimentos uma possível legitimidade de decisão *contra legem*, limitada, porém, aos respectivos sistemas previamente formulados. Se a “escola do direito livre” estaria limitada às condições expressas principalmente por Kantorowicz e Isay¹³⁴, a *responsiveness* recorre uma vez mais à ética, de modo que possível ao juiz – tal como já defendeu Weinstein – decidir *contra legem* quando o resultado projetado pela lei é moralmente contrário àquele pretendido pela realidade histórico-social ora apresentado.

Não é preciso muito para dizer que o *responsive judge* compartilha da ideia da distinção funcional entre os Poderes do Estado de Direito, de modo que a jurisdição tem sua função “jurídica” independente das demais funções estatais, embora com elas colabore de forma “harmônica”, motivo pelo qual o julgador não está absolutamente vinculado à Lei – sob pena de recorrer ao positivismo legalista, o que já foi afastado quando da “definição da juridicidade” ainda nesta seção – e tem o dever de zelar pela correta aplicação do direito e da “lei justa”, ainda que, para tanto, tenha de se afastar de um dos seus constituintes fundamentais, a Lei¹³⁵. Ocorre que a “lei injusta” invocada pelo *responsive judge* não tem seu sentido vinculado ao Estado de Direito, mas à própria *responsiveness*; “injusto”,

¹³³ Para desenvolvimento: NEVES, A. Castanheira. Escola do direito livre. In: Digesta, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010, pp.193-201.

¹³⁴ Com Kantorowicz, “o juramento funcional do juiz o obrigava a decidir de acordo com o texto unívoco da lei; só que já poderia prescindir da lei: 1) se ela não lhe oferecesse uma solução indubitável, e 2) se concluísse, livre e conscienciosamente, que o poder estadual (o legislador) existente ao tempo da decisão não teria provavelmente prescrito a solução enunciada na lei. Em ambos os casos o juiz deveria decidir no sentido que presumisse ser a orientação que tomaria no caso o poder estadual actual, e, na impossibilidade de determinar esse sentido, decidiria segundo o direito livre”; enquanto Isay “admitia uma decisão *contra legem* nos casos em que o cumprimento de uma qualquer norma legal se traduzisse numa «lesão especialmente grave do sentimento do direito», por entender igualmente que aquela decisão seria um mal socialmente menor perante o desta lesão (Rechtsnorm und Entscheidung, 224, ss.)” (NEVES, A. Castanheira. Escola do direito livre. In: Digesta, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010, pp.199-200.).

¹³⁵ Cf. NEVES, A. Castanheira. Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição. Vol. 1: A crise. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, pp.558-559.

portanto, seria a Lei que é contrária ou impossibilita uma resposta não só rápida e adequada, mas também sensível e “empática” ao problema posto em causa. Não se vislumbra ou quer vislumbrar, portanto, um “abuso de direito pelo legislador”; não quer o *responsive judge* problematizar uma Lei, no sentido amplo, que viola direitos fundamentais, por exemplo; o que se pretende é a maior flexibilidade dos critérios a fim de aplicar uma “justiça comunitária” – às partes –, em primeiro lugar, para depois responder à “justiça social” e ao sistema jurídico.

A título de exemplo, poderia o julgador, munido do *responsive judge*, receber recurso ou rol de testemunha apresentados intempestivamente, sob o fundamento de uma determinada “empatia”, ainda que velada por uma “razoabilidade”, até porque há possibilidade de não serem obstados pela parte contrária em decorrência de uma manifesta “cooperação”. É claro que, no primeiro caso, do recurso processual, a questão seria analisada ainda pelo tribunal superior, de sorte que a vontade da parte contrária pouco importaria; sobre a indicação de testemunhas, no entanto, caso não haja reclamação processual pela parte contrária, ouvir-se-ão as testemunhas indicadas fora do prazo legal, em decorrência de uma decisão manifestamente *contra legem*. Não há aqui qualquer “injustiça extrema”, no sentido invocado por Alexy, ou eventual “lei injusta”, naquele mencionado por C. Neves na “Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade”¹³⁶; em verdade, não há sequer injustiça perante as partes, que teriam concordado na intempestiva indicação das testemunhas; há injustiça perante o sistema jurídico, que prevê em Lei um determinado prazo peremptório e, em tese, obriga decisão em sentido contrário ao referido.

Nota-se, pois, que o *responsive judge* talvez não queira se assumir como “pensamento jurídico”, mas como figura de juiz – limitando-se até mesmo a uma *responsive conduct*, no caso de Sourdin e Zariski – justamente porque pretende uma prática “moderada” da atuação jurisdicional. Ocorre que a essência do fundamento para o deferimento da indicação de testemunhas fora do prazo legal pode ser o mesmo para causar uma determinada injustiça, naqueles sentidos acima mencionados; o fato de uma das partes litigantes concordar com uma determinada vontade manifestada pela parte contrária não vincula o

¹³⁶ “Aquele que envolva a negação da própria Ideia de Direito” (NEVES. A. Castanheira. Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição. Vol. 1: A crise. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p.578).

jugador. Assim, da mesma forma que o julgador não está obrigado a cumprir eventual exercício do “direito legislativo”, que não lhe é próprio, também não deve ceder ao “abuso do direito consuetudinário”, constituído no âmbito do *responsive judge* não só como costume jurídico, mas com comportamento singular dos litigantes. O que está em causa, portanto, é o limite da responsabilidade jurisdicional, que, em qualquer uma das perspectivas do *responsive judge* anunciadas na Parte I desta dissertação, está vinculada à ordem jurídica (im)posta. Daí que a “virtude” maior do julgador está em encontrar a exata medida de sua atuação em nome da *responsiveness*, sem prejuízo da intencionalidade própria invocada pelo ordenamento jurídico em questão.

Tudo o que foi dito até aqui é aplicável, também, às decisões *extra* e *ultra petita*, as quais seriam até “menos gravosas” – no sentido da intencionalidade consequencialista e da racionalidade pragmática adotada pelo *responsive judge* – do que uma decisão *contra legem*, haja vista que revelariam “apenas” a extensão do problema jurídico a um mais abrangente e central nessa perspectiva, qual seja, o problema ético. Assim, é possível que o julgador, quando da “cooperação” e da “empatia” com as partes perceba o problema além daquele proposto (*ultra petita*) ou mesmo estranho a ele (*extra petita*), devendo atentar uma vez mais para a responsabilidade jurisdicional com o intuito de manter intacta a autoridade própria do direito e da decisão judicial¹³⁷, sob pena de o ideal da *responsiveness* ceder ao arbítrio da vontade individual do magistrado, ou ainda aos interesses próprios da instituição competente pela função jurisdicional.

¹³⁷ Em que pese o artigo 141 do Código de Processo Civil brasileiro disponha que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”, há juízes que já defenderam a possibilidade de julgamento *ultra* ou *extra petita* no ordenamento jurídico pátrio, cf. breve e inquietante artigo escrito pelo Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Geraldo da Silva Batista Júnior, segundo o qual é perfeitamente viável o julgamento *ultra* ou *extra petita* no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis brasileiros, desde que aplicados o “cuidado” (responsabilidade jurisdicional) e “habilidade do Juiz” (virtude?). Nas palavras do autor, “podemos dizer que, levando em consideração o contexto em que nasceram os Juizados Especiais, os fins sociais da Lei que os regulamenta, seus princípios norteadores (especialmente os da oralidade e informalidade) e com um pouco de cuidado e habilidade do Juiz para não ofender o contraditório e não violar o direito à ampla defesa, é perfeitamente viável o julgamento *ultra* ou *extra petita* nos Juizados Especiais Cíveis” (BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Da Possibilidade de Julgamento *Ultra* e *Extra Petita* nos Juizados Especiais Cíveis. In: Revista da Emerj, v. 1, n. 3, 1998, pp.47–53. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista03/revista03_47.pdf. Acesso em 01 de outubro de 2021.

Desse modo, é possível concluir que as decisões *contra legem*, *extra* e *ultra petita* são realizáveis quando da prática do *responsive judge*, desde que respeitada a responsabilidade da função jurisdicional, qual seja, a de zelar pela sua independência e sua autoridade. Daí que se entende pela aplicação moderada de eventual correção da norma pela *responsiveness*, limitada, portanto, pela “virtude” do julgador.

2.4. A (im)parcialidade do julgador.

Dado esse limite subjetivo, cabível ainda uma crítica acerca da (im)parcialidade do magistrado. Em que pese não represente um problema relacionado estritamente ao modelo metodológico ora adotado, ou seja, não é um elemento típico da construção da decisão, reflete uma condição do julgador que pode (ou deve?) influenciar a seleção dos critérios adequados à adjudicação. E convocando uma vez mais os princípios da cooperação e da empatia, o juízo dotado da *responsiveness* certamente incorre naquilo que Colby tenta refutar através da “consciência” do magistrado acerca de suas responsabilidades como prestador da jurisdição estatal.

Poder-se-ia cogitar, como Colby cogita, um modelo de juiz “empático”. Ocorre que as aberturas ao sistema jurídico impostas pelo *responsive judge* colocam em xeque a autonomia do direito, como preveem Nonet e Selznick, e a arbitrariedade do julgador já não pode ser controlada senão em eventual fase recursal, após a possível geração de efeitos pela decisão proferida. Assim, a afirmativa de que a *responsiveness* “não invoca necessariamente a preocupação de que um juiz tenha deixado de ser imparcial” – a exemplo de Sourdin e Zariski – é imprudente, quer porque a empatia pode facilitar a “simpatia” por qualquer das partes, quer porque, munido de tal sentimento, irracional portanto, o julgador pode se utilizar da sua arbitrariedade para lesar voluntaria e intencionalmente a parte contrária, de sorte que a única forma de se blindar o *responsive judge* de uma eventual alegação de parcialidade talvez seja educar o jurista com base na ética da virtude e nos preceitos da empatia como fator da cooperação, mas então já se adentraria a um campo tal qual aquele proposto por Colby, o que, de fato, não está em causa neste trabalho.

Assim, para que o julgador adepto ao *responsive judge* não seja submetido à crítica da sua eventual (im)parcialidade, ou ao menos possa responder a ela, deve ser orientado de forma a desenvolver a virtude necessária para identificar o exato limite da juridicidade e a

responsabilidade jurisdicional, cultivando assim uma “imparcialidade substantiva”¹³⁸, i.é, uma conduta ética perante os litigantes que permita tratá-los de modo diferente, na medida de sua desigualdade, sem comprometer a atividade institucional a que foi designado, a de realizar o direito.

E se o caminho até aqui percorrido, o da reconstrução crítica do(s) conceito(s) do *responsive judge*, possibilitou fossem identificados os principais problemas jurídico-metodológicos insurgidos do *responsive judge* enquanto aplicado à função jurisdicional, bem como fossem realizados os apontamentos fundamentas acerca da sua prática, resta agora testar o movimento decisório perante os casos práticos. Contudo, antes disso, será necessário ensaiar uma metódica responsiva, e esta sim será experimentada através de exemplos reais, já em prática por ordenamentos jurídicos diversos.

