

Contraditório e poder de influência no processo civil: reflexos na decisão judicial à luz do neurodireito

Contradictory and Power to Influence in Civil Procedure: Reflections in the Judicial Decision in the Light of Neurolaw

Fridtjof Chrysostomus Dantas Alves¹

Sumário: Considerações Iniciais; 1. O contraditório e sua função dialógica no processo civil democrático; 2. Neurodireito como meio de concretização do contraditório material; 3. A incidência da norma do contraditório pleno x racionalidade limitada; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: O direito ao contraditório manifesta-se formalmente, com a participação das partes no processo, e, materialmente, através da capacidade de influenciar o julgador, tratando-se de um direito processual fundamental garantido pela Constituição Federal. No entanto, não é raro, que as limitações humanas cognitivas, prejudiquem o seu exercício, afetando, desse modo, a formação de uma decisão judicial adequada. Dessa forma, é salutar, identificar suas falhas, através do neurodireito, assegurando soluções que possam otimizar o contraditório material. Pra isso, a presente pesquisa, analisou a legislação e observou os estudos relacionados à neurociência para compreender, qual a melhor forma dos sujeitos processuais tratarem o poder de influência; quais tipos de condutas podem violá-la; e, como a lei processual civil deve ser aplicada para equilibrá-la. Como resultado, verificou-se a necessidade de revisão e melhor utilização de alguns institutos processuais civis, relacionados à capacidade de influência, assim como, o reconhecimento e a mudança de comportamentos dos sujeitos processuais, frente às limitações cognitivas, garantindo, assim, um melhor contraditório. Portanto, concluiu-se que é possível dar maior eficácia a esse instituto, empregando algumas soluções propostas pelo neurodireito, garantindo um exercício mais efetivo do poder de influência, que deve ser concretamente ponderado, para fins de fundamentação da decisão judicial no processo civil.

Palavras-chave: Neurodireito. Contraditório Material. Poder de influência. Decisão Judicial.

Abstract: The right to contradictory is manifested formally, with the participation of the parties in the process, and, materially, through the ability to influence the judge, in the case of a fundamental procedural right guaranteed by the Federal Constitution. However, it is unusual for human cognitive limitations to impair its exercise, thus affecting the formation of an adequate judicial decision. In this way, it is healthy to identify its flaws, through neurolaw, ensuring solutions that can optimize the material contradictory. For this, the present research analyzed the legislation and observed the studies related to neuroscience to understand, what is favorable for the procedural subjects to deal with the power of influence; what types of conduct can violate it; and, how civil procedural law should be applied to balance it. As a result, there was a need to review and better use some civil procedural institutes, related to the ability to influence, as well as the recognition and change of behavior of procedural subjects, in the face of cognitive limitations, thus ensuring a better contradictory. Therefore, it is was concluded that it is possible to give greater effectiveness to this institute, using some solutions proposed by neurolaw, ensuring a more effective

¹ Advogado. Mestrando em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (FGF). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: fridtjofalves@hotmail.com

exercise of the power of influence, which must be concretely weighted, for substantiating the judicial decision in the civil process.

Keywords: Neurolaw. Contradictory Material. Power of influence. Judicial decision.

Considerações Iniciais

O contraditório é um direito processual fundamental, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 (CF/88), não sendo possível configurar o devido processo legal, disposto no inciso LIV, da referida norma, quando tal garantia não se faz presente, já que para a construção de uma decisão judicial legítima é necessária uma relação dialógica dentro do processo, entre as partes e o juiz.

Nesse sentido, analisando sua incidência, de forma específica no processo civil, observa-se que são inúmeros os dispositivos, pertinentes à matéria, como se verifica, por exemplo, na lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015 (CPC/15), em seu artigo 7º, ao dispor que o juiz deve zelar pelo efetivo contraditório, assegurando paridade de tratamento entre as partes; e, também no artigo 11, ao expor que será nula ou ineficaz a sentença de mérito sem integração do contraditório, e, entre outros, não havendo dúvidas de que tal garantia é um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Não à toa que são vastos os estudos relacionados a esse instituto processual, admitindo sua indispensabilidade, reconhecida, desde a teoria da relação jurídica elaborada por Büllow em 1868 até o modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera de 1990, sendo essencial sua proteção, uma vez que o contraditório formal, consubstanciado na mera participação, não tem nenhuma relevância se o contraditório material, vinculado ao poder de influência, não for garantido no âmbito processual, como entende Didier Jr. (2019, p. 107) ao compreender que “o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”.

