

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

O PRAGMATISMO JURÍDICO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ROBERTA FIGUEIRA TIGRE MAIA

RIO DE JANEIRO

2008

ROBERTA FIGUEIRA TIGRE MAIA

O PRAGMATISMO JURÍDICO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Margarida Maria Lacombe Camargo

RIO DE JANEIRO

2008

(a página subsequente à folha de rosto foi destinada ao parecer do orientador)

ROBERTA FIGUEIRA TIGRE MAIA

O PRAGMATISMO JURÍDICO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Dr<sup>a</sup>. Margarida Maria Lacombe Camargo – Universidade Federal do Rio de Janeiro -  
Orientador

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

We are not slaves of our history, traditions,  
and precursors; they are our instruments.

Richard Posner

## RESUMO

Tigre Maia, Roberta Figueira. O pragmatismo jurídico e o Supremo Tribunal Federal. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho visa a analisar o uso de argumentos pragmatistas na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal. Na qualidade de instância máxima da interpretação constitucional, a Corte Suprema se torna responsável não só pela aplicação das normas constitucionais, mas, principalmente, pela concretização e desenvolvimento da Constituição, com reflexo em toda a estrutura do Poder Judiciário nacional. Nesse contexto, a análise da fundamentação dos votos dos Ministros da Corte Suprema constitui importante instrumento para uma melhor compreensão do Direito, visto como realidade prática e não arcabouço conceitual. Assiste-se hoje a um Supremo Tribunal Federal que, atento aos efeitos práticos de seus julgados, considera o contexto fático subjacente ao caso concreto, lança mão de argumentos advindos de outras áreas do conhecimento e do direito comparado, modula os efeitos de suas decisões, regula matérias em que há lacuna legislativa, observando mais as conseqüências dos seus julgados, do que propriamente, ou simplesmente, a correspondência lógica entre fato (premissa menor) e norma (premissa maior). Essa orientação encontra guarida nas bases teóricas do pragmatismo jurídico. Para melhor compreender as bases teóricas dessa corrente de pensamento, faz-se necessário o estudo da matriz filosófica, com ênfase nas obras de William James e John Dewey. Em um segundo momento, analisa-se a obra de Richard Posner, juiz norte-americano, que se preocupa em minudenciar as prioridades do juiz pragmatista quando da tomada de decisão. Assim, a partir de determinada perspectiva teórica do pragmatismo jurídico aplicada à análise de decisões recentes da Corte escolhidas com finalidade exemplificativa, visa-se a demonstrar de que maneira o Supremo Tribunal Federal utiliza argumentos de natureza pragmatista em seus julgados.

Palavras-chave: pragmatismo filosófico; pragmatismo jurídico; adjudicação pragmática; Supremo Tribunal Federal.

## RESUMÉ

Tigre Maia, Roberta Figueira. O pragmatismo jurídico e o Supremo Tribunal Federal. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Le présent travail a pour objet d'analyser l'emploi d'arguments pragmatistes dans la jurisprudence la plus récente de notre Suprême Tribunal Fédéral. En sa qualité d'instance maximale de l'interprétation constitutionnelle, la Cour Suprême a la responsabilité non seulement de l'application des normes constitutionnelles, mais aussi et surtout de la concrétisation et de la mise en oeuvre de la Constitution, dont les effets s'exercent sur l'entière structure du Pouvoir Judiciaire national. Dans cette perspective, l'analyse du fondement des votes des Ministres de la Cour Suprême constitue un important outil pour une compréhension meilleure du Droit, vu comme une réalité pratique et non comme une simple ossature conceptuelle. Nous sommes aujourd'hui en présence d'un Suprême Tribunal Fédéral qui, attentif aux effets pratiques de ses jugements, considère le contexte du fait juridique sous-jacent au cas concret, use d'arguments issus d'autres secteurs de la connaissance et du droit comparé, module les effets de ses décisions, regule des matières contenant une lacune législative, en observant les conséquences de ses jugements, plus que proprement, ou simplement, la correspondance logique entre le fait (prémisse mineure) et la norme (prémisse majeure). Cette orientation prend appui sur les bases théoriques du pragmatisme juridique. Afin de mieux comprendre les bases théoriques de ce courant de pensée, il est nécessaire d'en étudier le modèle philosophique, dans les ouvrages notamment de William James et John Dewey. Dans un second moment, il convient d'analyser l'oeuvre de Richard Posner, juge d'Amérique du Nord, soucieux d'étudier par le menu les priorités du juge pragmatiste, lors de la prise de décision. Il s'agit donc de démontrer, à partir d'une perspective théorique relevant du pragmatisme juridique et appliqué à l'analyse de décisions récentes de la Cour, choisies à titre d'exemples, de quelle manière le Suprême Tribunal Fédéral a recours, dans ses jugements, à des arguments de nature pragmatiste.

Mots-clés: pragmatisme philosophique; pragmatiste juridique; adjudication pragmatique; Suprême Tribunal Fédéral.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – ação direta de constitucionalidade

ADI – ação direta de inconstitucionalidade

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

EC – emenda constitucional

HC – *habeas corpus*

MI – mandado de injunção

RCL - reclamação

STF – Supremo Tribunal Federal

SS – suspensão de segurança

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1 ASPECTOS DA MATRIZ FILOSÓFICA DO PRAGMATISMO</b> .....	16
1.1 Algumas idéias do pragmatismo filosófico de William James .....	18
1.2 Algumas idéias do pragmatismo filosófico de John Dewey.....	23
<b>CAPÍTULO 2 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER</b> .....	28
2.1 Considerações iniciais acerca do Pragmatismo de Richard Posner....	28
2.2 A adjudicação pragmática proposta por Posner.....	31
<b>CAPÍTULO 3 O PRAGMATISMO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	43
3.1 ADI 3.489 – O caso dos municípios.....	43
3.2 MI 670, MI 708 e MI 712 – A regulamentação da greve dos servidores públicos civis .....	50
3.3 SS 3.154 – <i>O pensamento do possível</i> .....	55
3.4 RCL 4.335 – A mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.....	57
<b>CAPÍTULO 4 CONCLUSÃO</b> .....	63

## INTRODUÇÃO

A nova ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988 teve como palco o processo de redemocratização brasileira após a ditadura militar, o que refletiu sobremaneira no conteúdo da Lei Maior. Influenciada também pelo constitucionalismo europeu contemporâneo<sup>1</sup>, a chamada Constituição-cidadã traçou um vasto catálogo de direitos e garantias fundamentais, e delimitou a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional, elegendo-o como seu guardião.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 não se definiu como ordenamento valorativo neutro<sup>2</sup>, tendo se comprometido com determinados valores e com a concretização de metas traçadas a partir dessa opção valorativa. Frente, então, às normas de conteúdo aberto e indeterminado, o intérprete passa a figurar como co-participante do processo de criação do Direito<sup>3</sup>, quando da sua aplicação.

Visando à concretização de seus mandamentos, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo instrumentos capazes de impulsionar a expansão da jurisdição constitucional no país. A atividade da Corte no controle de constitucionalidade tem como escopo a salvaguarda da supremacia normativa da Constituição, que atua como *lex superior* do ordenamento jurídico. Modernamente, tem se entendido que a fiscalização exercida pelos tribunais constitucionais ultrapassa o modelo kelseniano de “legislador negativo”, e passa a englobar uma atuação positiva de concretização e de desenvolvimento do direito constitucional<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, constituem as principais referências no desenvolvimento do novo Direito Constitucional, tendo influenciado os países de tradição romano-germânica. (*Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 9, n. 33, 2006, p. 45)

<sup>2</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63, 64. No mesmo sentido, v. Antônio Cavalcanti Maia, *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Revista de Direito Público, 2007. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br), acesso em 07.03.2008.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 53.

<sup>4</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 885.

Como expressão da democratização do acesso ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, destaca-se a ampliação do rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no qual até então o Procurador-Geral da República figurava isolado<sup>5</sup>. A Lei 9.868/99, ao regular o procedimento da ADI e da ADC, trouxe instrumentos capazes de propiciar uma maior abertura no debate acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos. A figura do *amicus curiae*, prevista no art. 7º, parágrafo 2º, permite a manifestação de órgãos ou entidades cujos interesses sejam afetos à matéria discutida pela Corte. A referida lei também previu, em seu art. 9º, parágrafo 1º, a audiência pública, mecanismo capaz de conferir maior legitimidade às decisões da Corte, através da oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria em exame.

Embora a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADI seja considerada por muitos a causa determinante da expansão da jurisdição constitucional<sup>6</sup>, a Constituição disponibilizou outros importantes mecanismos destinados a garantir a máxima efetividade de seus mandamentos, dentre os quais se destacam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>7</sup>, a ADI por omissão e o Mandado de Injunção, sendo esses dois últimos destinados a remediar a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”. No entanto, até o julgamento conjunto dos MI 670, MI 708 e MI 712, no ano de 2007, o instituto do mandado de injunção padecia de ineficácia, eis que, o Supremo Tribunal Federal, adotando, em geral, uma postura não concretista, limitava-se a decretar a mora do poder competente para a edição da norma.

No atual contexto, o STF, na qualidade de instância máxima da interpretação constitucional, torna-se o responsável último não só pela aplicação das normas constitucionais, mas, principalmente, pelo desenvolvimento do próprio direito constitucional. A jurisprudência atual da Corte passa a denotar um certo ativismo que, contrapondo-se ao clássico princípio da autolimitação judicial (*self restraint*), aponta para um protagonismo do Judiciário<sup>8</sup>, levando alguns autores a sustentar inclusive a

---

<sup>5</sup> Gustavo Binenbojm anota que, até o advento da Constituição de 1988, a representação por inconstitucionalidade consistia em uma verdadeira questão de Estado, eis que o Presidente da República nomeava e exonerava *ad nutum* o Procurador-Geral da República e que a Procuradoria Geral da República acumulava as funções de Ministério Público Federal e de representação judicial da União. (*Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155)

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 50, 51.

<sup>7</sup> De acordo com a Lei 9.882/99, a ADPF alcança as leis e atos normativos municipais, inclusive os anteriores à Constituição de 1988, o que demonstra a sua importância nos casos lacunosos, insuscetíveis de ADI.

<sup>8</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *O STF e a interpretação da Constituição de 1988, 20 anos depois de promulgada*. (no prelo)

formação de um “direito judicial”<sup>9</sup>. Segundo Luís Roberto Barroso, verifica-se no direito continental, em decorrência da centralidade política assumida pelas cortes constitucionais, um maior relevo da jurisprudência, não estando o direito brasileiro alheio a essa tendência<sup>10</sup>. É o chamado “jurisprudencialismo”<sup>11</sup>.

A “judicialização da política”, desdobramento do ativismo judicial, dá margem a críticas acerca da legitimidade da Corte para enfrentar questões políticas. Ainda que o STF não integre um poder eleito, fato é que, dada a democratização do acesso à Corte, chegam até ele as mais diversas espécies de demanda, inclusive as de ordem política e econômica. Uma análise mais detida da jurisprudência atual do STF permite verificar que, em muitos casos, as decisões são legitimadas por argumentos de ordem prática. Atenta aos efeitos *ultra partes*, sem perder de vista as minudências do caso concreto, a Corte não só se socorre de mecanismos previstos em lei, como é o caso da modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de ADI e ADC<sup>12</sup>, e das audiências públicas<sup>13</sup>, como também inova na sua própria linha de argumentação, recorrendo, por exemplo, a dados técnicos quando a demanda envolve conhecimentos estranhos ao Direito.

Como expressão recente da postura ativista desenvolvida pelo STF, destaca-se a paradigmática decisão proferida no julgamento dos MI 670, 708 e 712. Diante da mora do Congresso Nacional em editar a lei regulamentadora da greve no serviço público a que alude o art. 37, inc. VII, da Constituição Federal, o STF adaptou a lei de greve dos trabalhadores em geral à realidade dos servidores públicos civis, selecionando os dispositivos adequados e realizando inclusive modificações no texto legal<sup>14</sup>. Consagrou-se no referido julgado a chamada “sentença de perfil aditivo”, termo cunhado pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>15</sup>. O referido julgamento teve importância histórica, eis que,

<sup>9</sup> CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. Disponível em: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf) Acesso em: 07.03.2008.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

<sup>11</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *op. cit.*

<sup>12</sup> Em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico, em 18.10.2007, o Min. Gilmar Mendes sustentou a utilização da técnica de modulação temporal no controle incidental de constitucionalidade, invocando precedentes em que foram considerados os impactos desastrosos de uma imediata declaração de nulidade da lei inconstitucional. (PRESTES, Cristine. Uma revolução silenciosa no Supremo: *Valor Econômico*, São Paulo, 18 de outubro de 2007. Especial.)

<sup>13</sup> A modulação temporal dos efeitos da decisão e a realização de audiências públicas estão previstas, respectivamente, nos arts. 27 e 9º, §1º da Lei 9.868/99.

<sup>14</sup> MI 712, voto Min. Eros Grau, p. 32 *et seq.*

<sup>15</sup> Em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico, em 18.10.2007, o Min. Gilmar Mendes tratou das sentenças de perfil aditivo: “eu tenho chamado de sentenças de perfil aditivo - em que o tribunal rompe um pouco com a postura que tradicionalmente chamávamos de legislador negativo e passa a ser também, ainda que provisoriamente, um legislador positivo, permitindo uma regulação provisória de uma dada situação que reclama disciplina normativa ou regulação.”

numa mudança significativa em sua jurisprudência, o Tribunal não se limitou a declarar a mora da autoridade competente para que suprisse a omissão legislativa<sup>16</sup>.

O Ministro Eros Grau, relator do mandado de injunção em comento, invocando as palavras do Ministro Néri da Silveira, ponderou se era admissível que a Corte Suprema do país proferisse julgados desprovidos de eficácia<sup>17</sup>. Para não transformar a Constituição em papel “pintado com tinta”, nas palavras do ministro, sustentou-se a formação supletiva da norma regulamentadora pelo Tribunal<sup>18</sup>.

Por outro lado, pode-se dizer que o ativismo judicial retrata um esforço da Corte Suprema em consagrar o seu fortalecimento institucional. Ao lado da utilização da modulação temporal dos efeitos da decisão, para além do âmbito da ADI e da ADC, bem como da sentença de perfil aditivo que, em tese, colocaria em cheque o princípio da separação dos poderes, vem sendo sustentada a dispensabilidade da manifestação do Senado Federal para que seja suspensa a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Corte<sup>19</sup>. Num quadro de verdadeira mutação constitucional, haja vista o disposto no art. 52, inc. X, da Constituição Federal, o STF entendeu pelo efeito vinculante imediato da decisão, limitando a função do Senado Federal a dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade.

Esse entendimento foi esboçado em sede de reclamação (RCL 4335/AC), instrumento que ganhou status constitucional com a Carta de 1988 e que visa a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal, resguardando a autoridade de suas decisões. Aliás, em recente julgado, o Min. Gilmar Mendes sustentou que, diante da adoção da tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, a reclamação passou também a garantir a autoridade da própria interpretação conferida pela Corte à Constituição<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Como precedente anterior, destaca-se a apreciação da questão de ordem suscitada no julgamento do MI 107, em 23.11.89, que consagrou a auto-aplicabilidade do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

<sup>17</sup> MI 712, voto Min. Eros Grau, p. 9.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>19</sup> Ao comentar a adoção do efeito vinculante imediato, em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico, em 18.10.2007, o Min. Gilmar Mendes sustentou que a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei inconstitucional não se coaduna com o atual contexto constitucional em que a concessão de medida cautelar em sede de ADI tem eficácia *erga omnes* ao passo que uma decisão do plenário, até mesmo por unanimidade, em sede de Recurso Extraordinário, não tem.

<sup>20</sup> Esse entendimento foi esboçado no julgamento da RCL 5470/PA. Interessante notar que o Min. Gilmar Mendes aproveitou a oportunidade para traçar um verdadeiro histórico da reclamação, enfatizando sua importância na proteção da ordem constitucional como um todo. Nesse sentido, assim foi intitulada a transcrição do *decisum* no informativo 496: “Reclamação e Proteção da Ordem Constitucional.”

As recentes criações legislativas decorrentes da EC n. 45/04, como é o caso da súmula vinculante e da repercussão geral, disciplinadas, respectivamente, pelas Leis 11.417 e 11.418, de dezembro de 2006, inserem-se nesse contexto de alargamento dos poderes da Corte. O precedente vinculativo aos demais órgãos do judiciário e à administração pública visa, na forma do parágrafo 1º do art. 103-A, da CF/88, a garantir “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Caberá reclamação ao STF do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar ou que aplicar indevidamente a súmula cabível na hipótese, conforme o parágrafo 3º do referido artigo, o que só explicita a força do entendimento normativo cunhado pela Corte.

A repercussão geral, a seu turno, pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, visa a otimizar o trabalho da Corte, até então assoberbada pela chegada quase que em progressão geométrica, nas palavras do Min. Moreira Alves, de recursos extraordinários no STF<sup>21</sup>. Nos termos do parágrafo 1º do art. 543-A, introduzido no CPC pela Lei 11.418, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Acerca do processamento do novo instituto, destacam-se a análise por meio de sessão eletrônica e a dispensabilidade desse procedimento, com a conseqüente presunção de repercussão geral, no caso de a questão já ter sido reconhecida ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF<sup>22</sup>.

Diante desse complexo de inovações no âmbito da jurisdição constitucional, a análise da fundamentação dos votos dos Ministros da Corte Suprema torna-se instrumento necessário à verificação das bases em que vem sendo alicerçada a jurisprudência do Tribunal. Assistimos hoje a um Supremo Tribunal Federal que, atento aos efeitos práticos de seus julgados, lança mão de argumentos advindos de outras áreas do conhecimento, modula os efeitos de suas decisões, regula matérias em que há lacuna legislativa, observando mais as conseqüências dos seus julgados, do que propriamente,

---

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2008, p. 956.