3. Metódica responsiva.

Pois bem. O modelo metódico a ser ensaiado, inspirado essencialmente, como se verá, na “proposta de um modelo da realização do direito”¹³⁹ de C. Neves, não tem a pretensão de “criar” um modelo “responsivo”, ou próprio do *responsive judge*. Em verdade, trata-se de uma estrutura gerada a partir das influências do aludido movimento e das críticas até aqui invocadas, uma alternativa cuja intenção é permitir que o *responsive judge* seja experimentado perante os casos práticos tratados na Parte IV deste estudo, motivo pelo qual não exclui qualquer outro modelo que venha a ser proposto.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o *responsive judge* parece não desenvolver a realização do direito através de uma dialética particular entre o sistema e o problema¹⁴⁰; em verdade, o sistema – constituído pelos princípios (positivos, transpositivos e suprapositivos), normas prescritas, precedentes e doutrinas jurídicas – só importará ao julgador para validar

¹³⁸ Para desenvolvimento, ver: FLAHERTY, Michelle. Self-Represented Litigants: A Sea Change in Adjudication. In: Peter Oliver and Graham Mayeda (eds), Principles and Pragmatism: Essays in Honour of Louise Charron, Ottawa Faculty of Law Working Paper, 2013-07. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2348708>. Acesso em 01 de outubro de 2021.

¹³⁹ Cf. NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica (Problemas fundamentais). Coimbra: Coimbra editora, 2013, pp.155-286

¹⁴⁰ Cf. NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica (Problemas fundamentais). Coimbra: Coimbra editora, 2013, pp.155 e ss.

sua decisão e conceder-lhe autoridade. A prática ora invocada é melhor descrita a partir do reconhecimento do problema, o qual mobilizará a *responsiveness*, que por sua vez servirá de filtro ao sistema jurídico para selecionar os critérios adequados à resolução do problema. Assim, poder-se-ia dizer que a “metodologia responsiva” se inicia por esse momento prévio representado pelas qualidades empáticas e cooperativas do julgador, já que, com isso, obtém um conhecimento prático ainda mais específico, que é o nexo entre o problema noticiado por uma das partes e os valores presentes naquela relação que se quer jurídica. Neste momento o julgador assume um papel quase que de “educador jurídico”, na medida em se aproxima dos litigantes para explicar-lhes as consequências de se construir uma disputa judicial acerca do problema posto em causa – estamos, aqui, diante da *responsive conduct*, própria da concepção universalista, e que é elemento-chave para o movimento epistemológico presente na metodologia adotada –.

E é então que se passa ao momento já não prévio, mas propriamente metodológico, que é o reconhecimento do problema jurídico. O *responsive judge*, em quaisquer das suas multifacetadas acepções, não pretende uma decisão anárquica ao sistema jurídico (im)posto. Pelo contrário, é partir do seu conhecimento que assume a função de “educador” ou “colaborador” perante os participantes da discussão. Logo, o reconhecimento do problema jurídico se dá através de uma analogia entre o problema particularmente invocado e aquele previsto na norma, uma vez que o julgador compreende que aquele é absoluta e necessariamente singular, posto que os valores por ele invocados são próprios da relação interpessoal entre as partes autora e ré. Dessa forma, o julgador utiliza do seu conhecimento acerca do sistema jurídico – dos princípios, das normas, da jurisprudência e da doutrina – para reconhecer o problema posto em causa. Ocorre que, conquanto já não seja um momento pré-metodológico, trata-se ainda de um momento pré-processual e de cooperação entre os participantes do procedimento, incluindo a figura do julgador, de sorte que, ainda que o problema não seja reconhecido como jurídico, a função deste último é aquela de “educador” e “facilitador” da resolução do problema inicialmente ético. Neste momento, o julgador se vê no limite da juridicidade ao propor uma solução, já que não exercida a jurisdição tradicional, i. é, está ainda em fase de “cooperação” e “empatia” com os participantes do processo. Bem por isso, após reconhecer o problema, ainda que não jurídico, o julgador exerce atividade consistente em “prever” as possíveis decisões próprias do processo. Não se

trata de um pré-julgamento ou uma condição que macularia a sua imparcialidade, mas apenas da construção de uma estrutura abstrata da realidade que tenciona guiar as partes para um possível bem comum, ou uma solução conveniente ou agradável a elas, ou seja, apresentá-lhes, se jurídico o problema, a possível norma adequada ao caso. E por adequação entende-se a que melhor atende ao bem comum da micro-relação representada pelos litigantes, desde que compatível com o bem comum da macro-relação constituída pela sociedade ou comunidade na qual aquela está inserida.

Vê-se que o problema é posto em causa numa intencionalidade já direcionada à *responsiveness*, i.é., pretende o julgador resolver o problema, seja ele ético ou estritamente jurídico, com o intuito de uma auto-(re)construção social. Invoca-se, pois, a *responsive conduct* defendida por Sourdin e Zariski, de sorte que o julgador assume um papel cooperativo e empático, e o problema, antes de jurídico, revela-se propriamente ético. Qualificar o problema(-ético) como “jurídico”, no entanto, demandará do julgador uma virtude específica – aquela insurgida do conhecimento prático gerado pelos valores constituídos pela sociedade ou comunidade em que o direito é invocado, de modo que o julgador se faz virtuoso, portanto, na prática dessa virtude. –, necessária para vislumbrar eventuais correções normativas em vista à *responsiveness*, sem perder de vista, no entanto, a sua responsabilidade jurisdicional. Contudo, a invocada ética das virtudes, aristotélica em sua origem, propõe um certo “conjunto de suposições plausíveis sobre como ela deveria proceder”¹⁴¹ –. Tal como toda ciência, que postula os seus “primeiros princípios”, que explicam características importantes de seus objetos numa classificação teleológica, qual o primeiro princípio do direito? No tocante à ética, é o “bem humano”, uma meta a ser realizada, um objetivo final pelo qual determinados critérios são adotados para uma determinada ação¹⁴². Já em relação ao direito, seria o espírito da norma (Montesquieu), a *grundnorm* (Kelsen), a política e a economia (funcionalismos)? Ou seria algo ainda mais mutável e intrínseco à própria comunidade ou sociedade em que é aplicado? O fato é que,

¹⁴¹ BOWIN, John. Aristotle's Virtue Ethics. In: A Companion to World Literature, 1-11, 2020, p.2. Assim, “*las acciones reciben el nombre de justas y templadas cuando son tales como podría realizarlas el hombre justo o el templado. Y es justo y templado no el que realiza tales acciones, sino también el que las realiza tal como las realizan los hombres justos y templados. Por consiguiente es acertado decir que el hombre se hace justo por el hecho de realizar acciones justas y templado por realizarlas templadas*” (ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco. Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza, 2005, pp.81-82)

¹⁴² BOWIN, John. Aristotle's Virtue Ethics. In: A Companion to World Literature, 1-11, 2020, p.2.

ao assumir a experiência “jurídica”, o julgador deve 1) invocar o conhecimento prático, pois só assim 2) poderá (ou melhor, deverá) escolher critérios por eles próprios, enquanto visível o “bem”, o “conveniente” ou “vantajoso” e o “agradável”.

Não é preciso muito para se concluir que, neste momento preliminar, pré-processual – quer no sentido “cível”, de método de conciliação ou mediação, quer no sentido “criminal”, de *plea bargain*, acordo de não persecução penal, arquivamento em caso de dispensa de pena ou suspensão provisória do processo –, o limite assumido é a própria juridicidade – nos limites invocados na Parte III deste estudo –, e a única decisão impossível não é só anti-jurídica, é aquela que atenta contra os direitos fundamentais e o Estado de Direito. Ora, ainda que o réu aceite ter a vida tirada pelo autor, não é possível que o magistrado proponha tal solução, até porque a “vida” é bem comum da macro-relação social que contém a micro-relação constituída pelos litigantes, ainda que, neste caso absurdo, esta última discorde da primeira. Contudo, a afirmação de que a única decisão impossível é a anti-jurídica “qualificada” pela afronta aos direitos fundamentais dá ensejo à problemática da autonomia do direito *como direito*: a intencionalidade do julgador a ser assumida pode ser qualquer outra que não a jurídica, desde que atingido o bem comum “não anti-jurídico”, i.é., “jurídico” ou simplesmente “não jurídico”, de modo que a função jurisdicional estará livre para sucumbir a pretensões políticas, econômicas, éticas, ou quaisquer outras. Contudo, é exatamente isso que tenciona o *responsive judge*, não a “morte do direito”, mas a resolução do problema que se quer jurídico em prol da ética, ao que pode ou não ceder o direito. São admitidas, no entanto, de forma “moderada”, decisões *contra legem*, *extra* e *ultra petita*, pois caberá ao julgador explicar aos litigantes exatamente as possibilidades que envolvem o problema, de forma que não estará restrito a ele, e caberá aos litigantes optar ou não pelas possíveis soluções propostas. Em caso positivo, o julgador exercerá a jurisdição para firmar o resultado perante o sistema jurídico, garantindo-lhe a devida segurança; em caso negativo, a pretensão seguirá o rito processual legal.

No entanto, isso não é o suficiente para as perspectivas do *responsive judge* que não se limitam à *responsive conduct*, a qual continuará presente na experiência metodológica uma vez que, como dito anteriormente, guiará o movimento epistemológico presente na construção da decisão; já a *responsiveness* agora é adotada como elemento fundamental da

prática adjudicativa, como o “primeiro princípio”, ou o “critério dos critérios”, que norteará, de fato, a experiência jurídico-metodológica.

Logo, reconhecido o problema através da “empatia” e da “cooperação” – a primeira necessária para que o julgador compreenda a exata medida do problema posto em causa, sem deixar de lado o seu conhecimento prático e teórico; a segunda indica o caminho mais adequado a alcançar um “bem comum” ou um resultado vantajoso e mais agradável possível às partes, de forma a garantir a “satisfação” em relação à prestação jurisdicional –, será necessário determinar a sua relevância jurisdicional, não necessariamente jurídica. Conquanto ultrapassado o momento pré-processual e o julgador já tenha ali compreendido o problema posto em causa, neste momento há uma reanálise da pretensão de forma a rejeitá-la se não correspondente à juridicidade imposta pelo ordenamento jurídico em questão. Ocorre que, ao assumir a *responsiveness* como *prius* metodológico, haverá a possibilidade ainda de o bem comum não ser “anti-jurídico”, mas apenas “não jurídico”, ou seja, a jurisdição não foi prevista pelo legislador como a função adequada à solução desse conflito; desse modo, o *responsive judge* assume a perigosa responsabilidade (jurisdicional) de propor uma decisão, novamente em prol da (re)construção ética.