Poder de influência, que deve ser compreendido como aquele capaz de refletir nos fundamentos da decisão, observando como pressupostos, os fatos, às provas, os precedentes e os direitos apresentados pelas partes, sob pena de nulidade, evitando, dessa forma, que limitações humanas cognitivas violem essa garantia processual fundamental, ensinando Baracho (2008) que “O direito ao contraditório decorre da exigência de co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da *decisum* judicial”, cuja paridade, se garanta não apenas na participação, mas também na ponderação concreta dos argumentos trazidos por todos os interessados.

Contudo, nesse ponto, é que encontra-se a maior problemática da questão, uma vez que as normas relacionadas ao contraditório, quando elaboradas pelo legislador, tinham de fundo um “tipo ideal” de realidade, que no plano prático se apresenta de forma diversa,

conferindo, assim, e, teoricamente, dispositivos legais que funcionariam perfeitamente no modelo do “tipo ideal”, mas que no “mundo real” acabam por não ter a eficácia desejada, já que outros fatores relacionados a um “tipo imperfeito” presente na realidade prática, como a racionalidade limitada, não foram considerados para a sua elaboração. Nesse viés, Coutinho e Wykrota (2018, p. 50) entendem que:

[...] o funcionamento do Direito, ainda, é pensado e ensinado segundo um “tipo ideal” que pode ser assim simplificado: (a) “o legislador” procurar regular o comportamento em sociedade valorando condutas humanas por meio de normas jurídicas que edita; (b) a sociedade estaria plenamente consciente da valoração de cada conduta (como proibida, permitida ou obrigatória); (c) o indivíduo, como regra, é livre para decidir observar ou não a norma; e (d) em caso de (ameaça de) descumprimento, o Poder Judiciário pode ser acionado para restabelecer o status quo.

De maneira semelhante, Marmelstein (2021) afirma que “O direito ainda está fortemente alicerçado em uma concepção da psicologia humana que acredita que as motivações para agir são fruto de uma reflexão racional conscientemente orientada”, verificando-se, a partir desses fatos, que é preciso identificar as falhas cognitivas relacionadas a esse “tipo imperfeito” para que se possa, dentre outras razões: i) reconhecer às limitações da racionalidade humana para se buscar soluções que minimizem seus efeitos deletérios frente ao contraditório; ii) revisar as normas que prejudiquem a efetividade do contraditório, adequando-as à realidade prática; e, iii) aplicar de maneira concreta e efetiva os atuais dispositivos vinculados ao contraditório e seu poder de influência, para evitar que às dificuldades presentes no “mundo real” possam afetá-lo.

Nesse aspecto é que o neurodireito se revela, como uma das principais ferramentas, capaz de apontar as falhas cognitivas que compõe o “mundo real” e que interferem no poder de influência, expondo Coutinho e Wykrota (2018, p. 59) que: “O Neurodireito, segundo se entende, cumpriria exatamente esse papel. Trata-se de disciplina que teria objetivo de reunir estudos das mais diversas áreas neurocognitivas e comportamentais que auxiliem a rever os fundamentos e parte da dinâmica jurídica.”.

Logo, a partir das descobertas da neurociência e da psicologia comportamental é possível verificar que esse esquema convencional vinculado ao humano que legisla, interpreta e aplica a norma, considerado hipoteticamente por sua racionalidade, no aspecto do livre-arbítrio e na neutralidade, compreendida no total afastamento de aspectos cognitivos, deve ser reavaliado, uma vez que a racionalidade, diferente daquela imaginada no “tipo ideal”, passa a ser limitada, cabendo ao neurodireito reunir estudos das áreas neurocognitivas e comportamentais para rever os fundamentos e parte da dinâmica jurídica, que não deixam de ser afetados, pelas limitações do “mundo real”.

De tal modo, que não há como negar que o neurodireito pode dar maior eficácia ao contraditório e equilibrar seu poder de influência no processo civil para a formação de decisão judicial mais legítima e democrática, a partir da aplicação de técnicas que garantam um poder de influência efetivo das partes, apontando dispositivos legais do processo civil que otimizam e prejudicam esse direito, e, colaborando, na identificação de comportamentos dos sujeitos processuais, que possam afetá-lo, sendo de grande relevância os resultados que podem ser obtidos, ratificando as palavras de Greene e Cohen (2004, tradução nossa) ao exporem que “A legitimidade da lei em si depende de ela refletir adequadamente as instituições morais e as convicções da sociedade. Se a neurociência conseguir mudar essas intuições/percepções sociais, então a neurociência pode mudar o direito²”.

Assim, baseado em um estudo descritivo analítico desenvolvido através de pesquisa, buscou-se revelar, com os conhecimentos obtidos, como o neurodireito pode tornar o contraditório e o seu poder de influência mais efetivo, evitando que a racionalidade limitada viole um direito processual fundamental de dimensão tão relevante.