<sup>22</sup> RISTF, art. 323, §1º, com redação conferida pela emenda regimental n. 21/2007.

ou simplesmente, a correspondência lógica entre fato (premissa menor) e norma (premissa maior).

Inserido no contexto acima retratado, o presente trabalho, oriundo do projeto de pesquisa sobre a lógica do pragmatismo jurídico nas decisões judiciais brasileiras<sup>23</sup>, em desenvolvimento na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ, tem como escopo o estudo de algumas decisões recentes do STF, escolhidas com finalidade exemplificativa, a partir da perspectiva teórica do pragmatismo jurídico. Essa corrente de pensamento encampada atualmente pelo juiz norte-americano Richard Posner, dentre outros, exalta, desde a sua concepção, no âmbito da filosofia, até os dias de hoje, o papel das conseqüências práticas de determinada escolha e a idéia de ruptura, ou, ao menos, desapego pelo antigo<sup>24</sup>, o que, no campo do Direito, reflete uma argumentação pautada nas conseqüências da decisão e em fontes outras que não as tradicionalmente utilizadas pelo intérprete.

Em um primeiro momento, pretendemos analisar alguns dos principais aspectos da vertente filosófica do pragmatismo, por entender que servem de ponto de partida para uma melhor compreensão do pragmatismo jurídico. Visamos a destacar o olhar para o futuro lançado pelo pragmatista através da antecipação das conseqüências de se tomar determinado curso de ação; a noção de que as verdades são sempre temporárias e devem ser validadas pelas conseqüências práticas de sua adoção a cada nova situação com que se depara o indivíduo; e, a flexibilidade com que o pragmatista transita pelas mais diversas teorias, desde que satisfeito o critério da utilidade, da importância prática.

Ultrapassada essa abordagem primeira, analisaremos as principais bases da versão jurídica do pragmatismo, com ênfase na contribuição do juiz norte-americano Richard Posner, um dos seus maiores expoentes na atualidade. Serão apresentadas para tanto as nuances da adjudicação pragmática proposta pelo jurista, ressaltando-se as prioridades e os instrumentos utilizados pelo juiz pragmatista.

Uma vez concluída a abordagem teórica do tema, passaremos à análise qualitativa de alguns recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva

---

<sup>23</sup> O subprojeto “A lógica do pragmatismo jurídico nas decisões judiciais brasileiras” integra um projeto maior denominado “Novas tendências da interpretação do Direito: em foco os direitos fundamentais”, sob orientação da Prof<sup>ª</sup>. Margarida Maria Lacombe Camargo, e inscrito na Base SIGMA/UFRJ sob o n. 13343.

<sup>24</sup> Sobre a visão da matriz filosófica acerca desses pontos, v. JAMES, William. O que significa pragmatismo. *O Pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de pensar*. Tradução Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997, p. 44 a 57. Sobre a abordagem da vertente jurídica, v. POSNER, Richard A. Pragmatic Adjudication. *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, 1988, p. 238 *et seq.*

teórica do pragmatismo. Pretendemos verificar de que maneira argumentos de natureza pragmatista, especialmente aqueles que denotam uma visão instrumental do Direito<sup>25</sup>, isto é, um forte viés político pautado na antevisão de conseqüências da decisão que venham atingir a sociedade de uma forma maior, e que evidenciam o recurso a outras áreas do conhecimento, são utilizados pela Corte Suprema.

## **CAPÍTULO 1 - ASPECTOS DA MATRIZ FILOSÓFICA DO PRAGMATISMO**

---

<sup>25</sup> Nesse momento preliminar, valemo-nos da lição de Brian Edgar Butler para apresentar a visão instrumental do Direito como uma orientação para o futuro, pautada na atenção dispensada pelo juiz pragmatista às conseqüências da decisão que venham a atingir terceiros, *na forma como uma lei refletiria no cotidiano*. (*Legal Pragmatism*. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/l/leglprag.htm> acesso em 07.03.2008.)

O pragmatismo filosófico tem sua origem nos Estados Unidos da segunda metade do séc. XIX, em meio aos debates do chamado *clube metafísico*, grupo de discussão formado por jovens estudiosos de Cambridge, dentre os quais se destacam Charles Sanders Peirce e William James<sup>26</sup>. No pano de fundo das discussões do grupo encontram-se as tensões entre o avanço científico que o mundo passa a conhecer naquela época e a tradição do pensamento racionalista, com suas verdades *a priori*, pautadas na hipótese do absoluto<sup>27</sup>.

A criação do pragmatismo é atribuída a Peirce, que teria colocado o tema em pauta no mundo da filosofia em 1878, através do célebre artigo *How to make our ideas clear*<sup>28</sup>. No entanto, no mencionado artigo Peirce não utiliza o termo “pragmatismo” em momento algum, muito embora dê notícia da importância dos efeitos práticos de um objeto para que se alcance o seu significado, o que, mais tarde, será fundamental para o pragmatismo propagado na obra de William James.

Peirce estabelece que “o significado de qualquer assertiva [...] é determinado pelo somatório de suas conseqüências verificáveis”<sup>29</sup>, e que a verdade “é a correspondência do asserto na afirmativa com a unanimidade que seria alcançada por uma coleção infinita de investigadores qualificados e objetivos, se suas investigações fossem estendidas o suficiente.”<sup>30</sup> O enfoque científico dado ao significado e à verdade pode ser atribuído à própria formação de Peirce, que viveu desde muito jovem em laboratórios, acompanhando seu pai, o matemático e astrônomo Benjamin Peirce. Adepto do chamado *espírito experimentalista*, Peirce sustenta que a verdade não é alcançada pela consciência individual, mas através de um processo público de

<sup>26</sup> De acordo com o registro feito por John Murphy, o núcleo do clube metafísico era composto por Charles Peirce, William James, Oliver Wendell Holmes Jr., Chauncey Wright, Nicolas St. John Green e Joseph Warner. (*O Pragmatismo – De Peirce a Davidson*. Porto: Edições Asa, 1990, p. 25.)

<sup>27</sup> De acordo com Joseph L. Blau, prefaciador de James na compilação de suas conferências sobre o pragmatismo, “o espírito do homem reflexivo, nos últimos anos do século XIX, estava dividido contra si mesmo. Intelectualmente, estava dominado pela visão científica de mundo [...] Emotivamente, porém, estava ainda vivendo em um universo pré-científico.” (*Pragmatismo e outros ensaios*. Tradução Jorge Caetano da Silva. Rio de Janeiro: Ed. Lido, 1967, p. 9)

<sup>28</sup> Muito embora o próprio William James tenha atribuído a Peirce a criação do termo “pragmatismo”, que teria sido utilizado no artigo *How to make our ideas clear*, publicado pela *Popular Science Monthly*, em 1878, fato é que na referida obra não há menção a este termo, conforme informa John Murphy, em *O pragmatismo... op. cit.*, p. 47.

<sup>29</sup> *Pragmatismo e outros ensaios... op. cit.*, p. 14.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

investigação, de um consenso entre todos aqueles que investigam cientificamente determinada crença<sup>31</sup>.

Embora Charles Peirce seja considerado o fundador do pragmatismo, é por meio dos escritos de William James que o tema ganha maior projeção no fim daquele século. Peirce apresenta especial preocupação com a questão do significado, sustentando que a concepção do objeto é tecida a partir daquela relativa aos efeitos práticos dele decorrentes<sup>32</sup>. James, por sua vez, toma o que chama de *princípio de Peirce* como ponto de partida para traçar desdobramentos outros, como a relação do pragmatismo com a religião e a sua concepção da verdade.

O interesse de James pela religião e pela verdade pode ser relacionado com a sua formação em psicologia. Essa orientação acaba por conduzir a uma significativa diferença entre a sua concepção de significado e verdade, e aquela defendida por Peirce. Sem a preocupação com um processo público e objetivo de investigação, tal como defendido por seu antecessor, James concebe a produção daquelas categorias dentro da experiência pessoal daquele que se depara com a situação a ser experimentada, trabalhando, assim, com efeitos pessoais e subjetivos<sup>33</sup>.

No início do séc. XX surgem as lições de John Dewey, na seqüência dos debates sobre o pragmatismo. Em sua célebre obra *The quest for certainty: a study of the relation of knowledge on action*, publicada em 1929, Dewey se ocupa em desconstruir a clássica dicotomia existente entre teoria e prática, conhecimento e ação, apontando para a criação de um método de investigação experimental que irá colocar a ação no seio do conhecimento. Mais tarde, em *Logic – the theory of inquiry*, Dewey apresenta com mais detalhes a estrutura de seu padrão de investigação.

O ponto de especial relevância para o objeto de nosso estudo, abordado nas mencionadas obras, é a visão da verdade como fruto de um processo contínuo de descobertas, em que as idéias figuram sempre na qualidade de hipóteses sujeitas ao crivo da experiência prática, através da verificação de conseqüências antecipadamente

<sup>31</sup> *O pragmatismo... op. cit.*, p. 21.

<sup>32</sup> É a fala do próprio Peirce em *How to make our ideas clear*: “Consider what effects which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.” in *Pragmatism: The classic writing*, ed. By H. S. Thayer, Hackett, 1982, p. 88.

<sup>33</sup> *Pragmatismo e outros ensaios*. Tradução Jorge Caetano da Silva. Rio de Janeiro: Ed. Lidador, 1967, p. 14.

propostas<sup>34</sup>. Importante consignar que essa concepção da verdade já se fez presente a todo o momento na obra de William James.

### 1.1. Algumas idéias do pragmatismo filosófico de William James

A visão de William James sobre o pragmatismo está sintetizada nas oito conferências pronunciadas pelo filósofo em 1907, na Universidade de Columbia, em Nova Iorque. Na primeira dessas conferências, James contextualiza o que chama de “atual dilema da filosofia”, apontando as insuficiências do racionalismo (*espírito terno*) e do empiricismo (*espírito duro*) enquanto concepções dissociadas<sup>35</sup>. Aponta, nesse sentido, para a necessidade de “uma filosofia que não somente exercite os poderes de abstração intelectual, mas que estabeleça uma conexão positiva com o mundo real de vidas humanas finitas.”<sup>36</sup> James então propõe uma solução que concilie as duas espécies de procura: o pragmatismo.

Logo no início de sua segunda conferência, intitulada “O que significa o pragmatismo”, James apresenta o objetivo primeiro do que chama de *método pragmático*, qual seja, “assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente.”<sup>37</sup> Segundo o filósofo, grande parte dos problemas metafísicos cederia diante do simples teste de traçar diferenças práticas entre ir numa ou outra direção. Nesse sentido, James conclui que “toda a função da filosofia deve ser a de achar que diferença definitiva fará para mim e para você, em instantes definidos de nossa vida, se essa fórmula do mundo ou aquela outra seja verdadeira.”<sup>38</sup>

James alerta para o fato de que o pragmatismo não pretende quaisquer resultados especiais, constituindo tão-somente num método ou atitude de orientação voltada para

<sup>34</sup> Essa conclusão, extraída da leitura das obras *The quest for certainty* e *Logic – the theory of inquiry*, será explorada com maiores detalhes a seguir, no item 1.2.

<sup>35</sup> Para James, há tradicionalmente uma colisão de temperamentos entre o racionalismo e o empiricismo, de modo que o primeiro firma-se alheio aos fatos concretos, ao passo que o segundo é visto com desumanismo e irreligião. (*Pragmatismo e outros ensaios, op. cit.*, p. 33.)

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p. 33.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, p. 44.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*, p. 46.

“as últimas coisas, frutos, conseqüências, fatos”<sup>39</sup>. Para viabilizar o olhar para o futuro, esse *ar livre*, como diz James, as teorias não devem ser concebidas como respostas fechadas, mas sim como instrumentos. Desse modo, “o pragmatismo relaxa todas as nossas teorias, flexiona-as e põe-nas a trabalhar.”<sup>40</sup>

Ainda nessa conferência James introduz a apresentação do pragmatismo como teoria da verdade, tema explorado posteriormente em conferência própria. Nesse momento preliminar, James recupera a visão instrumental da verdade, encampada também por Dewey e Schiller, segundo a qual “as idéias tornam-se verdadeiras na medida em que nos ajudam a manter relações satisfatórias com outras partes de nossa experiência”<sup>41</sup>. Nesse sentido, James entende que ser verdadeiro significa realizar a função de unir o fato novo às verdades acumuladas pela experiência de determinada pessoa<sup>42</sup>. Segundo o filósofo, todos nós temos um conjunto de idéias formadas e adquiridas pela vivência e, a cada nova experiência, inicia-se um processo de adaptação da nova realidade ao conjunto das antigas idéias. A etapa final desse processo consiste na concepção da idéia nova como uma verdade para o indivíduo que a vivencia<sup>43</sup>.

Mais tarde, na conferência sobre o pragmatismo e o senso comum, James trata do conteúdo do mencionado conjunto de verdades antigas. O nosso estoque de *verdades velhas* compõe-se não só das verdades por nós experimentadas, mas também daqueles fatos que jamais testamos e que, no entanto, consideramos como absolutamente verdadeiros<sup>44</sup>. Aí está o senso comum, cuja origem é especulada por James. Segundo o filósofo trata-se, provavelmente, de descobertas de nossos antepassados mais remotos, que foram sendo propagadas ao longo dos tempos, de modo que “toda linguagem se lhe conformou, e somos agora incapazes de pensar naturalmente em quaisquer outros termos”.

Mantemos inalterado, o mais que podemos, o nosso velho conhecimento, os nossos velhos preconceitos e as nossas velhas crenças. Remendamos e concertamos mais do que renovamos. A novidade se infiltra; tinga a massa antiga; mas é também tingida pelo que a absorve. [...] Pode-se enxaguar e

---

<sup>39</sup> *Idem, ibidem*, p. 48.

<sup>40</sup> *Idem, ibidem*, p. 48. Nesse sentido, James recupera a analogia feita pelo jovem pragmatista italiano Papini, segundo a qual o pragmatismo se situa no meio das teorias como um corredor de hotel. As diversas teorias são como quartos que dão para o mesmo corredor, por onde todos deverão passar “se quiserem ter um meio prático de entrar e sair de seus respectivos aposentos”.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem*, p. 50.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*, p. 53.

<sup>43</sup> *Idem, ibidem*, p. 50, 51.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem*, p. 109.

enxugar a garrafa, mas não se pode tirar de uma vez para sempre o gosto do remédio ou da bebida que primeiro nela estiveram contidos.<sup>45</sup>

No fim da conferência sobre o significado do pragmatismo, James procura mostrar como o método pragmático trabalha com a verdade das idéias teológicas. Apesar de a noção de absoluto trazer em seu bojo dogmas e artificialidades tão contestados pelo pragmatismo, a idéia teológica poderá ser tida como verdadeira se provar, nas palavras de James, que tem valor para a vida concreta<sup>46</sup>. Se a crença no absoluto é capaz de proporcionar conforto, permitindo tirar *férias morais*<sup>47</sup>, realiza uma função concreta. Logo, o pragmatismo não pode negar sua verdade, pois do contrário “seria insistir que os homens jamais devem relaxar, e que as férias nunca estão em ordem”<sup>48</sup>. Nesse sentido, conclui James:

O único teste de verdade provável é o que trabalha melhor no sentido de conduzir-nos, o que se adapta melhor a cada parte da vida e combina com a coletividade dos reclamos da experiência, nada sendo omitido. Se as idéias teológicas podem fazer isso, se a noção de Deus, em particular, prova que pode fazer isso, como pode o pragmatismo, em sã consciência, negar a existência de Deus?<sup>49</sup>

Mais tarde, apresenta o livre arbítrio como uma doutrina de *alívio*<sup>50</sup>, ou seja, como o direito de esperar um futuro melhor do que o passado, representado pela novidade, pela possibilidade de o futuro não repetir identicamente o passado. Assim, James retoma a questão da religião, enfatizando que “o nosso interesse por metafísicas religiosas decorre do fato de nosso futuro empírico mostrar-se inseguro para nós, necessitando de alguma garantia mais elevada”<sup>51</sup>.

Em sua conferência sobre a concepção da verdade no pragmatismo, James sustenta que a verdade vai além da mera cópia da realidade. Segundo o filósofo, para que uma idéia seja considerada verdadeira, deve se submeter a um processo prático de verificação, consubstanciado na seguinte indagação: “supondo-se que uma idéia ou crença seja verdadeira [...] que diferença concreta, em sendo verdadeira, fará na vida

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 103.

<sup>46</sup> “Se as idéias teológicas provam que têm valor para a vida concreta, são verdadeiras, pois o pragmatismo as aceita, no sentido de serem boas para tanto.” (g.n.) *Idem, ibidem*, p.57.

<sup>47</sup> “Em suma, querem dizer que temos o direito, uma vez ou outra, de tomar férias morais, de deixar que o mundo vá à sua própria sorte, na certeza de que seus problemas acham-se em melhores mãos do que as nossas, e que não constituem assunto de nossa alçada.” (g.n.) *Idem, ibidem*, p.57.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, p. 58.

<sup>49</sup> *Idem, ibidem*, p. 61.

<sup>50</sup> *Idem, ibidem*, p. 79, 80.

<sup>51</sup> *Idem, ibidem*, p. 79.

real de alguém?”<sup>52</sup>. Assim, a verdade é apresentada não como uma relação estática inerte, tal como defendem os intelectualistas, mas sim como o resultado do processo de verificação de uma idéia diante de cada nova realidade enfrentada<sup>53</sup>.

Não sendo a verdade de uma idéia uma propriedade nela estagnada<sup>54</sup>, sua construção deve ser aferida de acordo com os acontecimentos, com o contexto em que é posta. Como fator determinante à produção da verdade, surge o critério da utilidade da idéia, através da adequação do valor nela embutido à situação concreta. O valor atribuído a determinado pensamento advém de sua utilidade, de sua importância prática em uma situação anteriormente experimentada<sup>55</sup>.