Antes de propor uma decisão, contudo, haverá uma necessária fase probatória, ou ao menos a possibilidade de a parte contrária apresentar elementos tendentes a confrontar a pretensão inicial. Em outras palavras, caberá a cada parte comprovar a melhor solução em vista a um abstrato *summum bonum*, numa projeção de conveniência ao caso problemático e aos casos futuros. A *responsive conduct* cumpre papel fundamental no que diz respeito à conveniência ao invocar um binômio composto pela “eficiência” – ou rapidez da prestação jurisdicional – e a capacidade de resposta – ora representada pela qualidade de satisfação das partes –; embora não abandone a função de “facilitador”, o julgador assume a responsabilidade de decidir, mas sem desprezar a função de “administrador” da prestação jurisdicional, prezando assim pela maior “eficiência” do seu futuro ato decisório.

A relevância metodológica dessa função dita “administrativa” não é constitutiva em si, mas atinge a função adjudicativa por vias oblíquas. O *summum bonum* anteriormente abstrato toma traços concretos na medida em que o julgador realiza suas presunções a partir das manifestações individuais; assim, conquanto objetivo final do *responsive judge* seja,

indubitavelmente, uma a decisão que melhor atende aquele “bem”, este não pode sucumbir à possível demora na experiência metodológica. Dessa forma, o magistrado conta sempre com a cooperação das partes para que possa exercer a jurisdição “responsiva” de forma desimpedida, sob pena de sacrificar a sua maior inspiração.

Superada, pois, a questão intermediária da “eficiência”, voltamo-nos à “capacidade de resposta”. A questão de direito em abstrato, em verdade, nada mais é do que a já mencionada estrutura abstrata da realidade, cuja dimensão jurisdicional é a possibilidade de resolução do problema orientada pela *responsiveness*, que por sua vez experimentará tentativas de falsear os discursos apresentados pelas partes opondo-lhes o referido *summum bonum* – nota-se que o caso decidendo, portanto, nada mais é do que uma provocação ao magistrado para a construção do paradigma a partir da *responsiveness* –. As coordenadas a serem invocadas pelo magistrado no intuito da definição da norma aplicável ao caso concreto podem ser as mais diversas, sempre a mais adequada ao sentido da *responsiveness* através de uma analógica interpretação entre a norma e o bem comum, já que o problema seria integrante deste último. Daí que é retomada a problemática da extensão da decisão judicial, pois as decisões *contra legem* e *extra* e *ultra petita* mostram-se possíveis nessa dialética entre a questão de fato, na determinação da relevância jurisdicional, e a questão de direito em abstrato, mais precisamente na busca pela norma aplicável.

De fato, não há qualquer complicação ao *responsive judge* – assim como a qualquer outra doutrina metodológica – caso o sistema jurídico forneça uma norma adequada à solução do problema identificado, quer numa concretização – não identificação –, numa adaptação, extensiva ou restritiva, ou ainda numa correção, diacrônica ou sincrônica. No primeiro caso, a norma aplicável atinge o objetivo pretendido pela *responsiveness*, e certamente não se identifica a ele, pois insurgido num momento particular de virtude do julgador que pretende a (re)construção da relação ética; no segundo caso, possível tanto a extensão quanto a restrição da norma hipotética numa índole específica de responsividade, substancialmente consequencialista; no terceiro caso a *responsiveness* guiará a correção da norma hipotética, que, embora aplicável, que já corresponde ao exato sentido ora invocado, seja de forma sincrônica – quando houver suposto “erro” do legislador, que pretendeu não o bem comum, mas um determinado bem particular, comunitário ou partidário – ou diacrônica,

guiada pela virtude do julgador em identificar a alteração da realidade que já não se identifica àquela do momento da construção da norma.

Poder-se-á cogitar ainda a possibilidade de não haver qualquer norma a ser imediatamente aplicável, ou mesmo a falta de norma aplicável, e talvez sejam esses os momentos mais “prósperos” do *responsive judge*, de forma que os “princípios” – ora entendidos como aqueles (pre-)supostos pelo julgador virtuoso – poderão ser invocados quer num sentido de correção de uma determinada norma com o intuito de torná-la aplicável, quer na sua superação – no sentido de sobrepor a norma seja na sua incompatibilidade ou compatibilidade –. Aqui, indubitavelmente, os problemas metodológicos ensaiados na segunda seção desta “Parte III” – sobretudo o problema da interpretação jurídica e da possibilidade de seleção de critérios alheios àqueles convocados pelo problema – ganham força, de sorte que os princípios próprios do julgador virtuoso podem pôr em xeque a autonomia e a autoridade próprias do direito, razão pela qual a sua responsabilidade jurisdicional – institucional, portanto, – exerce papel fundamental na atividade decisória, sob pena de todo o sistema sucumbir à arbitrariedade particular do magistrado. O mesmo pode ser dito em caso de uma autônoma constituição normativa – no caso de falta de norma aplicável –, já que estaria o julgador amparado exclusivamente na *responsiveness*, ou ao pretexto da *responsiveness*, de modo que o suposto *summum bonum* pode, na verdade, velar a intenção particular, comunitária ou partidária.

4. Reflexões críticas.

Faz-se útil neste momento um resgate crítico do que venha a ser este ensaio de uma (possível) metódica responsiva. Em primeiro lugar, há um momento pré-processual em que o julgador atua como um “educador” ou “facilitador” de um problema inicialmente ético, que não se quer jurídico, mas passível de análise pela função jurisdicional; assim, dotado de uma *responsive conduct*, tenta reconhecer o problema proposto através de suas virtudes caracterizadas principalmente pela empatia e pela cooperação. Em um segundo momento, é possível reconhecer que o verdadeiro *prius* metodológico ora invocado é, de fato, a *responsiveness*, e não o sistema jurídico ou mesmo o problema posto em causa, o qual, na verdade, serve de provocação ao julgador que tenciona a responsividade e busca construir o

paradigmático *summum bonum* a ser falseado pelos discursos individuais, caminho este marcado pela seleção dos critérios guiada ainda pelas “virtudes” que lhe são intrínsecas. Desse modo, quando da construção da decisão judicial, o julgador poderá ou não encontrar no sistema jurídico normas e princípios que possam resolver o problema submetido à função jurisdicional, oportunidade em que a *responsiveness* exerce grande poder, ao mesmo tempo que exige do magistrado a virtude necessária a manter intactos os limites da juricidade e a responsabilidade jurisdicional.

Logo, é possível concluir que a *responsive conduct* pode guiar o julgador numa melhor assimilação dos momentos metodológicos, ao passo que a *responsiveness* constitui integralmente a construção da decisão judicial. É claro que a forma com que a responsividade foi tratada até o momento, e como é tratada pelos defensores do *responsive judge*, reflete um julgador que pretende realizar um “bem comum”, no sentido da “bondade”; ocorre que o “bem” pode ser parcial e subjetivo, de forma a atingir intencionalmente uma única pessoa ou determinadas pessoas às custas do prejuízo alheio. Assim, ressalta-se uma vez mais que, se a problemática do limite da juricidade é necessária à discussão ora pretendida, não é menos relevante a problemática da responsabilidade institucional assumida pelo julgador ao invocar a *responsiveness* como *prius* metodológico.

Com isso, já será possível analisar a possível metodologia do *responsive judge* em “casos práticos”, em sua maioria pré-processuais. E isso porque esses momentos, que não deixam de ser jurídicos, permitem ao julgador uma maior flexibilização da sua atividade metódica, de forma que os problemas são, em tese, amenizados pela possibilidade de um julgamento “tradicional” em caso de fracasso da pretendida *responsiveness*. Ocorre que, como será visto, há elementos normativos que podem iluminar o caminho do *responsive judge* em direção à decisão judicial dita “tradicional”, podendo até mesmo, a depender do futuro, tentar substituí-la. É o que se pretende experimentar a seguir.

PARTE IV

EXPERIÊNCIAS METODOLÓGICAS.

1. Tribunais indígenas ou aborígenes.

Nos textos que seguem, portanto, será realizada a análise dos “tribunais indígenas” australianos, os *Indigenous Sentencing Courts*, em que se pretende um suposto julgamento responsivo. A intenção é investigar, primeiramente, a utilização da *responsive conduct* ou da *responsiveness* na realização do direito invocado, além de demonstrar, em “casos concretos”, i.é., reais e práticos, a utilização do modelo metódico proposto na Parte III desta dissertação, uma metodologia “responsiva” ou dotada de “responsividade”. Sem prejuízo disso, espera-se experimentar as críticas já feitas aos problemas jurídico-metodológicos insurgidos do *responsive judge*, em qualquer que seja a perspectiva adotada em cada um dos exemplos.

De fato, os tribunais de julgamento indígena ou aborígene criados na Austrália são citados como um exemplo de aplicação do *responsive judge*, ao menos no sentido de uma “ética jurídica”¹⁴³. Não se trata de uma corte judicial que se utiliza de costumes indígenas como fonte exclusiva do direito; em verdade, o ordenamento jurídico é o mesmo invocado pelo Estado, com a diferença de que representantes indígenas, notadamente os integrantes mais velhos e respeitados da comunidade, participam diretamente do processo criminal com o intuito de adaptá-lo ao “direito local”, evidenciando-se desde já uma intencional *responsive conduct*. A decisão, portanto, é exclusiva do julgador, enquanto sua competência pode variar de acordo com o território jurisdicional: em Victoria, por exemplo, os tribunais indígenas excluem a violência familiar, enquanto a Nova Gales do Sul exclui certos crimes cometidos mediante violência, com emprego de arma de fogo ou aqueles relacionados à prostituição

¹⁴³ Ver: LOHMAN, Alexander; STRAALLEN, Jaap. Sustainable Justice, A Social Responsible Focus on Innovation in Justice. In: *The Responsive Judge – International perspectives*. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, pp.143-171.

infantil ou pornografia. Já o Território da Capital Australiana exclui os delitos de violência sexual, assim como a Austrália Ocidental, e alguns delitos envolvendo entorpecente¹⁴⁴.

Além disso, há outras condições legais para composição e fixação da competência das cortes indígenas – como a confissão ou condenação em audiência sumária e a vontade do acusado indígena¹⁴⁵ –. No entanto, assumindo uma particular e determinada posição ético-jurídica, o tribunal é disposto de forma a produzir um processo judicial “culturalmente inclusivo”¹⁴⁶, além de proporcionar a redução do ônus público, econômico ou social, causado pela infração e eventual reincidência: a relação entre os agentes “tradicionais” – o juiz, o promotor e o advogado de defesa –, o povo nativo e o próprio acusado se dá de uma forma “colaborativa”, um diálogo como numa tratativa como outra qualquer, não jurídica. Pretende-se, pois, uma pena adequada à comunidade em causa, igualmente retributiva e, possivelmente, ao menos é este o objetivo, mais preventiva, no sentido ressocializador, na medida em que, ouvidos os participantes do processo, o julgador definirá a pena e o seu *quantum*.