Quanto ao tipo, à pesquisa foi bibliográfica, realizada através de livros, revistas, e publicações especializadas, dos assuntos relacionados ao tema, tratando os dados, por meio de uma abordagem qualitativa e de análise de conteúdo, aprofundando-se na compreensão do assunto, desenvolvendo-o descritivamente ao explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado, tratando-o, inclusive, no âmbito exploratório, objetivando aprimorar as ideias através das informações obtidas.

Por fim, foi realizada revisão da literatura com o intuito de resumir toda e qualquer informação relacionada ao assunto, verificando se existem pesquisas avançadas e que tratem, direta ou indiretamente, do tema, averiguando quantos estudos foram publicados se utilizando do método de elaboração narrativo a partir da análise do material referido.

Diante de tais considerações, espera-se que o presente, colabore com a plena eficácia do contraditório e o seu poder de influência nos fundamentos da decisão judicial, assegurando-o de forma paritária e equilibrada; colaborando para uma melhor aplicação dos dispositivos legais que otimizem esse direito; revisando e reinterpretando aqueles que possam prejudicá-lo, tudo para assegurar da maneira mais legítima e adequada a sua aplicação.

1. O Contraditório e sua Função Dialógica no Processo Civil Democrático

² “The legitimacy of the law itself depends on its adequately reflecting the moral intuitions and commitments of society. If neuroscience can change those intuitions, then neuroscience can change the law.” (Greene e Cohen, 2004, p.1778)

Superado os aspectos gerais, se faz oportuna uma análise mais aprofundada do contraditório na função dialógica dentro do processo civil democrático, uma vez que o seu poder de influência está precipuamente vinculado a uma de suas principais finalidades, qual seja, a de conferir maior legitimidade para a decisão judicial, que necessita, não apenas, da participação paritária das partes, mas também do pleno exercício em fornecer argumentos que sejam concretamente considerados, afirmando Theodoro Jr. (2019a, p. 145) que:

Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado.

Assim, não basta à mera participação formal das partes, para que o processo judicial seja democrático, sendo essencial, também, que exista a real capacidade de influenciar na decisão final, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal (STF), no RMS 24.536/DF, julgado em 02/12/2013, ao dispor que “a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador”, conferindo as partes, desse modo, a posição de verdadeiros coautores do provimento, definindo Coutinho (2012, p. 31):

[...] o processo, para ser democrático, não poderá ter caráter autoritário, mas deverá ter por premissa a participação de todos os interessados no provimento. Ademais, não é suficiente que lhes seja franqueada a ação e a possibilidade de discurso, mas também é preciso que os seus argumentos sejam levados em consideração, de forma que eles possam ser considerados não apenas destinatários, mas efetivamente co-autores do provimento (decisão judicial).

Logo, é através do diálogo processual adequado, que as partes apresentarão seus argumentos, evitando qualquer fundamento no provimento judicial que ignore, de forma desmotivada, as razões que lhes forem expostas, demonstrando assim que a função dialógica do contraditório é um elemento essencial da cooperação processual, previsto como princípio no artigo 6º do CPC/15, ao assegurar que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Nessa realidade, não há dúvidas de que esse compromisso dialógico pertence a todos os sujeitos do processo, que para garantir um contraditório efetivo, no seu aspecto formal e material, devem cooperar entre si, cabendo-lhes, dentre outras obrigações: i) para o autor, observar os artigos 319 e 320 do CPC/15, trazendo na petição inicial, além dos demais requisitos, os fatos e os fundamentos jurídicos de forma clara, delimitada e objetiva; ii) para o réu, atentar ao disposto nos artigos 336, 337 e 341 do CPC/15, apresentando toda a matéria de defesa, impugnando de forma específica, salvo exceções legais, as alegações constantes na

inicial; e, iii) para o juiz, assegurar a paridade de tratamento das partes, zelando pelo contraditório, nos termos do artigo 7º do CPC/15, efetivando, ainda, o previsto no artigo 10 do CPC/2015 que o impede de decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento do qual não tenha sido dada às partes oportunidade de se manifestar.

Nesse viés, são as considerações sobre o princípio da cooperação de Theodoro Jr. (2019b, p. 99) ao dispor que este “não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir”. De modo semelhante é a posição adotada por Didier Jr. (2019, p. 157) ao afirmar que “Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”.

Tamanha importância é o que justifica a presença de inúmeros dispositivos relacionados ao diálogo processual e ao contraditório material no CPC/15, como os já citados, existindo, inclusive, previsão expressa de que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, nos termos do artigo 489, §1º, inciso IV que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, reforçando o previsto no artigo 11 do CPC/15 e artigo 93, inciso IX da CF/88 que assegura que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Portanto, verifica-se o quanto é relevante à função dialógica do contraditório no processo civil democrático, que deve ser resguardado por todos os sujeitos processuais que cooperarão entre si na construção de uma decisão judicial, justa e legítima, não só participando, mas influenciando efetivamente o julgador, restando saber, como se verificará no tópico seguinte, se tal modelo, de fato, funciona concretamente, numa realidade em que a cognição humana é limitada.