Logo, quando surgir uma situação semelhante àquela já vivenciada, podemos fazer uso de nosso estoque geral de *verdades extras*, resgatando uma idéia que aparente ser útil à nova situação enfrentada. Nesse momento, a verdade contida na memória “passa do recolhimento para a ação no mundo, e nossa crença na mesma torna-se ativa”<sup>56</sup>. Todavia, para James, a idéia resgatada não perderá nunca a qualidade de hipótese, pois que as verdades são sempre temporárias e devem ser validadas pelas conseqüências práticas de sua adoção a cada nova situação com que se depara o indivíduo.

Para ilustrar essa questão, James traz o seguinte exemplo: um homem perdido na floresta e faminto se depara com uma trilha de gado e imagina que ao fim da mesma encontrará uma habitação humana. O pensamento é verdadeiro porque a casa, seu objeto, tem importância prática para aquele indivíduo, naquela situação determinada. Todavia, em outras circunstâncias, a existência da casa pode ser irrelevante, de modo que a idéia anteriormente experimentada permanecerá latente, no mencionado estoque geral de *verdades extras*<sup>57</sup>.

A idéia verdadeira é, pois, em última análise, uma direção, um guia que “ajusta, de fato, e adapta nossa vida ao cenário geral da realidade”<sup>58</sup>, fazendo uma espécie de elo entre as partes de nossa experiência. Como foi dito anteriormente, diante da nova realidade, as antigas e novas verdades se misturam, influenciando umas às outras.

---

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 117.

<sup>53</sup> *Idem, ibidem*, p. 116, 117.

<sup>54</sup> *Idem, ibidem*, p. 117.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem*, p. 118.

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*, p. 118.

<sup>57</sup> *Idem, ibidem*, p. 118.

<sup>58</sup> *Idem, ibidem*, p. 123.

Quando um momento em nossa experiência, seja lá de que tipo for, inspira-nos com um pensamento que é verdadeiro, isso quer dizer que, mais tarde ou mais cedo, baixaremos com a guia daquele pensamento às particularidades da experiência, de novo, e estabeleceremos vantajosas conexões com as mesmas.<sup>59</sup>

É importante lembrar que grande parte das verdades por nós vivenciadas não é submetida a um processo direto de verificação, já que nos utilizamos, muitas vezes, de idéias verificadas por outras pessoas. Nesse sentido, James afirma que “a verdade vive, de fato, na maior parte, à custa de um sistema de crédito”<sup>60</sup>. Entretanto, para o filósofo, não importa *quem* tenha submetido a idéia ao processo de verificação, mas sim que as crenças tenham sido verificadas concretamente por *alguém*<sup>61</sup>.

Para finalizar a exposição sobre as idéias jamesianas, traremos um trecho de uma de suas conferências sobre a concepção da verdade no pragmatismo, que entendemos traduzir bem o espírito pragmatista encampado por James:

O “verdadeiro” (...) é somente o expediente no processo de nosso pensamento. (...) O “absolutamente” verdadeiro, significando o que nenhuma experiência posterior jamais alterará, é aquele ponto difuso ideal para o qual imaginamos que todas as nossas verdades temporárias algum dia convergirão (...) Nesse meio tempo, temos de viver hoje com a verdade que podemos ter hoje, e estarmos prontos amanhã para tachá-la de falsidade.<sup>62</sup>

Assim como James, John Dewey critica duramente as verdades incontestáveis e a pretensa auto-suficiência da atividade puramente intelectual. Segundo Margarida Camargo, Dewey segue de perto seu antecessor quando critica a primazia do espírito intelectual, voltado para as classes privilegiadas, “que não precisavam se misturar com as questões mundanas”, e o conseqüente menosprezo dispensado ao trabalho braçal dos menos favorecidos<sup>63</sup>.

## 1.2. Algumas idéias do pragmatismo filosófico de John Dewey

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*, p. 123.

<sup>60</sup> *Idem, ibidem*, p. 120.

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, p. 120.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*, p. 127.

<sup>63</sup> Camargo, Margarida Maria Lacombe. Fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007.

Em *The quest for certainty*<sup>64</sup>, John Dewey examina a separação entre conhecimento e ação, apontando como fundamento a busca incessante do homem pela certeza absoluta e inalterável<sup>65</sup>. Como a mutabilidade revela-se inerente às atividades práticas, apontando para o risco e para o incerto, houve uma tendência em se menosprezar a ação, relegando-a a um plano inferior ao teórico<sup>66</sup>.

A filosofia volta suas atenções para o mundo do extraordinário e do divino, até então reservado à religião, preocupando-se em legitimar racionalmente o discurso tradicionalmente marcado pelos mitos, pela narrativa de estilo fantástico<sup>67</sup>. Nesse ponto, Dewey reconhece a sistematização do conteúdo da religião como contribuição positiva da filosofia, por entender que abriu espaço aos ideais da ciência e de uma vida pautada na razão<sup>68</sup>. Como consequência negativa, aponta o alargamento do abismo entre teoria e prática, entre conhecimento e ação: de um lado, o mundo superior da realidade fixa e imutável, permeado por princípios imateriais e espirituais, e pela auto-suficiência da atividade puramente mental; de outro, o mundo inferior das coisas mundanas e mutáveis, que *chegam a ser e se dissipam*<sup>69</sup>.

De acordo com Dewey, a filosofia tende ao universal, ao invariável, ao eterno, de forma que aquilo que é inalteradamente fixo corresponde ao absolutamente certo<sup>70</sup>. As mudanças são vistas como a prova de que algo não era verdadeiro, pois, caso o fosse, não haveria razão para mudar<sup>71</sup>. Assim, da dicotomia entre o imutável e o variável, surgem dois tipos de conhecimento: aquele que possui uma forma racional, necessária e imutável e que, portanto, é certo; e aquele que se ocupa da mudança, do empírico e do particular e, que, por via de consequência, constitui mera crença ou opinião<sup>72</sup>.

Segundo Dewey, mesmo com a evolução dos métodos científicos e com a expansão das atividades práticas decorrente dos avanços tecnológicos, a cultura

---

<sup>64</sup> Em razão da dificuldade em obter a versão original do livro, foi lida a sua versão em espanhol, *La busca de la certeza*, na tradução feita por Eugenio Ímaz e publicada pela editora Fondo de Cultura Económica: México, Buenos Aires, 1952.

<sup>65</sup> *La busca de la certeza*, p. 6.

<sup>66</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 12, 13.

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*, p. 14, 15.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, p. 15.

<sup>70</sup> *Idem, ibidem*, p. 18.

<sup>71</sup> “Si una cosa cambia, su alteración prueba de modo evidente su carencia de Ser verdadero o completo (...) para lo que es el cambio o alteración es algo contradictorio en sí mismo. Si no posee defecto o imperfección por qué há de cambiar?” (*La busca de la certeza*, p. 17)

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, p. 16.

ocidental incorporou essas idéias. Desde a Grécia antiga, o conhecimento volta-se para a descoberta daquilo que é anteriormente existente, o Ser eterno e, portanto, inalterável pela ação do homem<sup>73</sup>.

Nesse contexto, Dewey pretende demonstrar, através da apresentação de um método de investigação experimental, que os critérios e provas de validade devem ser buscados nas conseqüências da atividade prática e não em bases independentes fixadas *a priori*.

De acordo com Dewey, em um primeiro momento, a dúvida pode levar à inquietude e, conseqüentemente, a uma conclusão precipitada. Mas, por outro lado, pode se converter positivamente em uma busca orientada pela transformação de uma situação indeterminada em clara e determinada. Assim, o método científico é apresentado por Dewey como uma técnica de utilização produtiva da dúvida, um meio sensato de escapar da incerteza, transformando-a em ponto de partida para a investigação<sup>74</sup>.

A inteligência, segundo Dewey, significa que uma ação direta fez-se indireta. Ao invés de agir de forma imediata, diante de uma situação indeterminada quanto ao seu resultado, atua-se por meio da *ação demorada*, examinando os obstáculos, as condições e os recursos existentes, e projetando as respostas no futuro<sup>75</sup>. A ação inteligente, para Dewey, é, portanto, teleológica, vez que aponta para uma certa direção.

Assim, ao contrário das teorias que visam a eliminar a dúvida a partir de um processo puramente mental, a investigação experimental proposta por Dewey demanda necessariamente a modificação de uma situação externa para que se possa transformar o incerto em claro. Afinal, para Dewey, o método experimental coloca a ação no coração do conhecimento<sup>76</sup>.

Dewey afirma que nenhuma situação experimentada pode manter em definitivo o seu caráter final, vez que as interações entre o objeto submetido a teste e os demais são mutáveis. Assim, os objetos experimentados perdem o caráter final e se transformam em condições de experiências posteriores<sup>77</sup>.

Na investigação experimental, proposta por Dewey, a crença concebida como instrumento intelectual adquire *caráter de ensaio*, de hipótese, funcionando como guia

---

<sup>73</sup> *Idem, ibidem*, p. 15, 19.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem*, p. 199.

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*, p. 195.

<sup>76</sup> *Idem, ibidem*, p. 32.

<sup>77</sup> *Idem, ibidem*, p. 206.

para a ação<sup>78</sup>. Assim, os instrumentos viabilizados pelas experiências passadas devem ser postos à prova e modificados de acordo com as conseqüências de sua colocação em prática<sup>79</sup>. Nesse sentido, Dewey critica a mera submissão do presente ao que foi experimentado no passado, como ocorre na confiança nos precedentes, nas antigas instituições e tradições<sup>80</sup>.

Assim, Dewey conclui que a investigação orientada pelas conseqüências práticas assegura um constante desenvolvimento diante do novo, ao passo que a aplicação de ideais fixos e normas eternas aponta para a negação do desenvolvimento e do aprimoramento<sup>81</sup>. Segundo o autor, “William James não se excedia muito ao dizer que o olhar para frente ao invés de para trás, o olhar para aquilo que o mundo e a vida podem ser e não para aquilo que foram no passado, significa uma mudança em ‘sede de autoridade’”.<sup>82</sup>

Em *Lógica – a teoria da investigação*<sup>83</sup>, Dewey trabalha a estrutura do padrão de investigação lógica, reafirmando a concepção de idéias como hipóteses. Segundo Dewey, “as idéias são conseqüências antecipadas (prognósticos) do que ocorrerá quando determinadas operações forem executadas sob e com respeito a condições observadas”<sup>84</sup>. Surge então a concepção operacional dos fatos e idéias que integram a investigação experimental:

Os fatos observados, em sua função de localizar e descrever o problema, são existenciais; o objeto ideacional é não-existencial. Como, portanto, podem cooperar cada um com o outro na resolução de uma situação existencial? O problema é insolúvel, a menos que seja reconhecido que tanto os fatos observados quanto as idéias concebidas são operacionais. As idéias são operacionais nisto, em que promovem e dirigem ulteriores operações de observação; são propostas e planos de ação sobre as condições existentes, a fim de que sejam trazidos à luz novos fatos e organizados todos os fatos escolhidos num todo coerente.<sup>85</sup>

A investigação é concebida por Dewey como o processo de transformação de uma situação indeterminada em determinada, através da problematização que fazemos da realidade, a partir da seleção e da observação dos fatos que constituem o caso, e, por

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*, p. 242.

<sup>79</sup> *Idem, ibidem*, p. 242.

<sup>80</sup> *Idem, ibidem*, p. 238.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*, p. 243.

<sup>82</sup> *Idem, ibidem*, p. 249.

<sup>83</sup> DEWEY, John. O padrão de investigação. *Lógica – A teoria da Investigação*. Coleção Os pensadores. Tradução Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

<sup>84</sup> *Idem, ibidem*, p. 220.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*, p. 223.

fim, da antecipação dos resultados, sob a forma de hipótese<sup>86</sup>. O autor salienta a importância da correta propositura do problema, já que esta influenciará na seleção dos dados levados em consideração quando da verificação da hipótese<sup>87</sup>. Entende ainda que os fatos utilizados na investigação lógica devam ser selecionados e regulados conforme sua operacionalidade, e com vista a um fim definido.

Ainda na mesma obra Dewey sustenta que os homens erram quando utilizam métodos de investigação que a experiência em investigações passadas demonstrou serem inaptos a resolver o caso presente<sup>88</sup>. Deve ser estabelecido assim um contraste entre os métodos de investigação já experimentados para que os mais adequados sejam utilizados na situação atual<sup>89</sup>. Nesse sentido, Dewey sustenta que “a pesquisa do modelo da investigação é, portanto, algo instituído não de maneira obscura, ou indiscriminadamente. É conferida e controlada pelo conhecimento dos tipos de investigação que têm e não têm funcionado.”<sup>90</sup>

O método experimental proposto por Dewey encontra reflexos previstos pelo próprio autor no Direito. Em *Logical method and Law*, John Dewey sustenta que as normas jurídicas devem atuar de forma instrumental, como *working hypotheses*, para formar um sistema coerente com as situações concretas. Assim, da mesma forma como em outros trabalhos Dewey defende que as idéias atuam com *caráter de ensaio*, sendo testadas a cada nova situação experimentada, aqui o filósofo defende que essa dinâmica seja aplicada no Direito.

[...] there must be adopted a logic *relative to consequences rather than to premisses*, a logic of prediction of probabilities rather than demonstrations of certainties. General principles, for the purposes of a logic of inquiry, can only be tools justified by the work they do. [...] Like other tools they must be modified when they are set to work amid new conditions and required to yield new results.[...] General legal rules and principles are working hypotheses needing to be constantly tested by the way in which they work out when applied to concrete situations [...] <sup>91</sup>

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*, p. 216.

<sup>87</sup> *Idem, ibidem*, p. 219.

<sup>88</sup> *Idem, ibidem*, p. 215.

<sup>89</sup> *Idem, ibidem*, p. 216.

<sup>90</sup> *Idem, ibidem*, p. 215, 216.

<sup>91</sup> DEWEY, John. *Logical, Method and Law*. *The Philosophical Review*, vol. 33, n. 6, November 1924, p. 562.

Tradução livre: Deve ser adotada uma lógica mais ligada às conseqüências do que às premissas, uma lógica mais ligada às probabilidades do que às demonstrações de certeza. Princípios gerais, para os fins da lógica da investigação, somente podem ser instrumentos justificados pela sua utilidade. Como qualquer ferramenta, devem ser modificados diante de novas condições e quando utilizados para produzir novos resultados. As normas jurídicas gerais bem como os princípios são hipóteses funcionais, devendo, portanto, ser testados constantemente diante do caso concreto.

Richard Posner, um dos maiores expoentes do pragmatismo jurídico na atualidade, parte da concepção de que o pragmatismo se volta para o futuro, tendo no passado apenas um ponto de referência cuja utilidade será aferida no caso concreto. A pluralidade de fontes de que se utiliza o juiz pragmatista se justifica pela possibilidade de o pragmatismo transitar por diversas áreas do conhecimento, que fornecem elementos úteis à resolução do problema enfrentado. Talvez esses sejam os pontos em que o pragmatismo encampado por Posner mais se aproxima das idéias encampadas pelos fundadores da matriz filosófica. No entanto, o jurista denuncia a insuficiência das idéias do pragmatismo filosófico no campo do Direito.

## **CAPÍTULO 2 - O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER**

### **2.1. Considerações iniciais acerca do Pragmatismo de Richard Posner**

Segundo Posner, a contribuição do pragmatismo filosófico para o jurídico seria a de conceber a dúvida como ponto de partida para a investigação, de modo a tornar os juízes menos dogmáticos e mais próximos da adjudicação pragmática<sup>92</sup>. Entretanto, o modelo filosófico não se mostra suficiente para viabilizar uma orientação pragmática no Direito, eis que, em termos operacionais ou práticos, pouco contribui<sup>93</sup>. O pragmatismo filosófico afasta a concepção de que o Direito possui uma estrutura lógica autônoma, que permite que as decisões sejam tomadas sem levar em conta questões de ordem empírica, mas não oferece aos juízes uma alternativa para substituir a concepção criticada<sup>94</sup>. Assim, de acordo com Posner, o pragmatismo filosófico, quando aplicado ao Direito, no máximo, retira dos juízes a pretensão de se engajar em uma atividade científica neutra consistente em subsumir os fatos à norma, em vez de se dedicar a uma atividade basicamente política de formular e aplicar o Direito<sup>95</sup>.

A preocupação do pragmatismo jurídico distingue-se, pois, daquela da vertente filosófica, na medida em que se direciona à prática, à adjudicação pragmática, distanciando-se das discussões puramente teóricas e contemplativas<sup>96</sup>. Desse modo, Posner sustenta não haver subordinação do pragmatismo jurídico em relação ao filosófico<sup>97</sup>, eis que o primeiro não teria como base argumentos filosóficos, mas sim as necessidades e características de um determinado direito, no caso o norte-americano<sup>98</sup>.

Em contrapartida, o pragmatismo jurídico proposto por Posner se aproxima do que o autor chama de “pragmatismo cotidiano” (*everyday pragmatism*), inerente à própria cultura norte-americana. Essa orientação apresenta como critério de decisão “aquilo que funciona” (*the criterion of what works*)<sup>99</sup>. Caracteriza-se pela noção usual de “pragmático” como sinônimo de prático e alheio às teorias abstratas e às pretensões

<sup>92</sup> POSNER, Richard A. Pragmatic Adjudication. *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, 1988, p. 251.

<sup>93</sup> *Idem*. Pragmatism: Philosophical versus Everyday. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 2003, p. 41.

<sup>94</sup> *Idem, ibidem*, p. 41, 42.

<sup>95</sup> *Idem, ibidem*, p. 46. No texto original: “Pragmatism applied to law at most takes away from judges the claim to be engaged in a neutral scientific activity of matching facts to law rather than in a basically political activity of formulating and applying public policy called law.”