Pois bem. Como dito anteriormente, talvez seja esse o exemplo mais adequado à *responsive conduct*, ao *responsive judge* naquele sentido “auxiliar”¹⁴⁷; tem-se uma decisão cooperativa, de certa forma empática, e limitada aos critérios jurídicos. É evidente que os *costumes* assumem nos *Indigenous Sentencing Courts* um papel fundamental e (muito) incidente nas decisões judiciais. Ocorre que o julgador não se utiliza da propriamente da

¹⁴⁴ MARCHETTI, Elena; DALY, Kathleen. Indigenous sentencing courts: Towards a theoretical and jurisprudential model. In: Sydney Law Review 29, 2007, p. 421.

¹⁴⁵ Ver: MARCHETTI, Elena and New South Wales. Department of Justice and Attorney General. and Australian Institute of Criminology. and Indigenous Justice Clearinghouse. Indigenous sentencing courts. Sydney: 2010, p.2. Disponível em: <https://www.indigenousjustice.gov.au/wp-content/uploads/mp/files/publications/files/brief005.v1.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2021.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Conquanto já se tenha tentado refutar a tese de que os tribunais indígenas se utilizem de uma “justiça restaurativa” ou “terapêutica” – com Marchetti –, a posição majoritária é no sentido contrário – com King e McAsey (Ver: KING, Michael. Applying therapeutic jurisprudence in regional areas: The Western Australian experience. In: eLaw journal : Murdoch University Electronic Journal of Law 10 (2), 2003, pp.1-11. Disponível em: <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/king102.html>. Acesso em 26 de maio de 2021; e MCASEY, Bridget. A Critical Evaluation of the Koori Court Division of the Victorian Magistrates' Court. In: Deakin Law Review 654, 2005. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2005/35.html>. Acesso em 26 de maio de 2021) –. De outro modo, embora a maior parte dos autores vejam nesses tribunais uma função “administrativa” ou de menor prestação jurisdicional, no sentido da juridicidade, há uma abertura e fundamenta-se que essa prática pode se tornar jurídica, de forma a, no sentido contrário ao que se segue no texto acima, os critérios para construção da decisão judicial já não seriam limitados aos jurídicos.

responsiveness, o reconhecimento do problema se dá no âmbito estritamente jurídico, e o que se quer do julgador e dos demais participantes do processo é uma conduta particular determinada, primeiramente, pela comunidade em que o problema se apresenta e legitimada pela norma. Assim, certamente o modelo metódico proposto na “Parte III” deve ser rejeitado pelos *Indigenous Sentencing Courts*.

No entanto, reafirma-se aqui a aplicação da *responsive conduct*. A ética ora praticada é “virtuosa” justamente porque o julgador é preparado para adotar um diálogo entre os participantes do processo e estabelecer a devida colaboração com o fito de fixar a pena e a sua respectiva duração, motivo pelo qual não se vislumbra, aqui, os problemas jurídico-metodológicos também mencionados na “Parte III” deste trabalho, senão, quando muito, uma possível parcialidade do magistrado, de sorte que poderia o juiz se aliar a uma determinada tese, acusatória ou defensiva. Ocorre que, ao fazê-lo, estaria a rejeitar o princípio colaborativo e empático, próprio da *responsive conduct*, que seria utilizada como véu para qualquer que seja a intenção própria do julgador.

2. Métodos alternativos de solução de conflitos.

E se os tribunais indígenas australianos rejeitam o modelo metódico proposto, devemos seguir com as experiências. Espera-se, pois, demonstrar com os métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro – mais precisamente com a mediação ou conciliação e os chamados “processos circulares” - uma maior aplicabilidade do *responsive judge*, já como um possível indicativo da *responsiveness* como *prius* (jurídico-)metodológico.

2.1. Mediação ou conciliação¹⁴⁸.

Os métodos alternativos de solução de conflitos da mediação e da conciliação são procedimentos extraprocessuais, ou seja, não está em causa uma decisão judicial tal como

¹⁴⁸ Optou-se por tratar da mediação e da conciliação como um único instituto jurídico. É verdade que poderá haver diferenciação no tocante à técnica a ser utilizada, mas, embora o artigo 165 do Código de Processo Civil brasileiro diferencie “mediadores” e “conciliadores”, a “mediação” e a “conciliação” são tidas como sinônimo para todos os efeitos. Assim, tendo em vista que nenhum prejuízo trará ao presente estudo, elas serão analisadas em conjunto.

num processo. Ocorre que os institutos vinculam de alguma forma uma possível decisão judicial, motivo pelo qual se torna relevante à experiência aqui sugerida. No tocante à mediação e à conciliação, o sistema jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, prevê a possibilidade, ou a necessidade, no caso de direitos indisponíveis e transigíveis, de homologação do acordo por via judicial, por sentença, de forma a adquirir força de título executivo judicial, ou seja, seu cumprimento poderá ser exigido ao juízo de execução, sem necessidade de prévio juízo de conhecimento¹⁴⁹. Assim, é possível ao menos supor a ideia de um mediador ou conciliador, na companhia das partes, compor decisão desprovida critérios jurídicos, e embora não se trate de uma decisão judicial, será submetida a ela através da homologação do julgador, de forma a ser revestida da formalidade comum à “sentença”, com a sua conseqüente exigibilidade jurídica.

Voltemos ao modelo metódico proposto. 1) Há, pela própria natureza da mediação ou conciliação, um momento pré-processual em que o “julgador”, neste caso o conciliador ou o mediador, se apropria de uma *responsive conduct* e, a partir da cooperação e da empatia, atua como um “educador” ou “facilitador” de um problema invocado pelas partes, quer ele jurídico ou não-jurídico. 2) Num segundo momento, já de tentativa de construção de uma decisão, o verdadeiro *prius* metodológico aqui adotado é a *responsiveness*. Ao mesmo tempo em que as partes estão livres para negociar de forma independente, cabe ao mediador ou conciliador guiá-las a um eventual acordo, estando, também, livre para atuar nesse sentido, motivo pelo qual está livre para selecionar os critérios que desejar, inclusive na tentativa de satisfazer um determinado objetivo particular, comunitário ou social, desde que aceitos pelas partes; 3) contudo, certamente deverá haver um limite para a construção do acordo, desde os pedidos até a decisão. São invocadas, agora, as “virtudes” do detentor do poder decisório para garantir a responsabilidade jurisdicional. 4) No presente caso, o da conciliação ou

¹⁴⁹ Art. 2º, §2º, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Já o art. 20, parágrafo único, estabelece que: “O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”. Por fim, no tocante à mediação judicial, “Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo.” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em 03 de outubro de 2021.)

mediação, haverá ainda o momento de homologação pelo juízo, ato de consumação do processo metodológico ora assumido, caracterizando sua juridicidade.

Diferentemente dos *Indigenous Sentencing Courts*, é possível vislumbrar aqui as possíveis consequências do *responsive judge* nas suas acepções que assumem, de fato, a *responsiveness*. Embora seja um momento ainda pré-processual, é um procedimento possivelmente jurisdicional na medida em que passível de homologação por um julgador, oportunidade em que será revestido de toda a juridicidade comum a um ato decisório e, portanto, jurídico. Os problemas anunciados na “Parte III” também podem ser vistos, ainda que pendentes da homologação para surtirem efeito; certamente o conciliador ou mediador, juntamente com qualquer das partes, pode assumir uma percepção *ultra* ou *extra petita*, até porque os “pedidos” estão quase que em construção e não foram necessariamente “judicializados”; as decisões *contra legem* também serão possíveis, bastando que o julgador competente para homologar o acordo e, nos casos direitos indisponíveis e transigíveis, o representante do Ministério Público compartilhem da solução encontrada pelas partes na companhia do mediador ou conciliador; a imparcialidade – não aquela motivadora do “impedimento” do mediador, conciliador ou juiz, mas aquela também referida na “Parte III” – mostra-se igualmente possível, pelos mesmos motivos das decisões *ultra* e *extra petita*, desde que se vincule a um dos discursos invocados pelas partes. Dessa forma, as fontes do direito e os limites da juridicidade dependerão única e exclusivamente do(s) julgador(es), ou melhor da sua virtude em reconhecer a exata medida entre a satisfação do bem comum e a responsabilidade da função adjudicativa em zelar pela aplicação do direito.

A exemplo de uma “mediação penal”, poderá ser proposto ao acusado, no caso dos benefícios transação penal e suspensão condicional do processo, ou ao condenado a pena restritiva de direitos ou em livramento condicional, dentre tantas possibilidades¹⁵⁰, a “pena”

¹⁵⁰ A doação de sangue foi instituída em 2020, pela Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Goiânia, como parte da pena de prestação de serviços à comunidade, como se verifica pela Portaria 001, de 23 março de 2020, disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/portariavepema.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2021. Para um estudo empírico, ver: ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Cultura consensual? Exame da Transação Penal na Baixada Fluminense. Rio de Janeiro: Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nº 29, 2010, pp. 343-366. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/184-734-4-pb.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2021. Para uma defesa à medida, ver: CHAGAS, Rosana Navega. Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida, volume 3, nº 29. Rio de Janeiro: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2005, pp.168-178. Disponível em:

– no sentido de obrigação – alternativa de “doação de sangue”. Por mais nobre que seja o objetivo de tal “pena alternativa”, falta-lhe juridicidade com base no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê como penas restritivas de direitos I - prestação pecuniária, II - perda de bens e valores, III - limitação de fim de semana, IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, V - interdição temporária de direitos, e VI - limitação de fim de semana, e não serviria a embasar uma decisão; no entanto, sendo uma pena justamente “alternativa”, é possível desde que o acusado ou condenado aceite prestá-la¹⁵¹.

A questão ora invocada pode suscitar discussões profundas, nos mais variados aspectos, desde a própria juridicidade até a eventual afronta aos direitos fundamentais, ou ainda o aspecto processual e fiscalizatório da pena. O que nos importa neste momento, porém, é consignar que a medida estaria em consonância com o que pretende o *responsive judge*, já que, tendo o acusado ou sentenciado aceitado a pena alternativa da doação de sangue, há também a satisfação de um problema não-jurídico, neste caso o da constante e necessária manutenção de bancos de sangue.

2.2. Processos circulares.

Já os processos circulares são procedimentos por meio dos quais se busca, explicitamente, a realização de uma determinada justiça restaurativa – ora assumida menos como arcabouço teórico e filosófico, e mais como discurso “negocial”, no sentido de uma prestação jurisdicional negociada pelas partes sob auxílio do juiz – que, segundo o artigo 1º da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, é constituída por um “conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatos relacionais, institucionais e

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista29/Revista29.pdf. Acesso em 03 de outubro de 2021.