2. Neurodireito como Meio de Concretização do Contraditório Material

Compreendido o enfoque legislativo do contraditório, formulados à luz do “tipo-ideal”, verifica-se nesse tópico como esse instituto interage no “mundo real”, considerando, especificamente, os avanços proporcionados pela teoria da linguagem; a relação entre indivíduo e objeto no mundo sensível; e, as descobertas realizadas pelo neurodireito, que refletem diretamente nas capacidades cognitivas dos sujeitos processuais, que cooperativamente, construirão o provimento judicial, como ressalta Coutinho e Wykrota (2018, p. 58) ao dispor que os:

Avanços decorrentes da Teoria da Linguagem (e confirmados pela Neurociência) revelam, claramente, que as coisas que compõem o mundo sensível não têm sentido “em si”. As viradas linguísticas (a primeira, abolindo a separação total entre sujeito e objeto e, a segunda, demonstrando que os sentidos são construídos mediante consenso) trazem revelações que foram amplamente confirmadas pelos estudos no campo das Ciências Cognitivas.

Nesse ponto inicial, é basilar esclarecer, que a linguagem é um elemento essencial do contraditório, ainda mais diante da constatação, realizada pela segunda virada linguística, de que os sentidos são construídos mediante o consenso, ou seja, não se pode admitir, atualmente, a formação de decisão judicial que tenha por parâmetros, apenas, os fundamentos isolados do próprio julgador, sendo necessário ponderar os fundamentos dos demais sujeitos processuais, para que o verdadeiro sentido do objeto, nesse caso, o processo realizado em cooperação, seja extraído da melhor maneira possível.

Tal comportamento se faz necessário, pois, cognitivamente, em regra, todo indivíduo, antes de interação posterior, cria naturalmente uma impressão superficial acerca dos objetos diante de si, como ensina Machado Segundo (2016, p. 16) dispondo que:

Além das limitações decorrentes da localização – no tempo e no espaço – em que o indivíduo se encontra, e das dificuldades inerentes à interpretação das informações obtidas por tais órgãos, essa impressão perfeita, mesmo que fosse possível em tese, exigiria recursos demasiados, que fariam falta para outros fins igualmente necessários à sobrevivência do organismo. Daí por que os sentidos nos dão apenas uma impressão correta o suficiente (para a sobrevivência e a reprodução) a respeito do ambiente que nos cerca.

De modo que o julgador, no processo judicial, produz, inicialmente, impressões superficiais sobre a demanda, permitindo com esse reconhecimento, que a referida, seja confirmada ou alterada, considerando o poder de influência dos sujeitos processuais, sob pena, de ao assumir definitivamente uma posição provisória, violar o contraditório material, já que no caso, não se buscará atribuir seu melhor sentido, mas sim, justificar aquele previamente adotado, ponderando Machado Segundo (2016), que “O importante é ter em mente que essas impressões podem ser falsas, e por isso mesmo devem ser tomadas de forma provisória, presumindo-se corretas até que se chegue à conclusão contrária”.

Nessa realidade é onde as limitações, relacionadas à cognição humana são identificadas pelo neurodireito, que utilizando dos estudos da neurociência e da psicologia comportamental, constata, que a questão não é tão simples quanto parece, considerando, dentre outros motivos que: i) os indivíduos, via de regra, não são suscetíveis a mudar de ideia, decidindo, primeiramente, de forma subconsciente, para depois racionalizar; ii) os julgadores não são imunes às dissonâncias cognitivas, vieses de confirmação, fatores biológicos,

preconceitos implícitos, e outras influências externas ao processo, vinculada ao próprio indivíduo que acabam por interferir subconscientemente na formação da decisão judicial; e, também, que iii) os demais sujeitos processuais, algumas vezes, por deficiência na forma e na manifestação da linguagem, não exercem seu poder de influência adequadamente.

Tais exemplos, apesar de superficiais, são suficientes para apontar como a eficácia do contraditório material, relacionado ao poder de influência, pode ser comprometido, quando se pretende, tornar efetivo a legislação do “tipo ideal”, sem atentar para as falhas cognitivas do “mundo real”, na medida em que é necessário, primeiro, identificá-las, utilizando instrumentos como o neurodireito, para assim, encontrar soluções que possam minimizá-las, contribuindo concretamente para a efetividade do contraditório no processo civil.