<sup>96</sup> *Idem*. Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 235. Nesse sentido, v. Richard Posner, Pragmatism: Philosophical versus Everyday..., *op. cit.*, p. 52.

<sup>97</sup> No mesmo sentido, Thomas Grey sustenta que o pragmatismo jurídico pode ser independente do filosófico. Segundo o autor, embora o primeiro descenda historicamente do segundo, a vertente jurídica é necessariamente prática, mas de um modo diferente da filosofia, uma vez que o Direito deve atuar em problemas reais. (Freestanding Legal Pragmatism. *The Revival of Pragmatism...*, *op. cit.*, p. 265, 266.)

<sup>98</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, vol. 35, n. 1/2, jan. 2004, p. 149.

<sup>99</sup> *Idem*. Pragmatism: Philosophical versus Everyday..., *op. cit.*, p. 50.

intelectuais<sup>100</sup>. Segundo Posner, alguns têm uma imagem negativa do “pragmatismo cotidiano”, concebendo-o como uma política sem princípios, como alheio à moral<sup>101</sup>. Todavia, para Posner, a falta de compasso moral não constitui uma crítica, mas sim um passo essencial para mudar o foco da teoria política e da teoria do Direito<sup>102</sup>. De acordo com o autor, tanto o pragmatismo filosófico quanto o cotidiano ensinam que usar a teoria para guiar e limitar a ação política, inclusive a judicial, não passa de uma utopia<sup>103</sup>. Numa sociedade moralmente heterogênea, como a norte-americana, não há que se falar em decisão pautada no consenso moral ou político, mas sim nos objetivos e preferências plurais da sociedade<sup>104</sup>.

Richard Posner define o que entende por *pragmatic approach* na introdução de seu livro *Overcoming Law*, apresentando-o como uma postura *prática e instrumental*, que se volta para o que funciona e para o que se mostra útil<sup>105</sup>. O autor resgata a tônica anunciada pela matriz filosófica, caracterizando o pragmatismo como *forward-looking*<sup>106</sup>. Desse modo, o passado passa a constituir tão-somente uma referência, que será adotada conforme sua utilidade nas questões atuais e futuras. O pragmatista, diz Posner, não tem receio de afirmar que um ligeiro esquecimento pode ser positivo, na medida em que nos emancipa do atraso<sup>107</sup>.

Voltado para o que pode ser feito, sem o compromisso de manter coerência com o estabelecido no passado, o pragmatista acredita que o progresso deriva da ação humana<sup>108</sup>. A atitude pragmatista é então caracterizada como *progressista* ou *ativista*, o que não significa dizer que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista, na acepção própria do termo, isto é, no sentido de ter algum compromisso com outros setores do governo<sup>109</sup>. Segundo Posner, o pragmatista teria bons motivos de ordem pragmática para manter um estilo *low profile*, não se imiscuindo, portanto, em questões políticas<sup>110</sup>. Embora o autor não diga quais seriam esses motivos, podemos depreender

---

<sup>100</sup> *Idem, ibidem*, p. 50.

<sup>101</sup> *Idem, ibidem*, p. 52.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem*, p. 55.

<sup>103</sup> *Idem, ibidem*, p. 55, 56.

<sup>104</sup> *Idem, ibidem*, p. 56.

<sup>105</sup> *Idem*. Introduction: Pragmatism, Economics and Liberalism. *Overcoming Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000, p. 4.

<sup>106</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>107</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>108</sup> *Idem, ibidem*, p.5.

<sup>109</sup> *Idem, ibidem*, p.5.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem*, p.5.

da própria essência do pragmatismo que seriam aqueles relacionados aos efeitos negativos de adotar uma postura politicamente determinada.

Orientado pelos fatos e pelos efeitos de adotar um ou outro curso de ação, o pragmatismo é apresentado como *empírico*<sup>111</sup>. Suspeita das proposições que são tomadas como verdade sem terem se submetido a um processo de investigação, tal como aquelas que integram o senso comum<sup>112</sup>. Posner reconhece, todavia, que algumas premissas são de tal modo internalizadas, que questioná-las poderia gerar um estado de desorientação<sup>113</sup>.

Partindo da premissa *jamesiana* segundo a qual as verdades são temporárias, Posner afirma que o pragmatismo deseja manter o debate sempre aberto a novas perspectivas e descobertas, pelo que o caracteriza como *antidogmático*<sup>114</sup>. O pragmatismo se vale de um processo de investigação de natureza empírica e, ao levar o modo de pensar científico para além do domínio da ciência, desponta como *experimental*<sup>115</sup>. Desse modo, o pragmatismo visa a aproximar o Direito (*judicial game*) da ciência (*science game*)<sup>116</sup>. Segundo Posner, as sociedades que fecharam as portas para a ciência sofreram um impacto negativo, o que é levado em conta pelo pragmatismo<sup>117</sup>.

Societies that refuse to play the science game suffer various consequences, including high levels of poverty and illness and an acute risk of being dominated or destroyed by other societies. Those consequences are important to the pragmatist, and a society that ignores them may be inflicting great suffering on its people [...]<sup>118</sup>

Entretanto, a concepção de ciência como responsável por verdades últimas não serve ao pragmatismo, que prefere vê-la como uma fonte de conhecimento<sup>119</sup>. O pragmatismo visa a aproximar o Direito das reais necessidades das pessoas, tornando-o mais empírico, mais realista<sup>120</sup>.

<sup>111</sup> *Idem, ibidem*, p.5.

<sup>112</sup> *Idem, ibidem*, p.5.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, p.5.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*, p.6.

<sup>115</sup> *Idem, ibidem*, p.7. Posner retoma o teste proposto por James consistente em verificar as conseqüências práticas decorrentes de ir numa ou outra direção.

<sup>116</sup> *Idem, ibidem*, p. 8. Posner afirma que a metáfora “game” se aproxima do sentido de atividades humanas constituídas por um conjunto de regras.

<sup>117</sup> *Idem, ibidem*, p. 8.

<sup>118</sup> *Idem, ibidem*, p. 8. Tradução livre: As sociedades que se recusaram a jogar o *science game* sofreram várias conseqüências, incluindo altos níveis de pobreza e de doença, além de um forte risco de serem dominadas ou destruídas por outras sociedades. Essas conseqüências são importantes para o pragmatista e a sociedade que as ignora pode impor grande sofrimento ao seu povo.

<sup>119</sup> *Idem, ibidem*, p. 19.

<sup>120</sup> *Idem, ibidem*, p. 19.

## 2.2. A adjudicação pragmática proposta por Posner

Em seu artigo *Pragmatic Adjudication*, Posner busca traçar o perfil do juiz pragmatista, identificando as diretrizes que regem a sua decisão<sup>121</sup>. Inicialmente, diz rejeitar a definição de adjudicação pragmática sustentada por Dworkin, segundo a qual o juiz pragmatista deveria sempre buscar os melhores resultados para o futuro, sem guardar necessariamente respeito ou coerência com o passado<sup>122</sup>. As decisões anteriores não são descartadas pelo juiz pragmatista, que pode delas se valer toda vez que essa opção conduzir aos melhores resultados no futuro<sup>123</sup>. O precedente ganha assim caráter instrumental, sendo concebido como um repositório de conhecimento a ser utilizado conforme as prioridades do juiz pragmatista<sup>124</sup>.

Desse modo, a coerência com o precedente desponta como diferença entre o modo de decidir do juiz pragmatista e do juiz formalista. Para o primeiro seria uma possibilidade, mais uma estratégia (*policy*) do que um dever, do que um fim em si mesmo<sup>125</sup>. Para o segundo a fonte de legitimidade de sua decisão ou, nas palavras de Posner, o seu *pedigree*<sup>126</sup>.

The pragmatist judge has different priorities. That judge wants to come up with the best decision having in mind present and future needs, and so does not regard the maintenance of consistency with past decisions as an end in itself, but only as a means for bringing about the best results in the present case.<sup>127</sup>

---

<sup>121</sup> Segundo Posner, o juiz pragmatista não precisa ser reconhecido por um estilo distinto de julgar, mas sim pelo seu modo de pensar. (Pragmatic Adjudication. *The Revival of Pragmatism...*, *op. cit.*, p. 247)

<sup>122</sup> *Idem, ibidem*, p. 237.

<sup>123</sup> *Idem, ibidem*, p. 237.

<sup>124</sup> *Idem, ibidem*, p. 238.

<sup>125</sup> *Idem*. Introduction: Pragmatism, Economics and Liberalism. *Overcoming Law...*, *op. cit.*, p. 4; Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 238.

<sup>126</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Law...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>127</sup> *Idem*. Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 238. Tradução livre: O juiz pragmatista tem outras prioridades. Quer obter a melhor decisão, levando em conta as necessidades presentes e futuras, e não concebendo a coerência com as decisões anteriores como um fim em si mesmo, mas tão-somente como um meio de obter os melhores resultados no caso concreto.

Sempre atento ao impacto de sua decisão, o juiz pragmatista pode se deparar com algumas situações em que dar continuidade ao precedente se mostra a solução mais adequada. Posner afirma que o rompimento abrupto com o passado pode vir a gerar maus resultados, afetando a confiança que a sociedade deposita nos textos normativos e no precedente<sup>128</sup>. Assim, o juiz pragmatista deve sopesar as conseqüências positivas decorrentes da coerência com o direito pré-existente, privilegiando a segurança jurídica, e aquelas negativas decorrentes da não-adoção de uma postura inovadora quando o caso concreto não se amolda perfeitamente ao precedente<sup>129</sup>. Posner sustenta ainda que nos sistemas fundados no *case-law*, a aderência ao precedente desempenha importante papel social na medida em que promove a estabilidade da lei, tornando-a previsível<sup>130</sup>.

Na adjudicação pragmática, portanto, o juiz considera não só os efeitos que a decisão vai gerar em relação às partes e àqueles em situação similar (*case-specific consequences*), mas como também o impacto social decorrente da não-observância dos termos de um determinado contrato ou do precedente (*systemic consequences*)<sup>131</sup>. Assim, a adjudicação pragmática, orientada pelos efeitos futuros da decisão, não se confunde com uma adjudicação *ad hoc*, limitada ao alcance das melhores conseqüências imediatas<sup>132</sup>.

Pragmatic adjudication is not, as its ill-wishers charge, a synonym for ad hoc decisionmaking, that is, for always deciding a case in the way that will have the best immediate consequences without regard to possible future consequences. Such an approach would be unpragmatic in disregarding the adverse systemic consequences of ad hoc adjudication. Nothing in legal pragmatism requires, or for that matter permits, the dismissal of consequences on the ground that they are systemic rather than case-specific. “Shortsighted” is not part of the definition of “pragmatic”.<sup>133</sup>

O pragmatista atenta para a relação custo-benefício, quando experimenta uma situação de tensão entre as conseqüências particulares e as sistêmicas. Posner dá o exemplo de alguém que questiona a constitucionalidade de uma lei que proíbe o incesto

<sup>128</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Law...*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>129</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 63, 64.

<sup>130</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy...*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>131</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy...*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>132</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Law...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>133</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 60. Tradução livre: A adjudicação pragmática não é, tal como os críticos acusam, um sinônimo para a tomada de decisão *ad hoc*, que significa sempre decidir um caso de modo a obter as melhores conseqüências imediatas sem atentar para os possíveis efeitos futuros. Esse tipo de abordagem seria anti-pragmática por não levar em conta as conseqüências sistêmicas decorrentes da adjudicação *ad hoc*. Não há nada no pragmatismo jurídico que requeira ou permita uma falta de compromisso com as conseqüências pelo fato de serem antes sistêmicas do que especificamente relacionadas ao caso concreto. “Imprevidente” não faz parte da definição de “pragmático”.

sem excepcionar aquele praticado por adultos, quando um deles ou ambos são estéreis. O juiz pragmatista, considerando o horror que a sociedade americana tem pelo incesto, hesitaria em invalidar a lei, mesmo que a manutenção da mesma significasse privar os adultos naquela situação de desenvolver uma relação de intimidade, indispensável à sua felicidade. A invalidação da lei causaria um impacto negativo na opinião pública, que seria desproporcional aos eventuais benefícios dela decorrentes<sup>134</sup>.

Nesse contexto, Posner explica um aspecto da filosofia jurídica de Holmes que à primeira vista poderia parecer hostil à adjudicação pragmática, qual seja, a resistência em rejeitar decisões anteriores. Segundo Posner, caso o juiz desconfie não ter uma idéia muito clara acerca da melhor decisão a ser tomada, a postura pragmática consistiria em optar pela manutenção da decisão anterior, eis que, nesse caso, rejeitá-la significaria sacrificar a segurança e a estabilidade em benefício de uma mera conjectura<sup>135</sup>.

Como se vê, nos casos em que o juiz pragmatista decide manter a coerência com o precedente, a decisão é oriunda de uma escolha pragmaticamente justificada, orientada pelos efeitos práticos de julgar em uma ou outra direção. Nesse sentido, Posner afirma não haver hierarquia entre as ferramentas tradicionalmente utilizadas na atividade decisória e as outras fontes de informação capazes de levar à antevisão das conseqüências da decisão<sup>136</sup>. Assim, diz Posner, se as conseqüências não forem catastróficas ou absurdas, seria racional decidir de acordo com o previsto na lei ou no contrato, de modo a proteger as legítimas expectativas e a preservar os instrumentos ordinários da adjudicação como um meio efetivo de comunicação<sup>137</sup>.

Segundo o autor, portanto, essa orientação não deixaria de ter fundamento pragmático<sup>138</sup>.

Há, no entanto, situações em que as conseqüências relacionadas ao caso concreto dominam completamente o processo de tomada de decisão<sup>139</sup>. Segundo Posner, isso ocorre especialmente quando o caso tem conseqüências momentâneas ou quando recai sobre um problema jurídico que por ser novo não envolve expectativas<sup>140</sup>. O grande erro do juiz formalista, diz Posner, é crer que esses casos possam ser decididos tão-somente

---

<sup>134</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.

<sup>135</sup> *Idem. Pragmatic Adjudication...*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>136</sup> *Idem. Legal Pragmatism. Law...*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>137</sup> *Idem, ibidem*, p. 82.

<sup>138</sup> *Idem, ibidem*, p. 82.

<sup>139</sup> *Idem. Legal Pragmatism. Metaphilosophy...*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>140</sup> *Idem, ibidem*, p. 151.

pela referência aos precedentes e ao texto normativo, ainda que os seus contornos socialmente relevantes não tenham sido contemplados pelos juízes que atuaram nos precedentes ou pelo legislador que tenha elaborado o texto objeto de interpretação<sup>141</sup>. Segundo Posner, esses casos demandam um julgamento de orientação social, isto é, uma decisão pautada na razoabilidade<sup>142</sup>.

Segundo Posner, como não há algoritmo capaz de conciliar conseqüências sistêmicas e particulares, continuidade e criatividade, longo e curto prazo, o juiz pragmatista deve proferir a decisão mais razoável que puder<sup>143</sup>. Para tanto, deve levar em conta as conseqüências específicas da decisão, as ferramentas jurídicas tradicionais, o proveito de atender às expectativas sociais e até mesmo os aspectos de natureza psicológica e de cautela, tais como as necessidades de seu tempo e as políticas públicas<sup>144</sup>.

It's hard to improve on Holme's description of what drives decision for the judge who in good pragmatic fashion places "experience" above "logic": "the felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men".<sup>145</sup>

Nesse contexto, Posner sustenta que os juízes não só aplicam a lei (*rule appliers*), mas também a elaboram (*rulemakers*)<sup>146</sup>. Segundo o autor, a própria dinâmica do *common-law*, em que a atividade interpretativa dos magistrados dá forma ao próprio direito, demonstra que o judiciário divide com o legislativo o poder de criar a lei<sup>147</sup>. Entretanto, Posner critica a expressão utilizada por Holmes segundo a qual os juízes funcionariam como *interstitial legislators* sempre que fossem chamados a decidir um caso cujo resultado não estivesse adequado a uma lei ou a outra fonte de autoridade<sup>148</sup>. Para o autor há entre os dois poderes diferenças institucionais marcantes relativas ao seu modo de atuação e aos instrumentos de que dispõem, que tornam equívoca a expressão de Holmes<sup>149</sup>. Diferente do legislador, o juiz atua diante de um caso concreto, em que

<sup>141</sup> *Idem, ibidem*, p. 155.

<sup>142</sup> *Idem, ibidem*, p. 151, 155.

<sup>143</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Law...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>144</sup> *Idem, ibidem*, p. 64.

<sup>145</sup> *Idem, ibidem*, p. 64. Tradução livre: É difícil melhorar a descrição feita por Holmes sobre o que conduz a decisão do juiz que, no bom estilo pragmático, coloca a experiência acima da lógica: "as necessidades de seu tempo, as teorias moral e política dominantes, intuições sobre políticas públicas, de forma declarada ou inconsciente, mesmo os preconceitos que os juízes comungam com seus semelhantes".

<sup>146</sup> *Idem*. Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 241.

<sup>147</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Law...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>148</sup> *Idem*. Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 241.

<sup>149</sup> *Idem, ibidem*, p. 241.

pode optar entre aplicar a lei antiga, modificá-la e aplicá-la ou, deixando-a de lado, criar e aplicar uma nova. Se for pragmatista, deverá optar pela decisão que promova os melhores resultados e, para tanto, deverá lançar mão de ferramentas outras que não os instrumentos legais tradicionais (*orthodox legal materials*) postos à disposição do jurista, como a jurisprudência, as leis, as constituições, os tratados, etc.<sup>150</sup>

Assim, numa perspectiva pragmatista, a atividade normativa passa a figurar como parte do próprio cotidiano do juiz, afastando-se, por conseguinte, a concepção de Hart segundo a qual os juízes têm que “legislar” somente nos casos em que não há como se socorrer das fontes tradicionais de decisão<sup>151</sup>. Nesse sentido, Posner afirma que o pragmatismo jurídico não se confunde com um complemento para o formalismo jurídico<sup>152</sup>.