¹⁵¹ Este argumento é o mesmo utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo 0007689-27.2020.2.00.0000, em que entendeu por lícita a referida Portaria 001/2020 da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Goiânia. Segundo a Conselheira Candice Lavocat Galvão Jobim, “A doação voluntária de sangue é um ato amplamente incentivado pelo Estado e tem por finalidade abastecer hospitais, principalmente do sistema público de saúde. Diante do momento de excepcionalidade vivenciado por todos em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, a importância desta medida para a comunidade somente veio a ser recrudescida. Portanto, não há dúvidas de que a doação de sangue voluntária faz parte de um programa estatal e a efetivação deste ato configura a prestação de um serviço à comunidade, na forma prevista pelo §2º do art. 46 do Código Penal”.

sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado [...]”¹⁵².

Embebida no Provimento nº 35, de 11 de dezembro de 2014, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo¹⁵³, a Resolução nº 225/2016, em atenção às recomendações da Organização das Nações Unidas, vale dizer as Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, dispõe sobre a “Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário”, e tem no “enfoque restaurativo” a maior representatividade que poderíamos ter do *responsive judge*. De acordo com a norma, o “enfoque” compreende a “a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor; c) reparação dos danos sofridos; d) compartilhamento de responsabilidade e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.”

Dessa forma, nos termos do artigo 4º do referido Provimento a atividade do julgador nos processos circulares consiste em dialogar com os litigantes, ressaltando I) o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da sessão; II) o entendimento das causas que contribuíram para o conflito; III) as consequências que o conflito gerou e que poderão ainda gerar; e IV) o valor da norma violada pelo conflito, após o que deverá promover acordo de reparação do dano e das medidas necessárias para que não haja reincidência no conflito, podendo ainda ser o pacto homologado judicialmente.

Não é preciso muito mais para concluir que estaremos diante das mesmas problemáticas insurgidas da mediação e da conciliação. Todavia, é de se ressaltar que a *responsive conduct* é invocada em virtude de uma intencional e determinada justiça restaurativa, o que não ocorre, necessariamente, no método anterior, que pode assumir simplesmente uma intencionalidade utilitária consistente na “não judicialização” do problema, i.é., não invocar a sua apreciação pelo Poder Judiciário; assim, as eventuais motivações pessoais, comunitárias ou partidárias do julgador estariam condicionadas a tal

¹⁵² Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em 29 de maio de 2021.

¹⁵³

Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Comunicados/ProvimentoCG35.2014-JusticaRestaurativa.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2021.

intencionalidade, de forma a limitá-las. A par disso, o julgador é claramente incentivado a ultrapassar os pedidos para compreender o que, de fato, está em causa, razão pela qual evidente a problemática das decisões *extra* e *ultra petita*; já no tocante às decisões *contra legem*, novamente há uma necessidade virtuosa do julgador para que respeite a função adjudicativa institucional, sob pena, novamente, de perder de vista os limites da juridicidade e a própria autonomia do direito *como direito*.

3. Responsiveness ou responsive conduct nos direitos processuais brasileiro e português(?).

Se é verdade que os procedimentos extraprocessuais se aproximam de um *responsive judge*, é igualmente verdadeiro que o direito processual brasileiro vem adotando cada vez mais ferramentas que se aproximam de uma *responsive conduct* ou, quiçá, de uma *responsiveness*. Se os métodos alternativos de resolução de conflitos já são antigos no referido ordenamento jurídico, a reforma do Código de Processo Civil brasileiro no ano de 2015 importou o princípio da cooperação, além da pretensão legal de um possível “bem comum”. Já o Código de Processo Penal, também brasileiro, se antes previa a transação penal e a suspensão condicional do processo como “mediações penais”, após a modificação legislativa pela Lei nº 13.964/2019, que entrou em vigor no ano de 2020, instituiu uma espécie de *plea bargain*, o acordo de não persecução penal. Por fim, há também exemplos de “negociação penal” no Código de Processo Penal português, dentre os quais serão examinados o arquivamento em caso de dispensa de pena e suspensão provisória do processo.

Espera-se demonstrar com os citados diplomas legais, o Civil e os Penais, a possibilidade da introdução da *responsive conduct*, ou ainda da *responsiveness*, nos sistemas jurídicos brasileiro e português, consumando-se assim a “adaptável” aplicação do *responsive judge* em diferentes culturas jurídicas, sem prejuízo das reflexões críticas acerca do tema.

3.1. Código de Processo Civil brasileiro.

A Lei nº 13.105/2015, que instituiu o (novo) Código de Processo Civil brasileiro, assentou o “princípio da cooperação” ao prever que “todos os sujeitos do processo devem

cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, além prever uma certa atuação ética “virtuosa” ao dispor que “[...] 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.”, ao passo que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”¹⁵⁴.

Com efeito, essas previsões do Código de Processo Civil levaram à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro tem “facilitado” a introdução de uma “justiça multiportas”¹⁵⁵, um procedimento jurisdicional – pois vinculará o juízo de alguma forma, como visto nos meios alternativos de solução de conflito – adequado às particularidades presentes na micro-relação das partes litigantes, possibilitando ao julgador, na figura daquele detentor do poder decisório, uma seleção de critérios de acordo com o problema invocado e através da cooperação e da empatia, de sorte que a *responsiveness* pode, eventualmente, assumir seu lugar no *prius* metodológico. Assim, observa-se que a *responsive conduct*, enquanto “conduta ética” a ser adotada pelos juristas, é perfeitamente compatível com o processo civil brasileiro, que muito invoca daquela “ética auxiliar” presente no referido movimento, de modo que o julgador é considerado conhecedor dos “fins sociais” e do “bem comum” invocado pela sociedade – numa espécie de “virtude” no sentido já analisado, qual seja a “habilidade” de introduzir elementos não jurídicos na resolução do problema e, ao mesmo tempo, zelar pela responsabilidade que lhe é imposta enquanto representante da função jurisdicional –, e é incentivado a utilizar tais conhecimentos na sua função essencial.

Surge com maior força, aqui, a problemática das decisões *contra legem*. E se o “fim social” ou o “bem comum” invocado pela *responsiveness* em análise ao “caso concreto” for contrário à lei? Parece-me que a legislação brasileira avança perigosamente a caminho da *responsiveness*, a ponto tornar válida uma decisão *contra legem* em nome de um possível *summum bonum*. E isso porque, ao tratar da coisa julgada, i.é., a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, o diploma processual

¹⁵⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 03 de outubro de 2021.

¹⁵⁵ Assim referido em: RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; REIS, Luísa Marques. A constelação familiar na (re)estruturação dos vínculos afetivos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-constelacao-familiar/>. Acesso em 03 de outubro de 2021.

em análise se limita a dispor que “não fazem coisa julgada” I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Assim, havendo uma “cooperação” entre as partes, de forma que ambas aceitem a decisão proposta pelo julgador, não havendo recurso, portanto, a questão, em princípio, reveste-se da juridicidade necessária à sua exigibilidade, e somente será reavaliada, eventualmente, em ação autônoma.

É claro que não se está a pensar numa decisão que demanda o ato de uma autoridade pública, por exemplo, que demandasse um ato ilegal pelo seu representante; em verdade, está em causa a força vinculativa entre as partes e terceiros de quem não demanda qualquer coisa senão o respeito às vontades particulares “homologadas” pela decisão judicial. E se possíveis as decisões *contra legem* nesses termos, certamente será possível, também, decisões *ultra e extra petita*, desde que, novamente, as partes não recorram da decisão. Ademais, será necessário, novamente, ressaltar a possibilidade de influência do julgador a conduzir a “cooperação”, de modo que vontades particulares, comunitárias ou partidárias podem se fazer presentes ainda que de forma velada; e os limites da juridicidade e as fontes do direito são postos à prova, sendo a “virtude” do julgador em cumprimento à sua responsabilidade jurisdicional o que sustenta a autonomia do direito.

3.2. Códigos de Processo Penal brasileiro e português.

Da mesma forma, o direito processual penal brasileiro, sobretudo com a vigência da Lei nº 13.964/2019, parece adotar uma certa responsividade da justiça criminal, ao menos no tocante aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos. Refiro-me ao “acordo de não persecução penal” (ANPP), hipótese em que o Ministério Público poderá oferecer ao investigado ou acusado, que tiver confessado “formal e circunstancialmente” a prática de delito, nos termos acima referidos, acordo para que cumpra determinadas condições, a saber: 1) a reparação do dano, 2) renunciar bens e direitos instrumentos, produtos ou proveito do crime, 3) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; 4) prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social; e/ou 5) outra condição proporcional e compatível com a infração cometida.

Tal como nos institutos jurídicos australianos, especialmente os *Indigenous Sentencing Courts*, o acordo de não persecução penal se mostra um instituto da já referida

“mediação penal”, adota uma determinada justiça restaurativa e permite que a escolha das obrigações do investigado ou acusado seja compatível com os costumes invocados pela comunidade, desde que suficiente à reprovação e à prevenção do crime. Embora o critério para adoção do acordo seja estabelecido pela norma, ela própria permite a prática de uma ética, já não aquela jurídica e auxiliar, mas epistêmica ou constitutiva. E isso porque, além de possível a escolha de quaisquer condições – ainda que “suficiente” à reprovação e à prevenção do crime –, o próprio oferecimento do acordo tem se demonstrado passível de aplicação da *responsiveness* – é o que ocorre, por exemplo, com o crime de tráfico de drogas, em que determinadas localidades aceitam o oferecimento do acordo nos casos de tráfico de drogas, desde que o imputado seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, ou seja, faça jus à aplicação da figura privilegiada prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

De fato, haverá comarcas em que o representante do Ministério Público entende que o tráfico de drogas, por si só, é crime que demanda providência outra que não aquelas previstas como possíveis para a celebração do acordo, ainda que a pena a ser aplicada seja inferior a quatro anos¹⁵⁶; por outro lado, há localidades em que se entende o contrário, hipótese em que se entende que a prática do tráfico de drogas na forma “privilegiada” é hipótese menos gravosa, que demanda solução diversa da privativa de liberdade, e compatível com o acordo de não persecução penal¹⁵⁷. O que está em causa, portanto, é algo além dos requisitos previstos na norma para o oferecimento do acordo de não persecução penal. Em verdade, o Ministério Público atua com base em dados empíricos sobre o julgamento dos crimes de tráfico de drogas na comarca em questão, e prevendo a aplicação da figura privilegiada, não somente vislumbra a pena inferior a quatro anos como julga que

¹⁵⁶ Ver: julgamento no Habeas Corpus Criminal 2064200-84.2020.8.26.0000, cuja ementa é a seguinte: Habeas Corpus. Insurgência quanto à ausência de propositura de acordo de não persecução penal. Tráfico que supostamente viria a ser considerado privilegiado. PGJ que, provocada pelo juízo nos termos do art. 28-A CPP, manteve a recusa do Promotor de Justiça. Posição institucional que deve ser preservada. ORDEM DENEGADA. (TJSP. Habeas Corpus Criminal 2064200-84.2020.8.26.0000; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – São Paulo – 27ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/06/2018; Data de Registro: 05/05/2020).