De modo, que não há dúvidas de que o neurodireito desempenha um papel relevante nessa perspectiva, uma vez que essas dificuldades serão percebidas a partir das suas investigações, considerando fatores biológicos e comportamentais, como o apontado, por Machado Segundo (2016, p. 51), ao tratar da confirmação de crenças e impressões previamente estabelecidas no cérebro do indivíduo, afirmando que “O Cérebro é mais receptivo e menos crítico ou exigente em relação àquelas informações novas que lhe chegam, quando elas confirmam as crenças que ele já possuía e deseja manter”.

Nessa linha, Kahneman (2011, tradução nossa) apresenta, metaforicamente, duas divisões mentais: i) a primeira chamada de sistema 1, relacionada ao pensamento rápido, de natureza mais intuitiva; e, ii) o sistema 2 atrelado ao pensamento lento, racional e concentrado, demonstrando curiosamente, que a maioria das escolhas e julgamentos são realizados automaticamente pelo sistema 1 e não pelo sistema 2, expondo que “Na imagem que emerge de pesquisas recentes, o sistema intuitivo 1 é mais influente do que sua experiência lhe diz, e é o segredo autor de muitas das escolhas e julgamentos que você faz³”.

Assim, é possível afirmar, que as impressões superficiais, alimentadas por dissonância cognitiva, vieses de confirmação, preconceitos implícitos e moral intuitiva, têm a capacidade de afetar o poder de influência, justamente por serem as primeiras a chegar à percepção, já que por estarem associadas ao sistema 1, funcionam de forma automática, como afirma Kahneman (2011, tradução nossa) ao dispor que o “O Sistema 1 opera de forma automática e rápida, com pouco ou nenhum esforço e nenhum senso de controle voluntário⁴”, justificando o motivo pelo qual, muitos indivíduos, antes de qualquer ponderação de

³ “In the picture that emerges from recent research, the intuitive System 1 is more influential than your experience tells you, and it is the secret author of many of the choices and judgments you make.” (KAHNEMAN, 2011, p.16).

⁴ “System 1 operates automatically and quickly, with little or no effort and no sense of voluntary control.” (KAHNEMAN, 2011, p.22).

argumentos, tomam por definitivo suas posições que deveriam ser analisadas com outras, pois ao não utilizar o sistema 2, que opera de forma manual e concentrada, deixam de racionalizar o que inicialmente assumiram, dispendo Machado Segundo (2016), nesse viés: “que o modo “manual” do ser humano (razão) pode ser importante instrumento para identificar e adaptar ou corrigir eventuais imperfeições de resultados ou ações oriundos do modo “automático””, sendo tal premissa motivada, pelo fato do cérebro humano, processar, inconscientemente, quase tudo que recebe, como expõe Marmelstein (2021, p. 11):

De acordo com alguns estudos científicos, o cérebro humano recebe cerca de 11 milhões de *bits* por segundo, através de imagens, sons cheiros, sensações etc. No entanto a nossa capacidade de processar esses dados de forma consciente é de apenas 50 *bits* por segundo. Isso significa que 99,999996% das informações que recebemos são processadas implicitamente. As ações e decisões que tomamos são influenciadas por fatores que estão fora do radar da consciência e afetam a nossa forma de agir mesmo que não percebamos.

Dentro dessa realidade, não há dúvidas de que a compreensão dessas falhas, que afetam o sistema 1, tornam-se relevantes para demonstrar como o poder de influência é afetado por eles, como é o caso, por exemplo: i) da dissonância cognitiva, que é definida por Adams (2017) como a “Condição mental na qual a evidência conflita tanto com a visão de mundo de uma pessoa que ela espontaneamente gera uma alucinação para racionalizar a incongruência”, dando bases para a afirmação do autor de que os humanos são seres emocionais que primeiro decidem e só depois racionalizam; e, também, ii) do preconceito implícito, que é definido por Marmelstein (2021) como uma tendência ou inclinação preconceituosa contra alguma pessoa ou grupo de pessoas (sexo, raça, gênero, religião, aparência, posição política, classe social etc.), capazes de gerar comportamentos prejudiciais para estas, mesmo contra a vontade do indivíduo, existindo inclusive um teste de associação implícita (TAI), desenvolvido por pesquisadores de Harvard, que aponta o nível de preconceito implícito em relação à determinados grupos estigmatizados, que pode ser realizado gratuitamente acessando o sítio “*project implicit*”.

No primeiro exemplo, fica claro, que para evitar a dissonância cognitiva, é necessário que os argumentos apresentados pelos sujeitos processuais sejam ponderados e que o julgador reconheça sua primeira impressão como superficial, para que assim, se utilizando do sistema 2, possa confirmar ou modificar a posição inicialmente assumida.