But Hart goes only half the distance to pragmatism. He limits the judge’s pragmatic, legislative discretion to filling gaps ‘in the law’ [...] The wholehearted pragmatist [...] erases any sharp line between applying and creating law. A judge doesn’t say to himself, “I’ve run out of law to apply, so now it’s time for me to put on my legislator’s hat and make up some new law.” Law has no gaps, because it’s not a thing; it’s the activity of judges and of certain other officials.<sup>153</sup>

No entanto, a consideração das conseqüências por parte do juiz não se dá de forma ilimitada. Como uma primeira restrição desponta a observância da valoração de efeitos realizada pelo próprio legislativo<sup>154</sup>. Somente em casos extremos o juiz estaria autorizado a desconsiderá-la, já que essa atitude poderia gerar um conflito indesejado entre os poderes<sup>155</sup>. Como uma segunda limitação, a impossibilidade de o juiz chegar a uma decisão judicial capaz de gerar os melhores efeitos de forma global<sup>156</sup>. Segundo Posner, isso significaria requerer do magistrado a onisciência ou ainda os divinos poderes de raciocínio que os pragmatistas ridicularizam como ilusão dos adeptos da doutrina de Platão<sup>157</sup>. Segundo Posner, as conseqüências que o juiz está autorizado, ou tem competência para considerar, são classificadas entre boas e ruins, de acordo com as

---

<sup>150</sup> *Idem, ibidem*, p. 241.

<sup>151</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Law..., op. cit.*, p. 80, 81.

<sup>152</sup> *Idem, ibidem*, p. 80.

<sup>153</sup> *Idem, ibidem*, p. 81. Tradução livre: Mas Hart só vai até a metade do caminho do pragmatismo. Ele limita a atuação pragmática do juiz, a discricionariedade legislativa ao preenchimento das lacunas da lei. O pragmatista apaga a distinção entre aplicar e criar a lei. Um juiz não diz a si mesmo: “eu não tenho mais lei para aplicar, então é o momento de colocar o meu chapéu de legislador e fazer alguma lei nova”. A lei não tem lacunas porque não é um objeto, é a atividade dos juizes e de outros órgãos oficiais.

<sup>154</sup> *Idem, ibidem*, p. 70.

<sup>155</sup> *Idem, ibidem*, p. 71.

<sup>156</sup> *Idem, ibidem*, p. 70, 71.

<sup>157</sup> *Idem, ibidem*, p. 70, 71.

necessidades e interesses da sociedade. Esses fatores, no entanto, variam de juiz para juiz, implicando em uma valoração diferente das conseqüências<sup>158</sup>.

Voltado para os fatos, o juiz pragmatista apresenta uma orientação empírica, o que não implica, todavia, numa rejeição dos princípios e conceitos jurídicos<sup>159</sup>. Segundo Posner, há de ser feita uma distinção entre os princípios capazes de guiar a investigação empírica e aqueles que, em realidade, visam a substituí-la<sup>160</sup>. Os primeiros conduzem o juiz aos fatos, servindo de ponto de partida para a investigação. Como exemplo, o autor indica a “negligência”, cujo próprio conceito permite que o juiz proceda a uma série de questionamentos, tais como: “Quais precauções poderiam ter sido tomadas?” ou “A vítima poderia ter evitado o acidente?”<sup>161</sup>. Já os segundos, de cunho mais abstrato, como, por exemplo, “justiça”, “liberdade” e “autonomia”, não se mostrariam úteis à investigação empírica<sup>162</sup>.

Os fatos a serem analisados pelo juiz também são divididos em dois grupos. Existem aqueles fatos relacionados especificamente aos dados do caso concreto (*the who-did-what-where-when-to-whom kind of fact*) e aqueles concernentes ao pano de fundo, ao contexto, tais como os propósitos que existem por trás de determinado texto normativo, o funcionamento do mercado, os incentivos criados pelas transações entre particulares, etc.<sup>163</sup> De acordo com Posner, como os juízes, em geral, não têm muito conhecimento acerca desse último grupo, acabam por recorrer à intuição e a experiências pessoais, que podem ser equivocadas<sup>164</sup>.

Posner dá o exemplo de um caso em que se discuta o direito ao suicídio assistido. Para o autor, analisar o assunto sob o prisma do conflito entre o princípio da autonomia e o da inviolabilidade da vida, ou ainda sob o aspecto das possibilidades de interpretação do termo “liberdade”, seria um subterfúgio. O importante seria avaliar as conseqüências fáticas do suicídio assistido, recorrendo, por exemplo, a uma análise dos efeitos dessa prática nos países em que é permitida. O conhecimento acerca desses efeitos, no entanto, somente faria diferença para um juiz que não fosse apegado a prioridades inabaláveis, tais como a crença religiosa e a ideologia<sup>165</sup>.

---

<sup>158</sup> *Idem, ibidem*, p. 71.

<sup>159</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

<sup>160</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

<sup>161</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

<sup>162</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

<sup>163</sup> *Idem, ibidem*, p. 77, 78.

<sup>164</sup> *Idem, ibidem*, p. 78.

<sup>165</sup> *Idem, ibidem*, p. 78.

Holmes liked to say that general principles do not decide particular cases. That is because, as I have said, *useful* general principles, the sort one finds in common law fields (and not in them alone), direct rather than supplant factual inquiry; that inquiry is necessary to decide the case.<sup>166</sup>

Diante de um caso concreto, o juiz pragmatista busca apoio nas teorias de orientação empírica, como a Economia, para identificar os efeitos de sua decisão<sup>167</sup>. Numa versão pragmática da análise econômica do Direito, portanto, a Economia ganha caráter instrumental, estando o juiz livre para decidir o peso que irá conferir às conseqüências por esse meio identificadas<sup>168</sup>. Não há que se falar, portanto, em necessidade de conformação da decisão judicial a uma determinada norma econômica, como, por exemplo, a maximização do bem-estar<sup>169</sup>, eis que o pragmatismo não se compromete com uma classe definida de conseqüências, tal como ocorre no utilitarismo<sup>170</sup>. Pelo contrário, numa perspectiva instrumental da Economia, a maximização do bem-estar pode constituir uma das várias conseqüências consideradas pelo pragmatista.

Para demonstrar o recurso a outras áreas do conhecimento de que se utiliza o pragmatista, Posner dá o exemplo da discussão que envolveu o tratamento a ser conferido ao óleo e ao gás, quando esses recursos se tornaram comercialmente valorados. A questão consistia em avaliar se esses recursos deveriam ter o mesmo tratamento dos recursos móveis, tais como os animais silvestres, de modo que o direito de propriedade sobre eles dependeria da prévia posse, ou se deveriam ser tratados como bens imóveis em que o direito de propriedade se perfaz com o registro sem que haja necessidade de o dono ser possuidor. Segundo Posner, diante desse quadro, se o juiz positivista fosse indagado sobre a possibilidade de somente serem conferidos direitos possessórios sobre o óleo e o gás, recorreria aos precedentes envolvendo animais silvestres para verificar a existência de similitude bastante entre esses recursos naturais, de modo a justificar uma subsunção dos mencionados minerais ao conceito legal de *ferae naturae*. A partir dessa concepção, o direito de propriedade estaria diretamente

---

<sup>166</sup> Idem, *ibidem*, p. 77. Tradução livre: “Holmes gostava de dizer que princípios gerais não decidem casos concretos. Isto ocorre porque, como eu disse, os princípios gerais *úteis*, o tipo encontrado no *common law*, dirige a investigação ao invés de substituí-la; essa investigação é necessária para decidir o caso concreto.”

<sup>167</sup> Idem. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy...*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>168</sup> Idem, *ibidem*, p. 152.

<sup>169</sup> Idem, *ibidem*, p. 152.

<sup>170</sup> Idem. Legal Pragmatism. *Law...*, *op. cit.*, p. 65.

relacionado à posse, de forma que ninguém poderia ser dono de óleo antes de essa substância chegar à superfície<sup>171</sup>.

Segundo Posner, diante do mesmo problema o juiz pragmatista tenderia a considerar os ensinamentos de economistas e engenheiros desse ramo de atuação, buscando informações provenientes de especialistas para decidir o regime de direito de propriedade que conduziria aos melhores resultados quando aplicado ao setor do óleo e do gás. Somente a partir daí, o juiz pragmatista examinaria os precedentes envolvendo o direito de propriedade de animais silvestres para verificar se esses casos poderiam influir na decisão que seria a mais adequada para a exploração dos recursos minerais em comento<sup>172</sup>.

Por outro lado, a investigação de ordem empírica de que se vale o pragmatista afasta as teorias abstratas, como a teoria moral e a filosófica<sup>173</sup>. Não é o caráter abstrato que incomoda o pragmatista nessas teorias, já que todas as ciências dependem de um certo nível de abstração, mas sim, a abstração concebida como bloqueio, como ponto de parada (*stopping point*). Em *Legal Pragmatism*, o autor afirma que o pragmatismo jurídico também se distancia das construções doutrinárias de cunho abstrato, como aquelas baseadas em conceitos vagos, tais como “justiça” e “igualdade”<sup>174</sup>. Assim, os pragmatistas entendem que, diante de um caso em que se discute o acesso dos filhos de imigrantes ao ensino público, o advogado deveria estudar educação, imigração, finanças públicas e religião ao invés de insistir em clamores que carecem de consistência, baseados tão-somente em uma referência a “igualdade” e a “direitos fundamentais”, por exemplo<sup>175</sup>.

O pragmatismo também se afasta dos compromissos políticos, distinguindo-se, portanto, do realismo jurídico e do *critical legal studies*, na medida em que esses movimentos são identificados com um pano de fundo político<sup>176</sup>. O primeiro, com o *New Deal*. O segundo, com o radicalismo do final dos anos 60 e início dos anos 70 nas universidades americanas<sup>177</sup>. De acordo com Posner, esses movimentos não são capazes de se auto-sustentar, enfraquecendo-se à medida que o pano de fundo político que lhes

<sup>171</sup> *Idem*. Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 239.

<sup>172</sup> *Idem, ibidem*, p. 239.

<sup>173</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Law...*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>174</sup> *Idem, ibidem*, p. 79.

<sup>175</sup> *Idem, ibidem*, p. 79, 80.

<sup>176</sup> *Idem, ibidem*, p. 84.

<sup>177</sup> *Idem, ibidem*, p. 84.

serve de base perde espaço<sup>178</sup>. O pragmatismo jurídico, por sua vez, busca suporte na economia, na ciência política e nas ciências sociais de modo geral, ao invés de submeter-se a preferências políticas<sup>179</sup>.

As idéias de Posner acerca do pragmatismo jurídico encontram-se sintetizadas na seguinte passagem:

In brutally brief summary, legal pragmatism is not concerned just with immediate consequences, is not a form of consequentialism, is not hostile to social science, is not Hartian positivism, is not legal realism, is not critical legal studies, is not unprincipled, and does not reject the rule of law. It is resolutely antiformalist, it denies that legal reasoning differs importantly from ordinary practical reasoning, it favors narrow over broad grounds of decision at the outset of the development of an area of law, it is friendly to rhetoric and unfriendly to moral theory, it is empirical, its historicist but recognizes no “duty” in the past, it distrusts exception-less legal rules, and it doubts that judges can do better in difficult cases than to reach reasonable (as distinct from demonstrably correct) results. These generalizations are intended to supplement what at the outset I described as the core of pragmatic adjudication – “a disposition to ground policy judgments on facts and consequences rather than on conceptualisms and generalities” – rather than to supplant it.<sup>180</sup>

Posner aponta como a “preguiça intelectual” como principal perigo do pragmatismo jurídico, eis que seria muito mais fácil reagir a um caso do que analisá-lo<sup>181</sup>. Para o autor, o juiz deve ser antes de tudo um profissional competente, capaz de utilizar os instrumentos legais tradicionais, para só então firmar-se como pragmatista<sup>182</sup>. Por outro lado, Posner acredita que a “preguiça intelectual” também constitui um perigo para o juiz tradicional, que não adota uma postura pragmática, na medida em que esse último não questiona as suas próprias premissas<sup>183</sup>.

Segundo Posner, diferente do que sugerem os críticos, os adeptos do pragmatismo jurídico não menosprezam o estudo das fontes tradicionais do direito, da

<sup>178</sup> *Idem, ibidem*, p. 84.

<sup>179</sup> *Idem, ibidem*, p. 84.

<sup>180</sup> *Idem, ibidem*, p. 84, 85. Tradução livre: Em breve resumo, o pragmatismo jurídico não se preocupa apenas com as consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil às ciências sociais, não se confunde com o positivismo de Hart nem com realismo jurídico nem com o movimento *critical legal studies*, não é desprovido de princípios e não rejeita as consequências sistêmicas que os juízes têm que levar em conta tradicionalmente. É, definitivamente, antiformalista, nega que o pensamento jurídico seja distinto do raciocínio prático comum (...), é simpático à retórica e hostil à moral, é empírico, é historicista, mas não se vê obrigado a manter coerência com o passado, desconfia das normas jurídicas que não comportam exceções, e duvida que os juízes possam fazer melhor nos casos difíceis do que alcançar resultados razoáveis. Essas generalizações têm por objeto complementar o que, no início, descrevi como o ponto central da adjudicação pragmática – uma inclinação para fundamentar os julgamentos políticos em fatos e consequências, em lugar de conceptualismos e generalidades – e não substituir essa idéia.

<sup>181</sup> *Idem*. Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 248.

<sup>182</sup> *Idem, ibidem*, p. 248.

<sup>183</sup> *Idem, ibidem*, p. 249.

retórica e do vocabulário jurídico<sup>184</sup>. Os pragmatistas reconhecem que a boa técnica constitui elemento indispensável para uma carreira jurídica de sucesso, todavia, entendem que, em uma sociedade dinâmica, a concepção formalista do direito não é suficiente<sup>185</sup>.

Only naïve believe that the law is something written down in a book and legal training consists simply of learning how to find the correct place in the book. Insofar as law is, as the pragmatist believes, responsive to social concerns, and those concerns change- very rapidly, too, in a society as dynamic as that of the United States – the law must change, and the book won't tell you how or in what direction or how rapidly<sup>186</sup>.

Outra crítica enfrentada por Posner é a de que o pragmatismo conferiria ao juiz a liberdade de decidir como bem entender<sup>187</sup>. Embora o juiz pragmatista sofra menos restrições do que o formalista, na medida em que não concebe a coerência com o passado e com o direito positivo como um dever, há outros elementos que limitam a sua atuação discricionária. Segundo Posner, as limitações de carácter institucional existentes no Direito norte-americano, como, por exemplo, a possibilidade de anulação das decisões judiciais, pelo legislativo ou pelo constituinte derivado, restringem a atuação do juiz pragmatista<sup>188</sup>. Outro agente limitador seriam as expectativas criadas pelos textos normativos e pelos precedentes, que devem ser consideradas como conseqüências sistêmicas, quando da tomada de decisão<sup>189</sup>.

Apesar das críticas ao pragmatismo jurídico, Posner o apresenta como única alternativa para os Estados-Unidos do séc. XXI<sup>190</sup>. Segundo o autor, para garantir efetividade e legitimidade diante de uma sociedade tão heterogênea no aspecto moral e político, o judiciário deve também ser heterogêneo<sup>191</sup>. À complexidade social somam-se as nuances do direito norte-americano, caracterizado pelo convívio da *common law* com a constituição e com a legislação ordinária federal e estadual<sup>192</sup>. Além disso, o próprio modo de ingresso no judiciário aponta para a heterogeneidade de seus componentes.

<sup>184</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy...*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>185</sup> *Idem, ibidem*, p. 154.

<sup>186</sup> *Idem, ibidem*, p. 154. Tradução livre: Somente os ingênuos acreditam que o direito é algo escrito em um livro e que a prática jurídica consiste simplesmente em aprender a encontrar o lugar correto no livro. Sendo o direito sensível aos interesses sociais, tal como acredita o pragmatista, e considerando que tais interesses mudam rapidamente em uma sociedade dinâmica como a norte-americana, o direito deve mudar e o livro não dirá como, em qual direção, ou quão rapidamente.

<sup>187</sup> *Idem, ibidem*, p. 154.

<sup>188</sup> *Idem, ibidem*, p. 154.

<sup>189</sup> *Idem, ibidem*, p. 154.

<sup>190</sup> *Idem, ibidem*, p. 155.

<sup>191</sup> *Idem, ibidem*, p. 155.

<sup>192</sup> *Idem*. Introduction: Pragmatism, Economics and Liberalism..., *op. cit.*, p. 12, 13.

Profissionais do direito, de meia-idade, com cerca de vinte anos de experiência, são nomeados para exercer a atividade jurisdicional<sup>193</sup>. A fluidez com que transitam entre a advocacia privada, o serviço público, o magistério e a magistratura, contribui para o pragmatismo jurídico, na medida em que promove uma maior abertura ao diálogo tanto no campo do Direito quanto no campo das outras ciências sociais, como a Economia<sup>194</sup>.

The lateral-entry character of the American judiciary, the absence of uniform criteria for appointment, the moral, intellectual, and political diversity of the nation (and hence, given the previous two points, of the judges), the individualistic and antiauthoritarian character of the population, and the extraordinary complexity and dynamism of the society are further obstacles to American judges confining themselves to the application of rules laid down by legislatures, regulators, or the framers of the Constitution.<sup>195</sup>

Apesar de o próprio Posner advertir que a adjudicação pragmática por ele proposta consiste em uma orientação essencialmente firmada nos moldes norte-americanos<sup>196</sup>, em razão das peculiaridades culturais e jurídicas comentadas, fato é que vislumbramos atualmente em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal argumentos que denotam uma postura pragmática. À luz do neoconstitucionalismo, não se poderia cogitar a importação integral das idéias de Posner pela instância máxima da interpretação constitucional, eis que tais idéias parecem conferir somenos importância aos princípios, que são tão caros em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, como um dos cortes teóricos possíveis do pós-positivismo, apontando para uma visão mais completa do Direito, se apresenta a interseção do direito normativo com a dimensão pragmática de se levar em conta os efeitos sistêmicos da decisão e de buscar amparo em outras ciências sociais, o que parece encontrar guarida em nossa corte constitucional.