¹⁵⁷ Ver: ação penal nº 1501332-98.2021.8.26.0548, ajuizada na cidade de Campinas, também situada no estado de São Paulo, em que o Ministério Público ofereceu denúncia contra o réu pelo crime descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, porque teria sido surpreendido de posse de 24g de cocaína, destinadas ao tráfico de entorpecente. Contudo, sendo primário e de “bons antecedentes”, foi oferecido acordo de não persecução penal, posteriormente aceito e homologado pelo juízo competente.

a esse crime são adequadas medidas outras que não a prisão para a prevenção e a reprovação do delito. Isso leva em consideração uma atuação colaborativa dos participantes do litígio criminal, até para que se saiba a utilidade do acordo ao fim para o qual foi criado e é utilizado. Sem prejuízo disso, há uma empatia primeiramente do Promotor de Justiça, para compreender a situação socioeconômica que aflige o investigado ou acusado, e depois pelo julgador para homologar o acordo, entendendo assim a adequação da medida para reduzir a ofensa à ordem pública e a reincidência.

Não se descarta, também, a possibilidade de fixação de medidas que buscam resolver problema outro que não o jurídico. A condição a ser aplicada pode ter o condão de responder a um problema socioeconômico, por exemplo, ao “obrigar” que o investigado ou acusado frequente um determinado curso profissionalizante ou acompanhe comunicações, entre palestras e encontros, que acabam por estimular certos dogmas, religiosos e/ou políticos. Aliás, basta retomarmos a discussão sobre a possibilidade da condição consistente na “doação de sangue”, analisada quando dos métodos alternativos de solução de conflito, para termos em consideração um “caso concreto”. Assim, há um certo arbítrio do Promotor de Justiça e, posteriormente, do Juiz, no sentido de aplicarem, nas suas ações, as suas próprias ideologias em nome da *responsiveness*.

Nota-se, pois, que já não se trata de uma simples conduta ética dos participantes do procedimento – do acordo –, mas de um ideal “bem comum” utilizado como elemento de justificação do direito e, por consequência, constitutivo da decisão. Neste momento, o Promotor de Justiça e o Juiz não ignoram a reprovação e a prevenção do crime, mas delas se afastam para assumir o direito e, mais precisamente, a sua aplicação como instrumento de resolução de um problema não jurídico. Ora, não seria a decisão que deixa de homologar o acordo de não persecução penal, porque considerou o julgador “inadequadas, insuficientes ou abusivas” as condições acordadas, justamente porque não atendem ao “bem comum” individualmente invocado, uma decisão essencialmente *contra legem*, embora fundamentada no disposto no §5º do artigo 28-A do Código de Processo Penal? Mas as vias para resposta ao problema jurídico da reprovação e da prevenção do crime não seriam exatamente outras, como a educacional, a econômica, a social ou a política?

Em resposta à primeira pergunta, tem-se que a norma não estabelece o fim a que deve ser aplicada. Aliás, se aplicado ao acordo de não persecução, subsidiariamente – com fundamento no artigo 3º do Código de Processo Penal¹⁵⁸ – o disposto no Código de Processo Civil, especialmente o artigo 8º, segundo o qual “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”¹⁵⁹, é possível dizer que o ordenamento jurídico permite que um “bem comum” seja invocado pelo magistrado. No entanto, se a intencionalidade é de um *responsive judge*, já no sentido epistêmico e constitutivo, esse “bem comum” deve ser construído através de um diálogo cooperativo entre os participantes do procedimento, a saber, o investigado ou acusado e seu defensor, o Promotor de Justiça, o Juiz e, quando possível, a vítima.

E se o fim metodológico, neste caso, apresenta-se cristalino, vale dizer, a adoção de um consequencialismo “virtuoso”, resta evidente, também, a resposta à segunda pergunta. Se de fato há abertura para a *responsiveness*, há abertura para outras vias que não a jurídica, de sorte que já seria possível ensaiar aquela “ética-jurídica” presente na *responsive conduct* e, de certa forma, na *responsiveness*.

É verdade, no entanto, que a Lei nº 13.964/2019 fornece um forte argumento contra o *responsive judge*, ainda que numa concepção “auxiliar” e intencionalmente universalista. Essa Lei incluiu o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Embora o intuito da norma seja explícito, no sentido de proibir que o julgador funcione de uma forma inquisitiva – podendo se filiar durante a sua atuação à tese acusatória ou defensiva –, o que poderia macular sua imparcialidade, em tese a norma impede, também, qualquer iniciativa do julgador. O que nos resta, pois, é discutir se a estrutura de cooperação é, de fato, uma iniciativa do juiz.

¹⁵⁸ “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689.htm. Acesso em 03 de outubro de 2021.

¹⁵⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 03 de outubro de 2021.

Se a resposta para tanto for positiva, poder-se-ia dizer que o processo penal brasileiro impede qualquer aplicação do *responsive judge*. Se a resposta, porém, for negativa, as consequências são obscuras, e possibilita que, ainda que numa estrutura acusatória, o julgador possa se utilizar da cooperação para atingir os fins que deseja. É o caso, por exemplo, da inaplicabilidade da Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”; ocorre que, se o julgador, no âmbito da cooperação, decidir pelo reconhecimento da chamada “prescrição virtual” e ninguém “desertar”, i.é., todos concordarem com o resultado, a sentença terá seu trânsito em julgado e fará definitiva essa decisão, seja ela “boa” ou “ruim”.

Da mesma forma a decisão que rejeita a denúncia pelo crime descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, vale dizer, o porte de entorpecente para uso próprio. Conquanto o Supremo Tribunal Federal já tenha firmado entendimento no sentido de que a referida lei não descriminalizou a conduta descrita no aludido artigo 28¹⁶⁰, há juízes que continuam a proferir decisão no sentido de que não há justa causa para propositura da ação penal¹⁶¹. É verdade que não é lógico que o representante do Ministério Público, ao ser intimado de tal decisão, não opte pelo recurso, mas, uma vez mais, caso opte pela colaboração e seja convencido a “não desertar”, essa sentença pode se tornar definitiva, e, ao menos em princípio, teríamos mais uma decisão *contra legem* “válida”, uma vez mais, seja ela “boa” ou não.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal português prevê nos seus artigos 280 e 281 duas modalidades de “justiça penal negociada”, quais sejam o arquivamento em caso de dispensa de pena e suspensão provisória do processo, respectivamente. Em ambos os institutos jurídicos há, assim como no acordo de não persecução penal previsto no

¹⁶⁰ Acompanhar: RE 635.659 do Supremo Tribunal Federal. Em que pese as decisões anteriores no sentido da não descriminalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, o Supremo Tribunal Federal reiniciou a discussão, de sorte que a questão se encontra em sede de repercussão geral (tema 506) e aguarda julgamento.

¹⁶¹ Ver: sentença proferida no processo nº 0011522-21.2015.8.07.0004, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ/DF), que rejeitou a denúncia por ausência de justa causa, sob o fundamento de que o porte de entorpecente para uso próprio não lesaria o bem jurídico tutelado pela lei penal. Em que pese o entendimento tenha sido reformado posteriormente pela 1ª Turma Recursal, foi exarado por julgador em primeira instância.

ordenamento jurídico brasileiro, uma certa responsividade que lhe é intrínseca, no sentido de propor uma resposta rápida e eficaz ao problema jurídico.

Conquanto o referido artigo 280 do Decreto Lei n.º 78/87¹⁶² limite os casos de arquivamento àqueles em conformidade com o artigo 74 do Código Penal português¹⁶³, vale dizer, os crimes cuja pena de prisão não seja superior a seis meses, ou só com multa não superior a 120 dias, desde que “a) a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) o dano tiver sido reparado; e c) à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção”, trata-se de uma inciativa do Ministério Público, de sorte que a concordância do juiz, conforme Decisão Sumária do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de janeiro de 2014¹⁶⁴, é um ato não decisório e constitui uma mera formalidade essencial ao controle de legalidade, e tanto é assim que não é recorrível.

Nota-se, pois, que embora muito limitado pela própria lei, é livre ao representante do Ministério Público avaliar a “ilicitude do fato” e a “culpa do agente”, de forma que é possível ao menos cogitar a possibilidade de uma autoridade mais “empática” decidir de forma diversa daquela que não se coloca próxima à realidade do acusado. Assim, qualquer que seja a decisão, caberá ao julgador apenas e tão somente um ato formal de “concordância”, limitado, assim, ao controle de legalidade. Contudo, é de se observar que o risco da interpretação jurídica, neste caso, é agravado pela ausência de qualquer recurso, de sorte que, uma vez mais, ninguém “desertar”, i.é., todos concordarem com o resultado, a decisão será definitiva.

Já a suspensão provisória do processo, prevista no aludido artigo 281 do Código de Processo Penal, aproxima-se do instituto jurídico brasileiro comentado nesta seção. É que, nos crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos, ou com sanção diferente da pena de prisão, poderá o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do arguido ou do assistente, suspender o processo mediante concordância do juiz, e impor determinadas condições ao arguido cumulativa ou separadamente, dentre as quais: “dar ao lesado

¹⁶² Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em 23 de outubro de 2021.

¹⁶³ Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230100/indice>. Acesso em 23 de outubro de 2021.

¹⁶⁴ O Acórdão, proferido no âmbito do processo 148/13.1GCVIS.C1 está disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/eccd1eaf5dca943d80257c6d00528093?OpenDocument>. Acesso em 23 de outubro de 2021.

satisfação moral adequada”; “frequentar certos programas ou actividades”; “não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões”; e “qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso”.

Aplica-se aqui o que foi dito anteriormente acerca do acordo de não persecução penal brasileiro. Não se descarta a possibilidade de fixação pelo Ministério Público de medidas que busquem resolver problema outro que não o jurídico. A condição a ser aplicada pode ter o condão de responder a um problema socioeconômico, por exemplo, ao “obrigar” que o arguido frequente um determinado curso profissionalizante ou acompanhe comunicações, entre palestras e encontros, que acabam por estimular certos dogmas, religiosos e/ou políticos. Possível ainda reacendermos a condição consistente na “doação de sangue”. Assim, há no direito processual português o mesmo arbítrio por parte do Ministério Público e, posteriormente, do Juiz, no sentido de aplicarem, nas suas ações, as suas próprias ideologias em nome da *responsiveness*, tal como no direito processual penal brasileiro.

4. Reflexões críticas.

De fato, as experiências aqui propostas forneceram os instrumentos necessários para uma última reflexão crítica antes das conclusões. Tal como os defensores do *responsive judge* referem, trata-se de um movimento decisório em expansão e aplicável aos mais diversos sistemas jurídicos. Ocorre que a sua aplicabilidade dependerá, sobretudo, de uma possibilidade legal, tal como nos exemplos tratados nesta “Parte IV”, de forma que sua associação ou sua interação com o sistema jurídico deverá ser melhor analisada de acordo com o ordenamento jurídico posto em causa.