Do mesmo modo, no segundo exemplo, pode-se usar o sistema 2, como expõe Marmelstein (2021), para controlar e corrigir os vieses cognitivos provocados pelo preconceito implícito e assim evitar conscientemente a prática do comportamento discriminatório, que, sem dúvida, afeta o poder de influência, na medida em que, nas palavras

do autor, “Os julgamentos que realizamos se baseiam, muitas vezes, em associações implícitas que existem em nossas mentes e são automaticamente acionadas mesmo que não tenhamos consciência disso”, demonstrando através dessa análise geral, o quanto as limitações da cognição humana podem ser trabalhadas, para conferir um contraditório material mais eficaz.

Sem menos importância, tais limitações cognitivas, também podem ser minimizadas pelos demais sujeitos processuais através da manifestação adequada da linguagem no processo judicial, facilitando a atuação do sistema 2 do julgador, conferindo assim maior peso na forma como seus argumentos serão ponderados, observando, dentre outras iniciativas: i) objetividade e clareza nos fatos e nos direitos que serão postos; ii) apresentar as razões, para o julgador, também de maneira oral, reforçando os aspectos de seus fundamentos pelos meios legais disponíveis (conversas formais com o magistrado, sustentação oral e manifestações orais em audiência, etc.); e entre outros.

Logo não há dúvidas de que o neurodireito, é um instrumento relevante para identificar falhas da cognição humana, para assim apresentar soluções, permitindo, desse modo, que o contraditório seja mais efetivo, evitando, também, que os indivíduos se tornem vítimas da própria cognição, como afirma Pinker (1998, p. 446) ao dispor que:

O que devemos avaliar e temer são os ardilosos designs das próprias emoções. Muitas de suas especificações não se destinam ao contentamento e à compreensão: pense no moinho da felicidade, no canto da sereia, nas emoções simuladas, nas máquinas do fim do mundo, nos caprichos do amor romântico, na inútil punição do luto. Mas o auto-engano é talvez o mais cruel de todos os motivos, pois faz com que nos julguemos corretos quando estamos errados e nos encoraja a lutar quando deveríamos nos render.

Portanto, o passo mais importante, para que as falhas da cognição humana não afetem o poder de influência, é primeiramente reconhecer que elas existem, com o apoio de instrumentos, como o neurodireito, para aperfeiçoar o comportamento, tornando o contraditório mais eficaz, não sendo tais constatações, como afirma Marmelstein (2021), ao tratar do preconceito implícito, “motivo para jogar a toalha e desistir de lutar por um mundo melhor. Pelo contrário. É a compreensão de como a injustiça inconsciente se processa que nos permite enfrentar o problema com muito mais efetividade”.

3. A Incidência da Norma do Contraditório Pleno x Racionalidade Limitada

Apresentada algumas barreiras da cognição humana, que afetam o poder de influência, e, a importância do neurodireito para identifica-las e minimizá-las, passa-se a analisar, alguns dispositivos legais do CPC/15 que podem favorecer ou prejudicar a

aproximação do contraditório do “tipo ideal” com a racionalidade limitada do “mundo real”, considerando que a norma, nessa relação, exerce um papel essencial na solução do problema.

Nesse aspecto, em sentido favorável, merece atenção o artigo 489, §1º do inciso IV do CPC/15 que não considera fundamentada qualquer decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, demonstrando, nas palavras de Theodoro Jr. (2019b, p. 99), que o “[...] juiz tem o dever de enfrentar as alegações das partes e confrontá-las com o caso concreto e a legislação, principalmente aquelas que levariam a uma conclusão diversa”.

De modo que a inobservância desse dispositivo implica na possibilidade de utilização de embargos de declaração, conforme assegura o artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/15 que considera omissa a decisão que “incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”, ou seja, caso o julgador fundamente à decisão, considerando apenas seus próprios argumentos ou de algum sujeito processual que os favoreça, deverá em resposta, justificar por qual motivo os fundamentos da parte prejudicada não foram ponderados, ratificando ou modificando o provimento judicial, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 1622386/MT, julgado em 20/10/2016, compreendendo que:

Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si só e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida. (BRASIL, 2016).

Assim, a legislação confere, para aquele que não teve o contraditório material devidamente assegurado, a possibilidade de efetivá-lo, obrigando que o julgador indique por qual motivo deixou de observar seus argumentos, e, uma vez considerados, se não são capazes de integrar ou aclarar o provimento, dando-lhe efeitos infringentes/modificativos, podendo incorrer em nulidade.

De forma semelhante, é o instituto da retratação, presente em inúmeros dispositivos do CPC/15, como se verifica, por exemplo, no art. 331 (indeferimento da inicial), art. 332, §3º (julgamento liminarmente improcedente), e, entre outros, que permite ao julgador retratar-se da decisão, caso verifique no recurso, que os argumentos do prejudicado, são capazes de conferir entendimento diverso do que foi inicialmente adotado, tratando-se, como dispõe Didier Jr. (2019), “de regra especial, pois confere ao magistrado a possibilidade de mudar a sua decisão após ter encerrado o seu ofício jurisdicional”, sendo oportuno, para

melhor aplicação do instituto, que exista um tópico específico no recurso, expondo objetivamente os fundamentos que não foram devidamente ponderados.