---

<sup>193</sup> *Idem*. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy...*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>194</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 156.

<sup>195</sup> *Idem*. Pragmatic Adjudication..., *op. cit.*, p. 250, 251. Tradução livre: A entrada pela lateral no judiciário norte-americano, a falta de critérios uniformes para a nomeação, a diversidade moral, intelectual e política da nação (e, por conseguinte, considerando os dois pontos anteriores, a dos juizes), o individualismo e anti-autoritarismo da população, e a extraordinária complexidade e dinamismo da sociedade constituem obstáculo a que os juizes norte-americanos se limitem a aplicar as normas constantes dos textos legislativos, das regulações e da constituição.

<sup>196</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 250.

### **CAPÍTULO 3 - O PRAGMATISMO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Uma vez analisado o tipo de abordagem de que se vale o pragmatista (*pragmatic approach*), bem como as principais nuances da adjudicação pragmática proposta por Richard Posner, cumpre abordar algumas decisões judiciais, notadamente do STF, escolhidas com finalidade exemplificativa, isto é: uma possibilidade real de julgar.

A prática recente da Corte denota a existência de uma linha argumentativa marcada pelo peso dos argumentos pautados nos reflexos futuros da decisão e pela amplitude das fontes – como exemplo, a própria realidade fática subjacente ao caso concreto bem como a experiência do direito comparado –, adotando uma postura pragmatista, de vanguarda, de modo a superar antigos *dogmas* através de construções

jurisprudenciais que conferem à Corte o papel não só de interpretar, mas também de criar o direito.

### 3.1. ADI 3.489 – O caso dos municípios

Uma das questões mais significativas em termos de pragmatismo jurídico tem sido a relativa à criação de municípios, quando as circunstâncias fáticas acabam prevalecendo sobre o texto legal.

A ADI n. 3.489, proposta pelo Procurador-Geral da República, buscou a impugnar a constitucionalidade da Lei 12.294/02, do Estado de Santa Catarina, que anexou Vila Arlete, localidade desmembrada do município de Campos Novos, ao município de Monte Carlo<sup>197</sup>, diante da afronta ao art. 18, §4º, da Constituição Federal, com redação determinada pela EC n. 15/96. O texto constitucional prevê que o processo de desmembramento de municípios deve ser feito dentro do prazo estipulado por lei complementar federal, após consulta aos habitantes dos municípios envolvidos. A referida lei, todavia, ainda não foi produzida pelo Congresso Nacional.

O Tribunal entendeu, nos termos do voto condutor proferido pelo Min. Gilmar Mendes, pela declaração de inconstitucionalidade sem que, contudo, fosse pronunciada a imediata nulidade da lei impugnada<sup>198</sup>. O STF decidiu manter a validade da lei por 24 (vinte e quatro) meses, tempo que considerou razoável para que o legislador estadual reapreciasse o tema com base em parâmetros a serem fixados por lei complementar federal<sup>199</sup>.

O Min. Relator, Eros Grau, entendeu inicialmente pela improcedência da ação em comento, tendo mudado de orientação após o voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes<sup>200</sup>. No início de seu voto, o Min. Eros Grau registrou que a simples subsunção

---

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 3.489-8 Santa Catarina. Relator: Min. Eros Grau. DF, 09.05.2007, D.J. 03.08.2007.

<sup>198</sup> Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na ADI n. 3.489-8, p. 23.

<sup>199</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>200</sup> Após o voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, o Min. Eros Grau retificou seu voto para acompanhá-lo. v. retificação do voto do Ministro Relator, subsequente ao voto do Min. Gilmar Mendes (sem numeração).

do caso concreto à norma constitucional prevista no art. 18, § 4º, da CF/88, levaria à automática declaração de inconstitucionalidade da lei<sup>201</sup>. Todavia, afastou essa hipótese em razão da existência de uma realidade fática já consolidada, ainda que sem amparo legal, e dos efeitos negativos decorrentes de uma eventual declaração de inconstitucionalidade, *in verbis*:

No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. A nova área do Município de Monte Carlo se submete, desde a anexação, à lei orgânica e às demais leis do Município de Monte Carlo. Os habitantes agora são eleitores inscritos no município de Monte Carlo, tendo participado das últimas eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Desses habitantes foram arrecadados tributos de sua competência. O Município de Monte Carlo, após a agregação da localidade de Vila Arlete, prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. Em sua, a localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, passou, de fato, a integrar o Município de Monte Carlo, ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada.<sup>202</sup>

A segurança jurídica, consubstanciada na confiança dos habitantes do município na regularidade do desmembramento e da anexação, atuou como consequência sistêmica decisiva para afastar a procedência da ação pelo Min. Eros Grau. Nesse caso, a segurança jurídica não atuou propriamente como uma *rule of law*, tipo de consequência sistêmica que envolve preocupações formalistas como a expectativa no cumprimento da lei e do precedente, mas sim como uma consequência sistêmica pautada na boa-fé dos habitantes na decisão política que promoveu a anexação.

Nas palavras do Ministro, vislumbrava-se “uma situação excepcional, consolidada, de caráter institucional, e político”<sup>203</sup>. O Ministro traçou um paralelo entre o caso em análise e as hipóteses de casamento putativo e de sociedades de fato<sup>204</sup>. A diferença reside no fato de as últimas constituírem exceções previstas pelo legislador, sendo, portanto, tuteladas de forma direta pelo Direito<sup>205</sup>, enquanto a questão dos municípios não tem amparo legal, constituindo uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.

---

<sup>201</sup> Voto proferido pelo Min. Eros Grau na ADI n. 3.489-8, p. 2.

<sup>202</sup> *Idem*, p. 2, 3.

<sup>203</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>204</sup> *Idem*, p. 6, 7, 8.

<sup>205</sup> *Idem*, p. 8.

A excepcionalidade, no caso em comento, decorre de um desvio no estado normal do sistema jurídico provocado pela omissão do legislativo<sup>206</sup>. O Ministro então asseverou que “as normas só valem para as situações normais”<sup>207</sup>, de modo que os efeitos decorrentes da extensão da autonomia municipal sobre a área incorporada não poderiam ser ignorados<sup>208</sup>. A ementa da ADI n. 2.240, caso semelhante àquele em comento, esclarece o entendimento da Corte acerca a exceção normativa, *in verbis*:

O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização.<sup>209</sup>

Segundo o Ministro, “a não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional”<sup>210</sup>, eis que inviabiliza os processos de criação, fusão e desmembramento de municípios permitidos pela Constituição. Essa situação de caráter excepcional teria, portanto, se instalado pela chamada *força normativa dos fatos*, o que teria, ainda que de maneira ficta, conferido validade ao desmembramento e anexação ocorridos<sup>211</sup>.

Basta a observação de Pontes de Miranda, para quem a putatividade é um obstáculo aos efeitos da anulação, pela conferência fictícia de validade Ficção que suprime o impedimento e faz desaparecer o vício ou causa anulatória [...] No caso da anexação da localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, ao Município de Monte Carlo - que ocorreu, de fato, a partir de uma decisão política - estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela *força normativa dos fatos*.<sup>212</sup>

O Ministro, com apoio em Konrad Hesse, aproximou a Constituição da realidade; do mundo do *ser*<sup>213</sup>. De acordo com o Ministro, o nascimento da inconstitucionalidade deve ser evitado ao máximo. Porém, uma vez ocorrido, não pode

<sup>206</sup> *Idem*, p. 8, 9.

<sup>207</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>208</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 2.240-7 Bahia. Relator: Min. Eros Grau. DF, 09.05.2007, D.J. 03.08.2007.

<sup>210</sup> Voto proferido pelo Min. Eros Grau na ADI n. 3.489-8, p. 9.

<sup>211</sup> *Idem*, p. 8, 11.

<sup>212</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>213</sup> *Idem*, p. 11.

ser ignorado pelo intérprete, sob pena de deslocar o debate para o campo das abstrações, ou do *dever ser*<sup>214</sup>.

Dirá eventualmente algum normativista radical que o desmembramento, em termos formais, jamais ocorreu. Da inconstitucionalidade da lei então decorreria a sua inconstitucionalidade institucional. É verdade, a sua realidade efetivamente não é assinalada, no mundo do *dever ser*. Sucede que vivemos no mundo do ser, a vida se passa no mundo do ser, onde o Município existe. Somente no plano das abstrações seria possível ignorarmos a realidade do mundo do *ser*, inclusive a ocorrência do desmembramento. Para tanto, é necessário que se viva no mundo do *dever ser*. E o debate com quem habita esse mundo, o mundo do *dever ser*, nada promete de útil.<sup>215</sup>

Diante de um problema de ordem prática, envolvendo o impacto social da declaração de inconstitucionalidade, o Ministro afastou o *abstracionismo normativista*<sup>216</sup>, em prol de uma análise dos fatos mais próxima da realidade; das especificidades do caso concreto. Sustenta que o fenômeno jurídico tem início numa “ordem geral e concreta, situada geograficamente e no tempo, com as marcas históricas e culturais [...], reclamando permanentemente complementação, refazimento e superação de situações de exceção”<sup>217</sup>.

De acordo com o Ministro, a representação mais elevada dessa ordem concreta e histórica, que é anterior ao direito posto, é a Constituição, devendo sua aplicação ser pautada não só pelo texto normativo, mas como também pela realidade fática<sup>218</sup>. Assim, nas situações de exceção legitimadas pela força dos fatos, a aplicação mais prudente da Constituição pode corresponder justamente à não-aplicação de suas normas<sup>219</sup>. Assim, a “corte não há de proceder, especialmente neste caso, como o legista que examina um corpo morto --- a infração à letra escrita da Constituição. Aqui estamos diante de uma realidade política, de um ente político da federação, cujo território sofreu agregação de um distrito”<sup>220</sup>.

Visando a concretizar a Constituição, a interpretação extrapolou os limites do próprio texto constitucional, dando forma ao direito no caso concreto. Na hipótese, a efetivação da vontade do constituinte dependia da atuação do legislador ordinário, que

---

<sup>214</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>215</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>216</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>217</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>218</sup> *Idem*, p. 14, 15, 16.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>220</sup> *Idem*, p. 16.

se manteve inerte. Coube ao Supremo então, conforme o Ministro, integrar a realidade política, inserida no mundo dos fatos, à órbita constitucional, resguardando os seus efeitos.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes também mostrou preocupação com o impacto da declaração de inconstitucionalidade da lei, afirmando que diante do voto do Ministro relator, “o Tribunal já se encontra plenamente inteirado das graves repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade”<sup>221</sup>. Entretanto, no seu entender, a simples improcedência da ação atenderia tão-somente ao princípio da segurança jurídica, deixando de contemplar o princípio da nulidade da lei inconstitucional<sup>222</sup>. E como solução aplicou a modulação dos efeitos temporais da decisão, constante do art. 27, da Lei 9.868/99<sup>223</sup>.

Segundo o Ministro, “os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade”<sup>224</sup>. Assim pôs-se a registrar mecanismos criados pelo direito comparado para evitar a repercussão negativa da imediata nulidade da lei declarada inconstitucional.

O recurso a experiências bem-sucedidas da modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no direito comparado demonstra uma abertura do debate constitucional a fontes outras de conhecimento, que não o direito pátrio. Da própria exposição de motivos do projeto de Lei 2.960/97, do qual se originou a Lei 9.868/99, constava o amparo na evolução do Direito constitucional comparado<sup>225</sup>. Nessa esteira, o Ministro citou a existência de precedentes da Corte Constitucional da Espanha em que se declarou a inconstitucionalidade de dispositivos de leis orçamentárias sem, contudo, pronunciar a sua nulidade, considerando o impacto na política econômica e financeira<sup>226</sup>. Tudo para evitar uma situação de catástrofe<sup>227</sup>, de caos jurídico. Nesse sentido, o Ministro acrescenta em seu voto as palavras de García de Enterría:

[...] las Sentencias anulatorias de una Ley pueden ocasionar catástrofes, no solo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando

<sup>221</sup> Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na ADI n. 3.489-8, p. 4.

<sup>222</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>223</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>224</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>225</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>226</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 19. Segundo o Min. Gilmar Mendes, a expressão é utilizada por Otto Bachof.

essas Sentencias son ‘políticamente equivocadas’ (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la decisión puede alcanzar a la comunidad política entera’. Así, pues, ‘más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias - y tan frecuentemente consecuencias políticas – de sus sentencias [...]’<sup>228</sup> (grifo do autor)

O Ministro registrou que a constituição portuguesa, no art. 282, n. 4, prevê a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, para garantir a segurança jurídica, por razões de equidade ou por interesse público de excepcional relevo<sup>229</sup>. A preocupação do Ministro em distinguir “segurança jurídica”, “equidade” e “interesse público de excepcional relevo” como valores constitucionais e não como “simples fórmulas de política judiciária” parece figurar como uma resposta a possíveis críticas no sentido de que o art. 27, da Lei 9.868/99 - cuja constitucionalidade é explicitamente defendida pelo Ministro no voto em comentário<sup>230</sup> – legitimaria decisões arbitrárias ao prever conceitos jurídicos indeterminados como “razões de segurança jurídica” e “excepcional interesse social”. Nesse sentido, na parte final do voto, o Ministro consignou que no direito brasileiro a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional e a consequente modulação temporal dos efeitos da decisão estão sujeitas a um severo juízo de ponderação e a um quorum especial de deliberação<sup>231</sup>.

As técnicas de decisão no controle de constitucionalidade apontam no sentido da superação da correspondência tradicionalmente realizada entre lei inconstitucional e lei nula, e da relativização do modelo kelseniano de tribunal constitucional como legislador negativo<sup>232</sup>. Nesse sentido, as palavras de Joaquín Brage Camazano são citadas: “*Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la Ley [...] es un elemento más, y de importância [...]’*”<sup>233</sup>.

E assim concluiu o Ministro Gilmar Mendes:

A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei instituidora de uma nova entidade federativa, o Município, constitui mais um dentre os casos - como os anteriormente citados, retirados de exemplos do direito comparado – em que as consequências da decisão tomada pela Corte pode gerar um verdadeiro caos jurídico. Não há dúvida, portanto, - e todos

<sup>228</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>229</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>230</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>231</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>232</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>233</sup> *Idem*, p. 16.

os Ministros que aqui se encontram parecem ter consciência disso – de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema –, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos.<sup>234</sup>

Com amparo no direito comparado, procurou ainda mostrar a relevância da modulação da eficácia temporal da decisão para superar a insuficiência da simples declaração de nulidade da lei, porque em desconformidade com a letra da Constituição, e da simples improcedência da ação, tomando por base os efeitos de uma eventual declaração de inconstitucionalidade.

### **3.2. MI 670, MI 708 e MI 712 – A regulamentação da greve dos servidores públicos civis**

Uma outra questão levada ao Supremo Tribunal Federal, e caso que merece destaque sob a perspectiva do pragmatismo, na qualidade de expressão de uma atuação mais inovadora da Corte frente à inação do legislativo, é a da regulamentação do direito de greve no serviço público. Foram propostos três mandados de injunção contra ato omissivo do Congresso Nacional, consubstanciado na não-edição da lei específica exigida pelo art. 37, inciso VII, da Constituição Federal.

Em 1990, em questão de ordem suscitada no julgamento do MI n. 107, o STF havia firmado entendimento no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, vez que desnecessária a edição de lei regulamentadora para que o mesmo fosse

---

<sup>234</sup> *Idem*, p. 23.

utilizado<sup>235</sup>. Não obstante o avanço desse entendimento, diante da inviabilidade de exercício dos direitos previstos no art. 5º, inc. LXXI, da CF/88, em razão da ausência de norma regulamentadora, o Tribunal se limitava a declarar a mora do órgão legiferante em editar a norma faltante, dando ciência à autoridade competente para que tomasse as providências cabíveis.

O entendimento tradicional do STF em matéria de mandado de injunção estava diretamente relacionado à concepção kelseniana de corte constitucional como “legislador negativo”, o que foi encampado pelo Min. Maurício Corrêa, em voto proferido no MI n. 670: “[...] não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito de sua competência prevista na Constituição [...]”<sup>236</sup>. Todavia, uma vez retomado o julgamento do MI n. 670, no âmbito da atual composição do STF, o tratamento conferido à matéria sofreu uma importante virada. A Corte procedeu ao julgamento conjunto do MI n. 670, do MI n. 708 e do MI n. 712, eis que todos versavam sobre a ausência de lei regulamentadora da greve de servidores públicos, e conferiram efeito diverso ao Mandado de Injunção, cujos efeitos foram antes comparados aos da inconstitucionalidade por omissão.

Em voto-vista proferido no MI n. 670, o Min. Gilmar Mendes preocupou-se em traçar um panorama da evolução do mandado de injunção na jurisprudência do STF, apontando julgados em que a Corte não se limitou à mera declaração da mora legislativa<sup>237</sup>. Como precedente, citou o MI n. 283, em cujo julgamento o Tribunal fixou prazo para que fosse ultimado o processo legislativo da lei reclamada<sup>238</sup>; o MI n. 232, quando foi determinado que, uma vez não editada a lei que regulasse a imunidade de contribuição para a seguridade social prevista no art. 195, §7º, da CF/88, no prazo de seis meses, o requerente passaria a gozar da referida imunidade<sup>239</sup>.