Os problemas (juístico-)metodológicos ensaiados na “Parte III” tomam forma e se revelam nas experiências práticas, de forma a concretizar as críticas até então formuladas, reforçando assim a ideia de que, talvez, o melhor seja limitar o *responsive judge* a momentos prévios aos processos judiciais ou, se concomitante a eles, isolá-lo de forma a isentar o caso de juízo, tal como a realização de audiência de conciliação antes de proferir sentença, mas depois de produzidas as provas durante a instrução processual. Isso poderia amenizar os riscos ao direito *como direito* ao mesmo tempo que promove a “cooperação” e a “empatia”

na função adjudicativa a fim de propor solução mais satisfatória àquela micro-relação, sem perder de vista o possível bem comum presente na macro-relação social.

Entretanto, ainda que o *responsive judge*, em qualquer uma das suas acepções, seja limitado pela Lei, é necessário ressaltar que é a própria *responsiveness*, a virtude do julgador, que deverá impor os seus limites, sob pena de sacrificar a capacidade de resposta prometida. Assim, ainda nessa limitação, é de se concluir que os problemas anunciados se mantêm, embora em menor grau, mas em igual importância.

CONCLUSÕES

Buscou-se até o presente momento sistematizar o estudo do *responsive judge* a fim de apontar as principais problemáticas insurgidas da sua prática. Em primeiro lugar, vê-se tratar de uma prática multifacetada e que pode assumir diversas concepções de acordo com as experiências pretendidas, ora propondo uma figura de juiz, em que se invoca uma *responsive conduct* consistente numa “atuação ética” do julgador, ora um modelo potencialmente decisório, em que a *responsiveness* já se reconhece num sentido epistêmico e constitutivo do direito. O *responsive judge*, portanto, aproxima-se de uma teoria de justificação legal, haja vista que propõe uma abordagem “ética” do problema que se quer jurídico.

Em segundo lugar, verifica-se que as influências do movimento são invocadas de tal forma que os problemas delas surgidos se confundem aos montes. Se é verdade que a ética das virtudes permeia toda problemática jurídica, desde a filosofia e a teoria do direito até a metodologia, outra não é a conclusão acerca da “cooperação” e da “empatia”, as quais, como visto, podem se limitar a uma mera conduta do julgador ou constituir, substancialmente, a função adjudicativa que lhe é institucionalmente imposta. A *restorative justice*, por seu turno, reflete um ideal de justiça ora invocado pelo movimento do *responsive judge*, que, do mesmo modo, poderá atingir a prática jurídica em diversos graus, desde os mais ínfimos – com atuação num momento pré-processual – até os mais severos – com a própria construção da decisão judicial –.

Há ainda que falar das influências jurídicas propriamente, vale dizer, a metodologia e a teoria do direito. Sobre elas, aliás, já se concluiu em mais de uma oportunidade neste trabalho que muito perdem os autores que escrevem sobre o *responsive judge* em não as explorar. É claro que há um motivo para tanto – talvez o de não se vincular, necessariamente, a determinada uma doutrina jurídica –, que, contudo, não se justifica, e, assim, corre o risco de fazer de todo o arcabouço teórico invocado – diga-se, interessantíssimo – uma simples

alternativa de conduta do julgador que pode ser aplicada quando bem entender, sem enfrentar os necessários problemas que a sua prática levanta.

Na Parte III deste trabalho foi proposta uma reconstrução crítica do conceito de *responsive judge*, de forma que se conclui por haver ao menos dois caminhos possíveis: o primeiro é afastar a defesa de uma prática universal, possível de adequação a qualquer perspectiva do direito, e passar à defesa de um direito condicionado à ética. Neste momento o julgador seleciona os critérios da sua decisão com base já não no direito, mas na ética, de sorte que o direito se revela um instrumento de legitimação de um certo poder que pretende a resolução de problemas não só jurídicos; o segundo caminho é se afastar da prática adjudicativa, no sentido de que a *responsiveness*, na verdade, é uma atitude do julgador no momento da realização do direito que aproxima a juridicidade do problema social criado por ela. Os problemas aqui gerados não serão propriamente metodológicos, mas deles se aproximam na medida em que o magistrado se coloca em uma posição menos distante das partes e atua mais como mediador do que julgador, podendo insurgir questões relevantes, como a imparcialidade e a seleção de critérios que não aqueles invocados pelo próprio problema.

Ainda assim foram apontados os principais problemas metodológicos e, concomitantemente a isso, aqueles próprios da teoria do direito, de sorte que a metódica ali ensaiada não tem outra pretensão senão provocar que outras perspectivas sejam abordadas. A propósito, repita-se o que constou ainda na introdução desta dissertação. A investigação ora proposta mostrou-se não mais do que uma introdução à problemática lançada, de sorte que não possibilitou seu esgotamento, o que, por outro lado, é visto com otimismo para a continuação desta pesquisa.

De qualquer forma, o ensaio de uma metódica responsiva demonstra alguns dos problemas fundamentais do *responsive judge* no tocante à função adjudicativa. Em primeiro lugar, o julgador, numa fase pré-processual, não está restrito à juridicidade, de forma que pode assumir qualquer outra intencionalidade que não a jurídica; já no reconhecimento do problema, este só serve de provocação ao julgador para que construa um paradigmático *summum bonum*, a ser falseado pelos discursos individuais; na construção da questão de direito em concreto, poderá ou não encontrar no sistema jurídico normas e princípios que

possam resolver o problema submetido à função jurisdicional, oportunidade em que a *responsiveness* exerce grande poder, ao mesmo tempo que exige do magistrado a virtude necessária a manter intactos os limites da juricidade e a responsabilidade jurisdicional.

Há, no entanto, espaço – e talvez até uma necessidade social – para o caminho dessa atitude eventualmente tomada pelo julgador. Como visto na Parte IV desta dissertação através das experiências metodológicas propostas, de fato, a *responsiveness* pode ser tida como elemento-guia dos limites da juricidade e da responsabilidade jurisdicional, de forma a gerar um intencional alargamento do próprio conceito do direito posto em causa. Aliás, essa Parte IV demonstrou que o *responsive judge* realmente pode reacender na prática judiciária, no dia a dia forense, as discussões fundamentais do direito, sobretudo quando beiram direitos e garantias fundamentais, como no caso daqueles institutos previstos nos códigos de Processo Penal brasileiro e português.

Assim, a investigação aqui iniciada é fértil em quaisquer percepções do *responsive judge*, seja no campo da prática adjudicativa, como indicado neste trabalho, ou da própria formação do julgador, com o intuito de tornar sua atuação mais “responsável” e, ao mesmo tempo, sensível àqueles que desconhecem o direito *como direito*, caminhos estes que certamente serão trilhamentos como continuação desta pesquisa.

BIBLIOGRAFIA.

ACKRILL, John L. Aristotle on Eudaimonia. In: *Proceedings of the British Academy*, Vol. 60, 1974.

AHMED, Masood. Alternative dispute resolution during the Covid-19 crisis and beyond. In: *King's Law Journal*, Vol. 32, 2021, pp.147–156. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09615768.2021.1886651>. Acesso em 02 de outubro de 2021.

ALBERSTEIN, Michal. Judicial Conflict Resolution (JCR): a new jurisprudence for an emerging judicial practice. In: *Cardozo J Conflict Resolut* 16:879–965, 2015.

ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 23, 2000, pp.197-230.

ALEXY, Robert. Effects of Defects-Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's Law as a Moral Judgment. In: *Ratio Juris*, 19, 2006, pp. 169-179. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00322.x>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Transl. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson – reimp. – Oxford: Clarendon Press, 2004.

ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. In: *Ratio Juris*, 23, 2010, pp. 167-182. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Cultura consensual? Exame da Transação Penal na Baixada Fluminense. Rio de Janeiro: *Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, nº 29, 2010, pp. 343-366. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/184-734-4-pb.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2021.

AMAYA, Amalia. The Role of Virtue in Legal Justification. In: *Law and Practical Reason*. Eds. Amalia Amaya and Ho Hock La. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp.51-66.

ANNAS, Julia. *The Morality of Happiness*. New York: Oxford University Press, 1995.

ANSCOMBE, G. E. M. *Human Life, Action and Ethics: Essays by G.E.M. Anscombe*. Eds. Mary Geach and Luke Gormally. Andrews UK Limited, 2011.

ANSCOMBE, G. E. M. *Modern Moral Philosophy*. In: *Philosophy*, vol. 33, no. 124, 1958, pp. 1–19. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/3749051. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: *Os pensadores*, vol.2. — 4. ed. —. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza, 2005.

AXELROD, Robert. *The Evolution of cooperation – Revised edition –*. New York: Basic Books, 2006.

BANDES, Susan A. *Empathetic Judging and the Rule of Law*. In: *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, pp.133-148. Disponível em: http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2018/07/BANDES_2009_133.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2021.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Da Possibilidade de Julgamento Ultra e Extra Petita nos Juizados Especiais Cíveis*. In: *Revista da Emerj*, v. 1, n. 3, 1998, pp.47–53. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista03/revista03_47.pdf. Acesso em 01 de outubro de 2021.

BOWIN, John. *Aristotle's Virtue Ethics*. In: *A Companion to World Literature*, 1-11, 2020, p.1. Disponível em: <https://people.ucsc.edu/~jbowin/virtue.pdf>.

BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.

BRENNAN, William J. Jr. "Reason, Passion, and the Progress of the Law." *Cardozo Law Review*, vol. 10, no. Issues 1-2, October/November 1988.

CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. *Mediação penal: Inserção de meios alternativos de resolução de conflito*. In: *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 13, 2013,

pp. 118-135. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2013.1.12593>. Acesso em 02 de outubro de 2021.

CHAGAS, Rosana Navega. Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida, volume 3, nº 29. Rio de Janeiro: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2005, pp.168-178. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista29/Revista29.pdf. Acesso em 03 de outubro de 2021.

CHIN, Denny. Sentencing: A Role for Empathy, 160 U. Pa. L. Rev. 1561 (2012), p.1562. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol160/iss6/1. Acesso em 19 de abril de 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CLARK, Sherman J. Neoclassical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-Making (and Law Teaching). In: Law and Practical Reason. Eds. Amalia Amaya and Ho Hock La. Oxford: Hart Publishing, 2013.

CLOWNEY, David. Virtues, Rules and the Foundations of Ethics. In: *Philosophia* 20 (1990), 49–68.

COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. ETC: A Review of General Semantics, vol. 2, no. 2, 1944, pp. 82–115. Disponível em: www.jstor.org/stable/42575667. Acesso em 25 de abril de 2021.

COLBY, Thomas. In Defense of Judicial Empathy. In: *Minnesota Law Review*, Vol. 96, p. 1944, 2012, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-129, pp. 1945-2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2180945>. Acesso em 19 de abril de 2021.

COLEMAN, Jules L. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: *Legal Theory*. Cambridge University Press, 4(4), 1998, pp. 381–425. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1352325200001099>. Acesso em 07 de setembro de 2021.

COLEMAN, Jules L. Negative and Positive Positivism. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, 1982, pp. 139-164. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724159>. Acesso em 07 de setembro de 2021.