Contudo, saliente-se, que os instrumentos apontados, somente serão eficazes se os sujeitos processuais reconhecerem as limitações cognitivas que possuem, pois não surtirão o efeito desejado, se: i) a parte prejudicada não apresentar manifestação adequada com vícios de linguagem; e, ii) se o julgador ignorar, que pode estar sob efeito de algum preconceito implícito, dissonância cognitiva ou viés confirmatório, justificando porque muitas vezes, tanto os embargos de declaração como o juízo de retratação acabam tendo pouco efeito prático, apontando Coutinho e Wykrota (2018, p. 57) nesse sentido que:

[...] o viés confirmatório (*confirmation bias*) designa a tendência confirmatória que existe para as intuições e respostas imediatas de que já se dispõe, o que, talvez, ajudaria a explicar o baixo índice de sucesso de embargos de declaração e das retratações em agravo de instrumento, nos quais o próprio juiz precisaria rever aquilo que decidiu [...]

Tal problema ainda se qualifica, diante de algumas previsões legais do CPC/15, que em sentido desfavorável ao contraditório, acabam por confiar demasiadamente nessas intuições e respostas imediatas, sem considerar às limitações cognitivas já apontadas, como se verifica, dentre outros, no artigo 332, §1º do CPC/15 que trata do julgamento liminarmente improcedente nas hipóteses de prescrição, independente da citação do réu, ignorando que esse instituto, depende de questões de fatos a serem apresentadas pela parte atingida, prejudicando o contraditório no provimento judicial que decide sem qualquer oportunidade de manifestação, como afirma Theodoro Jr. (2019b, p. 1.475), ao dispor que:

[...] Sem dúvida, as questões de fato e de direito se entrelaçam profundamente, de sorte que não se pode tratar a prescrição como uma simples questão de direito que o juiz possa, *ex officio*, levantar e resolver liminarmente, sem o contraditório entre os litigantes. A prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, que, por versar sobre eventos não conhecidos do juiz, inibem-no de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniências dos titulares dos interesses em confronto.

Por fim, merece atenção, o art. 145, inciso IV, do CPC/15 ao dispor que há suspeição do juiz quando este é “interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes”, levantando uma reflexão necessária acerca de até que ponto, questões relacionadas às limitações cognitivas, podem ser inseridos dentro dessa hipótese, já que é possível, por exemplo, que uma decisão judicial seja afetada pela análise desequilibrada de argumentos das partes, justamente porque uma delas pertence a um grupo defendido ou estigmatizado, ainda que subconscientemente, pelo julgador. Nessa toada, são pertinentes os estudos apresentados por Coutinho e Wykrota (2018, p. 56):

[...] a suposição de que a interpretação/aplicação da lei seja feita de maneira especialmente racional é contestada pelo experimento conduzido por Shai Dazinger, na Universidade de Tel-Aviv, que ficou conhecido como “Os Juízes de Israel”. O estudo mostrou que a racionalidade dos juízes era severamente afetada por questões completamente estranhas aos elementos de prova existentes no processo. Outra pesquisa polêmica revelou que juízes americanos (geralmente republicanos), quando tiveram filhas do sexo feminino, acabaram mudando a postura em julgamentos que envolviam mulheres em algum momento de suas carreiras, inclinando-se mais para decisões qualificadas como feministas pelos pesquisadores; enquanto juízes que tinham filhos do sexo masculino não mudavam de postura.

De tal forma, que é possível enquadrar dentro da suspeição, situações de desequilíbrios do contraditório, provocado por falhas de cognição, cabendo nessa hipótese, as seguintes providências: i) o juiz pode reconhecer a própria limitação cognitiva, e se declarar suspeito por motivo de foro íntimo nos termos do §1º do art. 145 do CPC/2015; ou, ii) ser requerida, através de exceção, a suspeição do julgador, apresentando elementos que possam evidenciar que a limitação cognitiva moralmente o beneficia, como se verifica, por exemplo, quando numa oitiva de testemunhas o julgador tratar as de uma parte com empatia e da outra com rispidez; nos comportamentos do julgador fora demanda, em redes sociais ou congêneres que apontem uma tendência ideológica em apoiar determinado grupo de pessoas por motivos alheios ao processo, como pode acontecer no caso em que o magistrado faz postagens homofóbicas em seu perfil social e tem consigo um processo judicial que envolve responsabilidade civil por atos de homofobia; e entre outros.