Segundo o Ministro, tais julgados já apontavam para a aceitação de uma solução “normativa” para a decisão em sede de mandado de injunção, distinguindo-se, portanto,

---

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI-QO n.107-3 Distrito Federal. Relator: Min. Moreira Alves. DF, 23.11.1989, D.J. 21.09.1990.

<sup>236</sup> A orientação do Min. Maurício Corrêa foi registrada no voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes no MI n. 670-9, p. 1.

<sup>237</sup> Voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes no MI n. 670-9, p. 2-13.

<sup>238</sup> *Idem*, p. 8, 9, 10.

<sup>239</sup> *Idem*, p. 10.

da orientação tradicional firmada no julgamento do MI n. 107<sup>240</sup>. As referidas decisões indicariam a possibilidade de uma regulação provisória da matéria objeto do mandado de injunção, em modelo semelhante ao que o direito italiano convencionou chamar de *sentença aditiva*<sup>241</sup>.

O Ministro procurou ainda demonstrar o tratamento conferido a mandado de injunção em que se discutia o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, inc. VII, da CF/88<sup>242</sup>. Majoritariamente, o entendimento era no sentido da simples declaração de mora legislativa e da impossibilidade de aplicação da lei de greve dos trabalhadores em geral – Lei 7.783/89<sup>243</sup>. Contudo, já havia algumas vozes no sentido da aplicação da mencionada lei para os servidores públicos como *norma do caso concreto*, nas palavras do Min. Carlos Velloso, por ocasião do julgamento do MI n. 631<sup>244</sup>.

Ultrapassada a abordagem histórica sobre a evolução do entendimento da Corte quanto ao instituto do mandado de injunção e ao tratamento do direito de greve dos servidores públicos, o Ministro passou a registrar seu entendimento sobre a necessidade de superação do quadro decorrente da omissão do legislativo. De início, identificou o contexto fático gerado pela falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos como um “quadro de selvageria”, alheio a qualquer controle jurídico e, por isso, atentatório ao Estado de Direito<sup>245</sup>.

De outro lado, o exercício do direito de greve também não pode ficar relegado ao juízo de conveniência e oportunidade do Legislativo, como se a edição de lei regulamentadora estivesse sujeita à discricionariedade daquele poder<sup>246</sup>. A Corte, no entender do Ministro, deve adotar uma postura mais incisiva do que aquela tradicionalmente encampada, de modo a corrigir a inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa<sup>247</sup>.

O Ministro afirmou não defender um *protagonismo legislativo* da Corte, mas diante da persistência da inatividade do legislador, bem como da inoperância dos precedentes da Corte, entendeu que a não-adoção de uma intervenção mais decisiva

---

<sup>240</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>241</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>242</sup> *Idem*, p. 13 a 17.

<sup>243</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>244</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>245</sup> *Idem*, p. 17, 18.

<sup>246</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>247</sup> *Idem*, p. 18.

configuraria uma verdadeira *omissão judicial*<sup>248</sup>. Nesse sentido, para o Min. Eros Grau, relator do mandado de injunção n. 712, constitui um dever-poder do Tribunal a formação supletiva da norma regulamentadora faltante<sup>249</sup>.

Apontando para a admissibilidade das decisões modificativas ou aditivas, são as palavras de Rui Medeiros, citadas pelo Ministro, sobre o papel das cortes constitucionais que, a nosso ver, traduzem o atual momento institucional vivido pelo STF:

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito. O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas [...] Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional.<sup>250</sup> (g.n.)

O Ministro se valeu da sentença aditiva, construção do direito italiano, como forma de decisão adequada para a hipótese de inconstitucionalidade omissiva decorrente da mora legislativa<sup>251</sup>. Assim como no julgamento da ADI n. 3.489-8, buscou apontar para uma mudança de perspectiva no controle de constitucionalidade, com base em institutos do direito comparado. Naquela ocasião, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – experiência do direito alemão e espanhol – traduziu a superação da inafastável correspondência entre “inconstitucionalidade” e “nulidade”. Já no caso em análise, a sentença aditiva do direito italiano representou uma nova possibilidade no controle de constitucionalidade das omissões legislativas<sup>252</sup>.

Segundo Rui Medeiros, “o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que ‘não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador’”<sup>253</sup>. Como perspectivas limitadoras da atuação criativa do Judiciário, o autor aponta a vontade hipotética do legislador e a solução

<sup>248</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>249</sup> Voto proferido pelo Min. Eros Grau no MI n. 712-8, p. 26.

<sup>250</sup> Trecho reproduzido no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no MI n. 670-9, p. 20, 21.

<sup>251</sup> Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no MI n. 670-9, p. 23.

<sup>252</sup> *Idem*, p. 24, 25.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 22.

constitucionalmente obrigatória<sup>254</sup>. De acordo com a primeira, as decisões modificativas têm sua incidência limitada aos casos em que o grau de liberdade de conformação do legislador revela-se diminuto<sup>255</sup>. Pela segunda, as mesmas são aceitas quando a alteração de uma lei pela corte constitucional traduz a necessidade de uma solução obrigatória numa perspectiva constitucional<sup>256</sup>.

Ainda com apoio em Rui Medeiros, o Ministro entendeu que *in casu* incidia a segunda perspectiva abordada, eis que não haveria margem de discricionariedade para o legislador optar entre conceder ou não o direito de greve, que é assegurado pela Constituição<sup>257</sup>. O Ministro decidiu, assim, pela aplicação provisória da Lei 7.783/1989 aos casos de greve de servidores públicos, com algumas ressalvas no tocante ao atendimento dos serviços públicos essenciais, em razão do princípio da continuidade do serviço público, até que a omissão fosse sanada pela edição da lei regulamentadora faltante<sup>258</sup>. Essa solução também se mostraria adequada ao critério da vontade hipotética do legislador, eis que foi utilizada como baliza para a regulação temporária da greve dos servidores públicos lei já existente para a iniciativa privada<sup>259</sup>.

A nosso ver, fez-se presente no voto em comento a abordagem progressista ou ativista a que Posner se refere ao caracterizar o *pragmatic approach*. Diante da desarrazoada omissão legislativa, a superação da orientação tradicional da Corte na matéria por meio da adoção da sentença aditiva revelou que o intuito de concretização da vontade constitucional perpassa a coerência com o precedente e com os balizamentos tradicionais acerca do papel da corte constitucional.

Uma vez identificado o contexto fático subjacente à matéria apreciada, qual seja, o quadro de descontrole jurídico a que se sujeitam as greves dos servidores públicos, o Ministro analisou os precedentes do Tribunal como, nas palavras de Posner, verdadeiros repositórios de conhecimento, buscando, num viés historicista, traçar a evolução do tratamento conferido à matéria e as suas insuficiências. Desse modo, apoiado no direito comparado, como de hábito, o Ministro utilizou-se do arcabouço teórico presente nas lições de Rui Medeiros para legitimar uma solução mais adequada à hipótese. A

---

<sup>254</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>255</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>256</sup> *Idem*, p. 22, 23.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 23, 24.

<sup>258</sup> *Idem*, p. 25, 26.

<sup>259</sup> *Idem*, p. 25, 26.

experiência de outros ordenamentos, tal como no julgamento da ADI nº. 3.489, atuou como fonte para a tomada de decisão.

Por sua vez, diante da mora legislativa o Min. Eros Grau, relator do mandado de injunção nº. 712, compreendeu que o tribunal deveria considerar se seria admissível conceber que a mais alta corte do país proferisse decisões ineficazes, ou se a ela caberia emitir decisões que surtisserem efeito, suprindo a omissão reiterada<sup>260</sup>.

Segundo o Ministro, ao elaborar supletivamente a norma regulamentadora faltante, a Corte estaria assumindo função normativa, e não legislativa<sup>261</sup>. A função normativa, decorrente da adoção do critério material de classificação das funções ou poderes estatais, significa a produção de normas jurídicas, de textos normativos<sup>262</sup>. Essa função teria sido outorgada pela Constituição ao Judiciário na qualidade de dever-poder consistente na formulação da norma regulamentadora faltante nas hipóteses de mandado de injunção<sup>263</sup>.

A separação dos poderes não constitui, segundo o Ministro, obstáculo à função normativa do Judiciário, já que a própria Constituição prevê o instituto do mandado de injunção<sup>264</sup>. Conforme anota, “vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de ‘separação de poderes’, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina mal digerida por quem não leu Montesquieu no original”<sup>265</sup>.

Assim, visando a definir a norma adequada à regulação do caso concreto, o Ministro entendeu que a Lei 7.783/89 não poderia ser aplicada em seus exatos termos aos casos de greve dos servidores públicos, tendo em vista as peculiaridades do serviço público<sup>266</sup>. Passou então a indicar os artigos da referida lei aplicáveis à hipótese, introduzindo inclusive algumas modificações na redação original<sup>267</sup>.

No voto em comento, não vislumbramos argumentos de orientação pragmática na mesma medida e com a mesma clareza daqueles explorados no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, no julgamento do MI n. 670. Todavia, a defesa da função normativa do Judiciário, e o seu conseqüente reflexo na parte dispositiva do voto,

---

<sup>260</sup> Voto proferido pelo Min. Eros Grau no MI n. 712-8, p. 9.

<sup>261</sup> *Idem*, p. 21, 22.

<sup>262</sup> *Idem*, p. 22, 23.

<sup>263</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>264</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>265</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>266</sup> *Idem*, p. 27, 28.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 32 a 35.

demonstram uma iniciativa de vanguarda, movida pelo intuito de garantir maior efetividade às decisões da Corte em sede de mandado de injunção. Essa postura encontra guarida na concepção anunciada por Posner, segundo a qual a função normativa passa a figurar como parte do cotidiano do juiz.

### 3.3. SS 3.154 – O pensamento do possível

A Suspensão de Segurança n. 3.154-6 foi requerida pelo Estado do Rio Grande do Sul, visando a suspender a execução de uma medida liminar, que garantiu aos integrantes da associação dos delegados daquele Estado o pagamento integral de suas remunerações até o último dia do mês, tal como preceitua o art. 35 da Constituição Estadual<sup>268</sup>.

O Estado do Rio Grande do Sul, que havia determinado o parcelamento dos vencimentos do funcionalismo público em razão da exaustão de sua capacidade orçamentária, alegou a possibilidade de grave lesão à economia pública, a impossibilidade de crédito em face do endividamento do Estado e o risco do efeito multiplicador, considerando que outras categorias profissionais também tiveram a sua remuneração parcelada<sup>269</sup>.

De acordo com o Min. Gilmar Mendes, o caso em análise demandava a adoção de um *pensamento do possível*<sup>270</sup>. Na reflexão de Gustavo Zagrebelsky, essa “atitude mental possibilista” há de ser aquela predominantemente adotada em sede constitucional<sup>271</sup>. Na sociedade moderna, marcada pela diversidade de interesses e ideologias, cabe à jurisprudência realizar a concordância prática das diversidades, através de soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias<sup>272</sup>.

---

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. SS n. 3.154-6. Decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes. DF, 28.03.2007, D.J. 29.04.2007.

<sup>269</sup> *Idem*, p. 1, 2.

<sup>270</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>271</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>272</sup> *Idem*, p. 5.

Com apoio em Peter Häberle, para quem o pensamento do possível constitui o modo de pensar o direito constitucional moderno, o Min. Gilmar Mendes anotou que se trata de uma dupla relação com a realidade<sup>273</sup>. Uma delas corresponde à indagação sobre as alternativas existentes diante de uma determinada realidade fática enquanto a outra depende de uma análise da realidade futura, eis que o possível é compreendido como o que pode ser real no futuro<sup>274</sup>.

Essas considerações parecem avançar no sentido da antevisão dos efeitos futuros da decisão, característica da adjudicação pragmática proposta por Posner. De um lado, o comando do art. 35 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, a coerência com o direito posto. De outro, o impacto incontestado na economia pública, decorrente do cumprimento da referida norma, apontando para a adoção de uma decisão inovadora.

Segundo o Ministro, a eficácia da referida norma constitucional pressupõe uma situação de normalidade nas finanças públicas do Estado, o que não se verificava na hipótese<sup>275</sup>. A medida de parcelamento adotada, diante de uma situação excepcional, foi considerada razoável para o Ministro, que não vislumbrou ofensa a garantias constitucionais<sup>276</sup>.

A decisão em comento talvez possa gerar alguma perplexidade, eis que à primeira vista, diferente dos demais julgados trazidos à colação, utiliza o raciocínio pragmático “do que pode ser feito” para fins outros, que não propriamente a salvaguarda de interesses sociais. Entretanto, pode a decisão ser analisada sob um outro prisma. O impacto na ordem e na economia pública do Estado, gerado pelo eventual indeferimento do pedido de suspensão, constitui uma consequência sistêmica de peso na análise pragmática do caso. Como diz Posner, o juiz deve levar em conta noções de política pública quando da decisão, o que parece ter ocorrido *in casu*.

### **3.4. RCL 4335 – A mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal**

---

<sup>273</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>274</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>275</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>276</sup> *Idem*, p. 10.

A Reclamação n. 4.335 nos parece ser um outro exemplo de perspectiva pragmatista do Supremo Tribunal Federal. Ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão do juiz da vara de execuções penais da comarca de Rio Branco, no Acre, que havia indeferido o pedido de progressão de regime formulado por dez réus condenados pela prática de crimes hediondos<sup>277</sup>. O fundamento da reclamação é a afronta à decisão proferida pela Corte no HC n. 82.959, ocasião em que o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, constante do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90<sup>278</sup>. O argumento principal da decisão de indeferimento era o de que a declaração de inconstitucionalidade havia se dado em sede de controle incidental, promovendo efeitos somente entre as partes<sup>279</sup>.

Assim, no julgamento da Reclamação n. 4.335, discutiu-se o alcance do instituto da reclamação e o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade frente ao entendimento de que as decisões proferidas pelo STF têm força normativa bastante para garantir sua eficácia geral<sup>280</sup>. Essa discussão está intimamente relacionada à atribuição de efeito vinculante imediato pelo próprio STF às decisões de inconstitucionalidade tanto no controle concentrado quanto no difuso.

Inicialmente, o Relator, Min. Gilmar Mendes, analisou a origem histórica da suspensão da execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo STF, prevista no art. 52, inc. X, da Constituição Federal<sup>281</sup>. Criada na Constituição de 1934, época em que vigia o controle difuso, era uma forma de conferir eficácia *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF<sup>282</sup>. Essa tese foi encampada pelo STF, que firmou orientação, sob a égide da Constituição de 1946, no sentido de que a atuação do Senado Federal emprestava alcance normativo aos julgados da Corte<sup>283</sup>. O entendimento prevalecente naquela constituinte era o de que “a suspensão da execução da lei importava na *extensão dos efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual”<sup>284</sup>.

---

<sup>277</sup> O referido julgado até a presente data não consta da jurisprudência disponível no sítio eletrônico do STF, tendo sido disponibilizados os votos do Min. Gilmar Mendes e do Min. Eros Grau através das notícias veiculadas diariamente pelo STF.

<sup>278</sup> Relatório elaborado pelo Min. Gilmar Mendes, na RCL n. 4.335-5, p. 1, 2.

<sup>279</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>280</sup> Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, na RCL n. 4.335-5, p. 55.

<sup>281</sup> *Idem*, p. 12-24.

<sup>282</sup> *Idem*, p. 12, 13, 14.

<sup>283</sup> *Idem*, p. 13, 14.

<sup>284</sup> *Idem*, p. 18.

Em 1977, o Tribunal firmou o entendimento quanto à dispensabilidade da atuação do Senado Federal, nos casos de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato, passando a atribuir eficácia geral a essas decisões<sup>285</sup>. Esse posicionamento resultou da redução teleológica do art. 42, inc. VII, da Constituição de 1967, com redação conferida pela EC n. 1/69<sup>286</sup>.

De acordo com o Ministro, sob a égide da Constituição de 1988, a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental também passa a dispensar a intervenção do Senado Federal, que passa a ter índole exclusivamente histórica<sup>287</sup>. O instituto da suspensão, assim, não mais se sustentaria num contexto em que o STF “pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional”<sup>288</sup>. Diante desse quadro, não há razão para que a declaração de inconstitucionalidade pela via incidental tenha tão-somente eficácia *inter partes*<sup>289</sup>. A prática recente do Tribunal aponta para o reconhecimento de eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle incidental, independentemente da atuação do Senado Federal<sup>290</sup>. No mesmo sentido, o efeito vinculante imediato passou a alcançar, na jurisprudência atual da Corte, até mesmo os fundamentos determinantes da decisão em sede de controle de constitucionalidade<sup>291</sup>.

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.<sup>292</sup>

Diante desse contexto impõe-se, segundo o Ministro, uma releitura da regra constante do art. 52, inc. X, da CF/88<sup>293</sup>. É o caso de uma *mutação constitucional*<sup>294</sup>. Trata-se da hipótese de uma completa reformulação no sistema jurídico, decorrente da generalização das decisões com eficácia *erga omnes*, com reflexos no direito positivo<sup>295</sup>. Por exemplo, o art. 481, parágrafo único, do CPC, que preceitua: “os órgãos fracionários

<sup>285</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>286</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>287</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>288</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>289</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>290</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>291</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>292</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>293</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>294</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>295</sup> *Idem*, p. 49, 50, 51, 52.

dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”, bem como o art. 557, §1º-A, que assim dispõe: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”<sup>296</sup>.

Também o instituto da súmula vinculante, introduzido pela EC n. 45/04 no art. 103-A, da CF/88, e regulado pela Lei 11.417/06, indica a superação do disposto no art. 52, inc. X, da CF/88, “na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal”<sup>297</sup>.

Para o Ministro, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, mediante a aplicação do art. 27, da Lei 9.868/99, demonstra que a Corte não está sujeita ao Senado Federal, estando livre para delinear os efeitos de suas decisões<sup>298</sup>. Desse modo, as práticas judicial e legislativa informam o quadro de mutação constitucional, apontando para a limitação do papel do Senado Federal à tarefa de conferir publicidade às decisões da Corte, eis que eficácia geral ao julgamento do Supremo revela-se inerente à própria força normativa de suas decisões<sup>299</sup>. Adotando esse entendimento, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que haviam indeferido o pedido de progressão de regime aos interessados<sup>300</sup>.