COLEMAN, Jules L. The Architecture of Jurisprudence. In: *Yale Law Journal*, vol. 121, no. 1, 2011, pp. 2-80. HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ylr121&i=3>. Acesso em 06 de setembro de 2021.

CRISP, Roger. *How Should One Live?: Essays on the Virtues*. Oxford: Oxford University Press 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O império o direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EGLASH, Albert. Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term. In: *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, vol. 48, no. 6, Northwestern University School of Law, 1958, pp. 619–622. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1140258>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. In: *Harvard Law Review*, Vol. 92, Nº 2, pp.414-417. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340369>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

FLAHERTY, Michelle. Self-Represented Litigants: A Sea Change in Adjudication. In: Peter Oliver and Graham Mayeda (eds), *Principles and Pragmatism: Essays in Honour of Louise Charron*, Ottawa Faculty of Law Working Paper, 2013-07. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2348708>. Acesso em 01 de outubro de 2021.

FOOT, Philippa. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. New York: Oxford University Press Inc., 2002.

FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part 1: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 80, 1931, pp.17-53. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3. Acesso em 03 de abril de 2021.

FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part 2: As Through a Glass Darkly. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 80, 1931, pp.233-267. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8502&context=penn_law_review. Acesso em 23 de outubro de 2021.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, Vol. 92, nº 2, 1878, pp. 353-409. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1340368>. Acesso em 08 de abril de 2020.

GEACH, Peter. *The Virtues*. New York: Cambridge University Press, 1979.

GOLDBACH, Toby S. Judicial Practice in Action: Court Reform and Responsive Judges in Canada. In: *The Responsive Judge – International perspectives*. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, pp.217-240.

GOLDBERG, John C. Judging Responsibility, Responsible Judging, 64 *DePaul L. Rev.*, 2015, pp.476-485. Disponível em: <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol64/iss2/11>. Acesso em 25 de abril de 2021.

HARDIE, William. F. R. *Aristotle's Ethical Theory*. Oxford: The Clarendon Press, 1980.

HARDIN, Russell. *Collective action*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982.

HENDERSON, Lynne. Legality and Empathy. In: *Michigan Law Review* 85, 1987, pp.1574-1654. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol85/iss7/7>. Acesso em 12 de setembro de 2021.

HIBBEN, John Grier. "The Relation of Ethics to Jurisprudence." *International Journal of Ethics* 4, no. 2 (1894): 133-60. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2375432>. Acesso em 23 de maio de 2021.

HOLLAND, Thomas Erskine. Elements of jurisprudence. 3th ed. Oxford: The Clarendon Press, 1886.

HUGHES, Gerard J. The Routledge guidebook to Aristotle's Nicomachean ethics. New York: Routledge, 2013.

JAEGER, Werner Wilhelm. Aristoteles: bases para la historia de su desarrollo intelectual. Versión española de José Gaos. México: Ediciones F.C.E., 1984.

JUNG, Young Hoa. The Responsive Judge: Comparative Perspectives of Korea and Japan. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, pp.277-309.

KING, Michael. Applying therapeutic jurisprudence in regional areas: The Western Australian experience. In: eLaw journal : Murdoch University Electronic Journal of Law 10 (2), 2003, pp.1-11. Disponível em: <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/king102.html>. Acesso em 26 de maio de 2021.

KOSCHAKER, Pablo. Europa y el derecho romano. Trad. Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

KRAMER, Matthew H. In Defense of Legal Positivism: law without Trimmings. New York: Oxford University Press Inc., 2003.

KRAMER, Matthew H. Where Law and Morality Meet. New York: Oxford University Press Inc., 2008.

KRAUT, Richard. Aristotle on the Human Good. New Jersey: Princeton University Press: 1991.

LA TORRE, Massimo. On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: “Exclusive” versus “Inclusive”. In: Ratio Juris, 19, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00324.x>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

LLEWELLYN, Karl N. Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed, 3 Vanderbilt Law Review 395 (1950).

Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol3/iss3/4>. Acesso em 25 de abril de 2021.

LOHMAN, Alexander; STRAALLEN, Jaap. Sustainable Justice, A Social Responsible Focus on Innovation in Justice. In: *The Responsive Judge – International perspectives*. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018, pp.143-171.

MARCHETTI, Elena; DALY, Kathleen. Indigenous sentencing courts: Towards a theoretical and jurisprudential model. In: *Sydney Law Review* 29, 2007, pp. 416-443.

MARCHETTI, Elena and New South Wales. Department of Justice and Attorney General. and Australian Institute of Criminology. and Indigenous Justice Clearinghouse. *Indigenous sentencing courts*. Sydney: 2010. Disponível em: <https://www.indigenousjustice.gov.au/wp-content/uploads/mp/files/publications/files/brief005.v1.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2021.

MCASEY, Bridget. A Critical Evaluation of the Koori Court Division of the Victorian Magistrates' Court. In: *Deakin Law Review* 654, 2005. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2005/35.html>. Acesso em 26 de maio de 2021.

MACINTYRE, Alasdair. *A Short History of Ethics*. Touchstone: New York, 1996.

NEVES, A. Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: *Digesta*, Vol. 3º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. Escola do direito livre. In: *Digesta*, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: *Digesta*, Vol. 2º, reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica (Problemas fundamentais). Coimbra: Coimbra editora, 2013.

NEVES, A. Castanheira. O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

- NEVES, A. Castanheira. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2014.
- NEVES, A. Castanheira. O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade. In: O homem e o tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira. J.A. Pinto Ribeiro (Coord.). Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 1999, pp.87-114.
- NEVES, A. Castanheira. O Sentido Actual da Metodologia Jurídica. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 75, 2003, pp.115-150.
- NEVES, A. Castanheira. Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição. Vol. 1: A crise. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. Law and Society in transition: toward responsive law. New York: Routledge, 2017.
- NUSSBAUM, Martha C. Virtue Ethics: A Misleading Category? In: The Journal of Ethics, 1999, Vol.3, nº3, pp. 163-201. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25115613>.
- NUSSBAUM, Martha C. Justicia Poetica: La imaginación literária y la vida pública. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997.
- PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERLMAN, Karni. Settlement Adjudication and Judicial Responsiveness: The Choice Between a Wide and a Narrow Model. In: The Responsive Judge – International perspectives. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer: 2018.
- RAZ, Joseph. Authority and Justification. In: Philosophy & Public Affairs , Vol. 14, Nº. 1, 1985, pp. 3- 29. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2265235>. Acesso em 31 de julho de 2021.
- RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. In: The Monist, Vol. 68, Nº. 3, The Concept of Law, 1985, pp. 295-324. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27902922>. Acesso em 31 de julho de 2021.

RAZ, Joseph. Can There Be a Theory of Law?. In: BLACKWELL GUIDE TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY, Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1010287>. Acesso em 09 de maio de 2021.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; REIS, Luísa Marques. A constelação familiar na (re)estruturação dos vínculos afetivos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-constelacao-familiar/>. Acesso em 03 de outubro de 2021.

ROUGHAN, Nicole. The Relative Authority of Law: A Contribution to ‘Pluralist Jurisprudence’. In: *New Waves in Philosophy of Law*. Maksymilian Del Mar (ed.). London: Palgrave Macmillan, 2011, pp.255-273.

SOURDIN, Tania. *Alternative Dispute Resolution*. 5th ed. Sydney: Thomson Reuters, 2016.

SOURDIN, Tania; ZARISKI, Archie. What is responsive judging. In: *The Responsive Judge – International perspectives*. Tania Sourdin and Archie Zariski (eds.). Singapore: Springer, 2018, pp.1-38.

STĘPIEŃ, Mateusz. The Three Stages of Judges' Self-Development. In: *Virtue, Law, and Justice*. Eds.: A. Amaya and H. H. Lai. Oxford: Hart Publishing, 2013.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma de teologia: Primeira parte – questões 84-89*. Trad. Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento. Uberlândia, EDUFU, 2016.

TUCKER, Albert W. The two-person dilemma. In: *Readings in Games and Information*. Ed. Eric Rasmusen. Oxford: Blackwell Publishing, 2001, pp.07-08.

VALE, Luís António Malheiro Meneses do. O problema jurídico do acesso à saúde: entre a solidariedade e a responsividade: contributo para uma teoria constitucional sobre a realização do direito público social. Coimbra, 2018.

VALE, Luís Meneses do. Access to health care between rationing and responsiveness: Problems(s) and meaning(s). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 88(1), 2012, pp.105-188.

VAN NESS, Daniel W., STRONG, Karen H. Restoring justice: an introduction to restorative justice – 4 ed. –. Cincinnati: Anderson Publishing, 2010.

VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VON WRIGHT, Georg Henrik. The Varieties of Goodness. New York: Humanities Press, 1963.

WALUCHOW, Wilfrid. Legal positivism, inclusive versus exclusive. In E. Craig (Ed.), Routledge Encyclopedia of Philosophy. London: Routledge. Retrieved September 18, 2008. Disponível em: <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

WARDLAW, Kim M. Umpires, Empathy, and Activism: Lessons from Judge Cardozo, 85, Notre Dame L. Rev. 1629 (2010). Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol85/iss4/6>. Acesso em 19 de abril de 2021.

WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges Learning, Speaking and Acting-Part I-Tentative First Thoughts: How May Judges Learn." In: Arizona Law Review, vol. 36, no. 3, Fall 1994, pp. 540-542. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/arz36&i=549>. Acesso em 25 de abril de 2021.

WEINSTEIN, Jack B. "Limits on Judges' Learning, Speaking, and Acting: Part II Speaking and Part III Acting." In: University of Dayton Law Review, vol. 20, no. 1, Fall 1994, pp. 05-06. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/udlr20&i=9>. Acesso em 25 de abril de 2021.

WEINSTEIN, Jack B. "Three Gates to Justice." In: Litigation, vol. 26, no. 2, Winter 2000, pp. 3-70. HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/laba26&i=85>. Acesso em 25 de abril de 2021.

WEST, Robin. The Anti-Empathic Turn. In: Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 678, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/678>. Acesso em 12 de setembro de 2021.

ZERNOVA, Margarita. Restorative Justice. Ideals and Realities. Ashgate e-book, 2007.

LEGISLAÇÕES E ATOS NORMATIVOS.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 03 de outubro de 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 03 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 03 de outubro de 2021.

BRASIL. Portaria 001, de 23 março de 2020, da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Goiânia. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/portariavepema.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2021.

Brasil. Provimento nº 35, de 11 de dezembro de 2014, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Comunicados/ProvimentoCG35.2014-JusticaRestaurativa.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2021.

BRASIL. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em 29 de maio de 2021.

PORTUGAL. Decreto Lei nº 48/95. Código Penal. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230100/indice>. Acesso em 23 de outubro de 2021.

PORTUGAL. Decreto Lei nº 78/87. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em 23 de outubro de 2021.