Portanto, analisados os dispositivos legais no presente, percebe-se o quanto a norma legal pode interferir direta e indiretamente na relação entre o contraditório pleno e a racionalidade limitada, favorecendo ou prejudicando o instituto, já que a sua incidência estimula comportamentos negativos e positivos que afetam o poder de influência dentro do processo civil, sendo relevante, sob essa ótica, dar atenção as normas do CPC/15 que possam otimizá-lo, readequando e reinterpretando as que produzem efeito contrário, para que a legislação, afinada com as descobertas do neurodireito, seja melhor aplicada.

Considerações Finais

Diante de todo o exposto, verifica-se, considerando as limitações da cognição humana, como são grandes os desafios para um contraditório material pleno no processo civil, cabendo, não apenas, identificar essas dificuldades, através do neurodireito, mas também reconhecê-las individualmente para que seus reflexos sejam minimizados, aplicando concretamente os dispositivos legais que favoreçam o poder de influência, como os

embargos de declaração, juízos de retratação e entre outros, readequando aqueles que priorizem, sem a devida razoabilidade, entendimentos superficiais e prévios em detrimento do contraditório das partes.

Junto a isso, é importante que o intérprete e o legislador, relevem a descobertas da neurociência e da psicologia comportamental na sua atividade, aproximando a norma do “tipo ideal” com a racionalidade limitada do “mundo real”, já que a efetividade da lei depende disso, não devendo ficar alheio de que preconceitos implícitos, dissonâncias cognitivas e vieses de confirmação podem prejudicar a eficácia de direitos processuais fundamentais.

Assim, não há dúvidas de que muitas iniciativas podem ser tomadas a partir das contribuições do neurodireito, assegurando um processo mais cooperativo, democrático e legítimo, minimizando os vícios que possam afetar a linguagem, na sua manifestação e compreensão, permitindo que o provimento judicial seja de fato e de direito, o resultado de um diálogo argumentativo realizado por todos os sujeitos processuais sem que favorecimentos estranhos à demanda, ocasionados pelas limitações da cognição humana, afetem a capacidade de influenciar.

Sem menos importância, é dever de cada um, assumir essas falhas para que seus impactos sejam minimizados, utilizando soluções que possam sanar o problema, sendo mais do que oportuna essa reflexão, pois somente assim, poderão ser adotadas medidas que aprimorem o contraditório dentro do processo, uma vez que a legislação deve estar afinada com a realidade, para estimular comportamentos positivos, evitar os negativos e ser plenamente aplicada nos casos concretos.

Finalmente, espera-se que esta pesquisa, reforce a relevância da relação, entre o direito e a neurociência, já que não deve ser desconsiderado que as limitações da cognição humana interferem diretamente na aplicação dos seus institutos, aperfeiçoando-os através do neurodireito, que além de tornar o contraditório mais efetivo, revela como a falibilidade humana pode ser prejudicial quando não é identificada e reconhecida.

Referências Bibliográficas

ADAMS, Scott. *Ganbar de Lavada: persuasão em um mundo onde os fatos não importam*. Tradução de Alessandra Bonruquer. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa*. Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa*. Brasília, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.622.386/MT*. Recorrente: Iara de Brito Nunes. Recorrido: Anderson Luis Canalle e Marcilei Veronica Scheid Canalle. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 25.10.2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66098685&num_registro=201602249141&data=20161025&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24536-4/DF*. Requerente: Alberto Cursino Moreira Filho. Requerido: União. Rel. min. Gilmar Mendes, Brasília, 02.12.2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116098>. Acesso em: 10 jun 2021.

COUTINHO, C. M. C.; Processo (Constitucional): Reconstrução do Conceito à Luz do Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 10, n. 14, 2012, p. 24-41. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/804/274>. Acesso em: 10 jun 2021.

COUTINHO, C. M. C.; WYKROTA, L.; Neurodireito: o início, o fim e o meio. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 48-63. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5307>. Acesso em: 9 jun 2021.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 21ª ed. v.1. Salvador: Jus Podivm. 2019.

GREENE, J.; COHEN, J.; For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical transactions of the Royal Society of London, Series B, Biological sciences* vol. 359, 1451 (2004): 1775-85. Doi:10.1098/rstb.2004.1546. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1693457/pdf/15590618.pdf>. Acesso em: 9 jun 2021.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Straus and Giroux. 2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência – Uma introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo: Malheiros. 2016.

MARMELSTEIN, George. *Discriminação por Preconceito Implícito*. Salvador: JusPodivm. 2021.

PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60 ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense. 2019a.

THEODORO JR, Humberto; Colaboradores: THEODORO NETO, H.; MELLO, A.; THEODORO, A.; *Código de Processo Civil anotado*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019b.