Da mesma forma o Min. Eros Grau, em seu voto, explicou que “a mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material”<sup>301</sup>. Diante desse quadro, o intérprete extrapola sua tarefa cotidiana de extrair uma norma ao

---

<sup>296</sup> *Idem*, p. 50.

<sup>297</sup> *Idem*, p. 56. Nesse sentido, no seu *Curso de Direito Constitucional*, Gilmar Mendes afirma que “não resta dúvida de que a adoção da súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado. É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada do ordenamento jurídico”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 968, 969)

<sup>298</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>299</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>300</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>301</sup> Voto proferido pelo Min. Eros Grau na RCL n. 4.335-5 - Acre, p. 11.

interpretar o texto, passando à propositura de substituição de um texto normativo por outro<sup>302</sup>.

No caso em análise, diz o Min. Eros Grau, passamos do texto “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” ao texto “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”<sup>303</sup>.

É interessante registrar a crítica esboçada pelo Ministro quanto ao descompasso entre a necessidade de suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo em sede de recurso extraordinário, cujos efeitos são concebidos tradicionalmente como *inter partes* e o efeito *erga omnes* das decisões em sede de ADI. Vejamos:

Breve relato da nossa sessão plenária do dia 28 de março passado: julgamos algumas ADI's e alguns RE's; debatia-se depósito em dinheiro como requisito necessário ao exercício, pelo administrado, do direito ao recurso administrativo; julgamos inconstitucional a exigência, em mais de uma de suas manifestações; consta que no mesmo dia do julgamento, ao final da tarde, algum ou alguns contribuintes obtiveram o levantamento de depósitos que teriam anteriormente efetuado; se isso não for veraz, passa por ser na minha versão dos fatos; mas isso apenas se tornara possível, na realidade ou no conto que eu conto, porque a matéria à qual corresponderam os depósitos de que se tratava foi decidida em uma das ADI's; as decisões tomadas em RE's, atinentes a outra matéria, não aproveitarão os particulares senão quando, um dia, o Senado Federal vier a suspender a execução, no todo ou em parte, da lei que veicula a exigência de depósito... Um dia, no futuro... Esse relato diz tudo. Quem não se recusar a compreender perceberá que o texto do inciso X do artigo 52 da Constituição é --- valho-me da dicção de HSÜ DAU-LIN --- obsoleto.<sup>304</sup>

No mesmo sentido do Min. Relator, o Min. Eros Grau julgou procedente a reclamação, ao argumento de que, no quadro de mutação constitucional em análise, a decisão emanada da Corte dispõe de força normativa suficiente para suspender a execução da lei declarada inconstitucional<sup>305</sup>. Nesse momento final de seu voto, registrou que, em se tratando da liberdade de pessoas, “a não atribuição, à decisão do STF no HC n. 82.959, de força normativa bastante para suspender a execução da lei

---

<sup>302</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>303</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>304</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>305</sup> *Idem*, p. 19.

declarada inconstitucional compromete o regime de cumprimento de pena, o que não se justifica a pretexto nenhum”<sup>306</sup>.

No caso em análise, a prática jurisdicional encampada pela Corte no sentido de uma “auto-suficiência” de sua atuação em sede de controle de constitucionalidade foi decisiva para que fosse declarada a mutação constitucional, que recaiu sobre o art. 52, inc. X, da CF/88. Diante de um contexto em que se amplia cada vez mais a eficácia das decisões do STF, por meio de construções jurisprudenciais ou por meio de dispositivos legais, tais como aqueles explorados pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto, o Tribunal decidiu afastar a regra da suspensão pelo Senado, que tratou como obsoleta, como incongruente com a realidade constitucional atual.

Notamos, através da análise das decisões paradigmáticas acima registradas, que a Corte se mostra atenta aos efeitos práticos de suas decisões. No caso dos municípios bem como naquele da greve no serviço público, a Corte se viu diante da necessidade de oferecer uma resposta social face à omissão do poder legislativo. A busca por uma decisão que surta efeitos (*criterion of what works*), por meio da chamada sentença de perfil aditivo, encontra guarida nas lições de Posner, em que a atividade normativa figura como parte do próprio cotidiano do juiz.

Uma visão mais global do problema apresentado, tomando por base as conseqüências sistêmicas da decisão – assim consideradas aquelas que extrapolam o plano das partes – também denota uma linha de argumentação pragmatista. Principalmente quando marcada pela amplitude de fontes, em detrimento dos estritos limites legais, conforme as decisões comentadas nesse capítulo.

Todavia, alguém poderia indagar qual seria o custo, em nossa realidade constitucional, sob os fundamentos do Estado democrático de Direito, de se adotar um modo pragmático de decisão como aquele proposto por Posner. O pensamento do possível, invocado pelo Min. Gilmar Mendes na SS n. 3.154-6 para afastar a regra segundo a qual os trabalhadores devem receber sua remuneração até o último dia do mês, em razão da crise econômico-financeira do estado, pode resultar de uma equação custo-benefício pragmaticamente justificada, mas e a segurança jurídica daqueles trabalhadores?

---

<sup>306</sup> *Idem*, p. 19.

Da mesma forma, a sentença de perfil aditivo bem como a substituição de um texto normativo por outro, no caso da RCL 4.335, deve ser analisada com cautela. A primeira, por fazer cair por terra a noção de legislador negativo, tão cara ao direito constitucional tradicional. Caberia questionar se e em que medida a inação do poder legislativo legitima o STF a assumir a sua posição. A segunda, por denotar um fortalecimento institucional da Corte no sentido da “auto-suficiência” de suas decisões, ainda que essas alterem a competência atribuída a outro poder pela Constituição.

## CAPÍTULO 4 - CONCLUSÃO

O estudo realizado sobre as bases teóricas do pragmatismo nos permitiu identificar os principais aspectos dessa orientação de pensamento, desde sua matriz filosófica até o seu atual desdobramento no campo do Direito, notadamente, no âmbito do processo de tomada de decisão.

Da vertente originária do pragmatismo, com ênfase na obra de William James e de John Dewey, extraímos importantes conclusões que proporcionaram uma melhor compreensão do pragmatismo jurídico. Das lições de William James, depreendemos que grande parte dos problemas metafísicos cederia diante do simples teste de traçar as diferenças práticas de se adotar um ou outro curso de ação; o modo de pensamento *forward-looking* de que se vale o pragmatista faz com que o passado atue tão-somente como uma referência, uma verdade temporária cuja utilidade deve ser verificada diante de cada nova situação experimentada; o pragmatista confere caráter instrumental às teorias em geral, de modo que essas deixam de funcionar como respostas fechadas e passam a constituir possibilidades. Em síntese, nas palavras de James: “o método pragmático significa atitude de olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das categorias, das supostas necessidades; e de procurar pelas últimas coisas, frutos, conseqüências, fatos”<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> *Pragmatismo e outros ensaios... op. cit.*, p. 48.

John Dewey critica a separação tradicionalmente feita entre teoria e prática, explicando que a dúvida pode, em lugar de afligir o homem, dar início a um processo de investigação experimental cujos critérios e provas de validade devem ser buscados nas conseqüências da atividade prática e não em verdades fixadas *a priori*. Nesse processo, as idéias atuam como hipóteses, como conseqüências antecipadas de determinada operação prática. E os instrumentos viabilizados pelas experiências passadas são postos à prova e são modificados de acordo com os efeitos de sua colocação em prática, criticando-se assim a mera submissão do presente ao que foi experimentado no passado.

No mundo jurídico, mais especificamente, na versão apresentada por Richard Posner, os aspectos do pragmatismo filosófico acima elencados correspondem a um uso mais livre do precedente judicial - que passa a figurar como um repositório de conhecimento, e não como a fonte de legitimidade das decisões - e a uma maior amplitude das fontes para a tomada de decisão. O recurso a outras áreas do conhecimento como, por exemplo, a Economia, desempenha importante papel na adjudicação pragmática, na medida em que auxilia na antevisão dos efeitos da decisão. Do mesmo modo, a experiência do direito alienígena constitui importante ferramenta para o juiz pragmatista que poderá, analisando os efeitos de determinada prática no direito comparado, decidir adotá-la ou não.

O pensamento *forward-looking* norteia o processo pragmatista de tomada de decisão, pelo que esta não se confunde com a adjudicação *ad hoc*, pautada no imediatismo. O juiz pragmatista se pauta nos efeitos sistêmicos de sua decisão, ou seja, no impacto futuro de determinado julgado nos diversos setores da sociedade. Uma visão estreita, baseada em uma mera conjectura, não se coaduna com o modo de ver as coisas do juiz pragmatista.

Segundo Posner, os casos cujos contornos socialmente relevantes não tenham sido contemplados pelos juízes que atuaram nos precedentes ou pelo legislador que tenha elaborado o texto objeto de interpretação não podem ser resolvidos pela mera referência ao precedente e à lei, tal como pretende o juiz formalista. Faz-se necessário um julgamento pautado na razoabilidade, na conciliação entre conseqüências sistêmicas e conseqüências particulares. Numa concepção pragmatista, portanto, diante de um caso que não se amolde perfeitamente às fontes tradicionais de autoridade, a atividade judicial passa a abarcar o desempenho de uma função normativa.

As principais diretrizes do pragmatismo jurídico vêm sendo encampadas na atual jurisprudência do STF, a qual por sua vez está inserida num contexto de falência do positivismo jurídico tradicional e de fortalecimento institucional da Corte Suprema. Através da análise de algumas decisões paradigmáticas, verificamos a existência de uma forte preocupação com os efeitos práticos da imediata declaração de inconstitucionalidade; com o impacto sócio-econômico decorrente da não-suspensão de determinada decisão liminar; com aquilo que se mostra possível no caso concreto (“pensamento do possível”) em detrimento do estritamente previsto em lei.

O STF se abre para novas perspectivas, lançando mão das audiências públicas e dos *amici curiae*, previstos na Lei 9.869/99, tal como na recente discussão acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510). A experiência do direito comparado também ampara os julgados da Corte, principalmente em sede de controle de constitucionalidade, apontando para inovações no tocante às técnicas de modulação dos efeitos da decisão e ao tratamento da omissão legislativa inconstitucional.

No recente julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, concluído em 29 de maio do corrente ano, o presidente da Corte, Min. Gilmar Mendes, declarou que “importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais”<sup>308</sup>. O Ministro ressaltou a importância das audiências públicas e da contribuição dos *amici curiae*, que transformam a Corte em um *espaço democrático*<sup>309</sup>. Com toda essa estrutura, para o Ministro, o STF se consagra como uma casa do povo, tal qual o parlamento<sup>310</sup>.

Ainda no mesmo voto, o presidente da Corte salientou que “a história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico”<sup>311</sup>, tipo de argumento explorado por Posner, para quem as sociedades que fecharam as portas para a ciência sofreram um impacto negativo. Segundo o ministro presidente, vislumbra-se um futuro promissor no tocante às pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na ADI n. 3.510, extraído das notícias publicadas no sítio do STF na data de 02/06/2008, p. 2.

<sup>309</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>310</sup> *Idem*, p. 3.

<sup>311</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>312</sup> *Idem*, p. 8.

Visando a sanar a insuficiência do art. 5º da referida lei, que regula a utilização, para fins de pesquisa, das células-tronco embrionárias obtidas a partir de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, o Ministro lançou mão, em mais uma oportunidade, das chamadas sentenças manipulativas de efeitos aditivos. Assim, concluiu ser possível “antever que o STF acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias”<sup>313</sup>.

O voto proferido pelo Presidente da Corte no julgamento da ADI n. 3.510 dá o tom de como o STF vem procurando se afirmar no atual contexto: como espaço político, em que se ouve a sociedade e em que se decide em função do que a sociedade quer. A demonstração de que hoje a Corte conta com mecanismos de diálogo com a sociedade civil, como, por exemplo, a realização de audiências públicas, as intervenções dos *amici curiae* e do próprio Ministério Público na qualidade de representante da sociedade, parece esboçar uma resposta àqueles que criticam uma atuação mais ativista da Corte, em razão de sua ilegitimidade popular.

O ativismo que marca a jurisprudência mais recente do STF aponta para uma atuação pragmática da Corte, que passa a decidir instrumentalmente, ou seja, orientada pelo impacto de suas decisões no futuro, preocupando-se com o resultado prático de suas ações. Suas decisões transcendem a esfera jurídica das partes – ou daqueles diretamente atingidos no caso do processo objetivo – e se voltam para a comunidade. A dimensão é, portanto, social. Essa orientação pode ser compreendida sob o prisma do pragmatismo que, nas palavras de Richard Posner, concebe o Direito como uma ferramenta social orientada para fins sociais<sup>314</sup>. Daí a importância da análise contextual, da interdisciplinariedade e da adoção de critérios instrumentais e de diferentes perspectivas no processo de tomada de decisão.

O recurso às sentenças aditivas, tal como no mandado de injunção sobre a greve dos servidores públicos civis, e à modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade, pode ser compreendido sob a perspectiva do pragmatismo jurídico. As sentenças de perfil aditivo demonstram o novo protagonismo assumido pela Corte, que passa a atuar positivamente no caso de omissão legislativa.

---

<sup>313</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>314</sup> POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy...*, *op. cit.*, p. 151.

Essa orientação encontra guarida na adjudicação pragmática proposta por Richard Posner, na qual a atividade normativa passa a figurar como parte do próprio cotidiano do juiz. Já a modulação da eficácia temporal da decisão, ao traduzir a preocupação com o *caos jurídico* oriundo de uma imediata declaração de nulidade da lei declarada inconstitucional, remete à análise das conseqüências sistêmicas que devem ser consideradas pelo juiz pragmatista.

A substituição de um texto constitucional por outro, tal como ocorreu no quadro de mutação verificado no julgamento da RCL n. 4.335, exprime o fortalecimento institucional da Corte que, em mais uma oportunidade, tal como no caso dos MI 670, MI 708 e MI 712, alarga os seus próprios poderes, delineando o seu papel em termos de competência. A mutação constitucional foi informada por argumentos de natureza pragmática, relacionados com a evolução da própria prática do Tribunal, que passou, por exemplo, a conferir eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle incidental, sem qualquer interferência do Senado Federal.

Concluimos, pois, pela existência no âmbito do Supremo Tribunal Federal de uma linha de argumentação que pode ser amparada pelas bases teóricas do pragmatismo jurídico. Todavia, conforme salientado pelo próprio Richard Posner, as diretrizes da adjudicação pragmática servem ao direito norte-americano, eis que traçadas de acordo com as características e necessidades daquela sociedade. O modo de decidir proposto pelo jurista norte-americano parece ampliar sobremaneira a margem de discricionariedade do juiz, o que certamente enseja críticas. Além disso, a atribuição de função normativa aos membros do Judiciário, ainda que diante da omissão do poder legislativo, é tradicionalmente questionada, sob o argumento da ausência de legitimidade popular. Caberia questionar se e em que medida a inação do poder legislativo legitima o STF a assumir a sua posição.

A despeito das dificuldades acima esboçadas, fato é que o STF vem decidindo pragmaticamente. No julgamento de importantes questões que chegam à Corte, em vez de se socorrer de raciocínios silogísticos, partindo de uma premissa geral (lei), para dela retirar a solução prevista pelo legislador ao caso particular, o STF leva em conta o caso concreto em análise, norteando sua decisão de acordo com os efeitos sistêmicos dela decorrentes, por meio do recurso a fontes outras que não as tradicionalmente estabelecidas. Assim, o atual cenário, cujas bases ainda estão sendo delineadas institucionalmente pelo próprio STF, se mostra favorável a decisões pragmáticas,

caracterizadas, nas palavras de Posner, como expressão de uma atividade basicamente política de formular e aplicar o Direito.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, GUSTAVO. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUTLER, BRIAN EDGAR. *Legal Pragmatism*. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/l/leglprag.htm>. Acesso em: 07.03.2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. *O STF e a interpretação da Constituição de 1988, 20 anos depois de promulgada*. (no prelo)

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 885.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. Disponível em: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf) Acesso em: 07.03.2008.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DEWEY, John. Logical, Method and Law. *The Philosophical Review*, vol. 33, n. 6, November 1924.

\_\_\_\_\_. *La busca de la certeza*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 1952.

\_\_\_\_\_. *O padrão de investigação. Lógica – A teoria da Investigação*. Coleção Os pensadores. Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme [trad.]. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

GREY, Thomas. Freestanding Legal Pragmatism. *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, p. 254-274, 1998.

JAMES, William. *Pragmatismo e outros ensaios*. Jorge Caetano da Silva [trad.]. Rio de Janeiro: Ed. Lidor, 1967.

\_\_\_\_\_. *O que significa pragmatismo. O Pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de pensar*. Fernando Silva Martinho [trad.]. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Revista de Direito Público, 2007. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br), acesso em 07.03.2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MURPHY, John. *O Pragmatismo – De Peirce a Davidson*. Porto: Edições Asa, 1990.

PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *Pragmatism: The classic writing*, ed. By H. S. Thayer, Hackett, 1982.

POSNER, Richard A. Pragmatic Adjudication. *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, p. 235-253, 1998.

\_\_\_\_\_. Introduction: Pragmatism, Economics and Liberalism. *Overcoming Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. Pragmatism: Philosophical versus Everyday. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 2003.

\_\_\_\_\_. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, vol. 35, n.1/2, p. 147-159, jan. 2004.

\_\_\_\_\_. Legal Pragmatism. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

PRESTES, Cristine. Uma revolução silenciosa no Supremo: *Valor Econômico*, São Paulo, 18 de outubro de 2007. Especial.