VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

PATRÍCIA JERÓNIMO

ALEXANDRA MARIA RODRIGUES ARAUJO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alexandra Maria Rodrigues Araujo; Enoque Feitosa Sobreira Filho; Patrícia Jerónimo – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Inspiração realista. 3. Processo Judicial. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho subordinado ao tema "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico", inserido no VII Encontro Internacional do CONPEDI, que teve lugar nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, em Braga (Portugal), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Enoque Feitosa analisa criticamente o modo como a matriz liberal individualista dos direitos humanos – que marca, desde a formação inicial, os operadores do Direito – condiciona a interpretação e a aplicação que os juízes fazem das normas constitucionais em vigor, não raro com prejuízo para a plena realização daqueles direitos. É assim – observa – com a interpretação do direito de propriedade, que é feita pelos juízes brasileiros com completa desconsideração pela função social da propriedade, o que, no entender do autor, muito contribui para que a questão do acesso à terra seja um problema secular no Brasil. Da análise da prática judicial brasileira, o autor conclui que prevalece um entendimento eminentemente privatista do direito de propriedade, "que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição" e que deve ser ultrapassado para que se possa finalmente resolver a questão agrária, indispensável a uma democracia plena no Brasil.

Germano Henrique Roewer analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem vindo a transmutar-se no seu papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, perante a frequente (e, não raro, deliberada) inércia do legislador. Convocando os argumentos esgrimidos pela doutrina brasileira e estrangeira sobre a tensão entre separação de poderes e ativismo judicial, o autor observa que a Constituição brasileira de 1988 dotou o poder judiciário de uma série de mecanismos processuais de controlo sobre as políticas públicas e que foi essa assunção de responsabilidade pela resposta aos anseios sociais que fez com que o poder judiciário assumisse um protagonismo mais político do que jurídico na construção das suas decisões, sem estar para isso habilitado. O autor procura encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo a que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo Estado Social, uma preocupação motivada pela recente jurisprudência do Supremo em matéria de acesso a medicamentos.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes discute a importância da "consideração do contexto" na interpretação da lei a partir da análise de alguns tipos penais castrenses fixados pelo Código Penal Militar brasileiro, de 1970. Ao autor interessam particularmente as "ambiguidades" decorrentes, para a aplicação do Código nos dias de hoje, do decurso de 47 anos desde a sua entrada em vigor; ambiguidades que, segundo o autor, são potenciadas pelo facto de o Direito fazer uso de uma linguagem natural, comum a todos os membros da sociedade. Alertando para os riscos associados a um literalismo positivista por parte dos juízes, o autor defende uma "interpretação extensiva" – também dita atualista – do Código Penal Militar, em que o intérprete atente nos princípios vigentes e na realidade social existente ao tempo da aplicação das normas. Partindo da obra de Ronald Dworkin e de José Juan Moreso, o autor analisa alguns casos que podem gerar ambiguidades na aplicação do Código Penal Militar nos dias de hoje, como o ingresso clandestino, o ato libidinoso e o fruto praticado durante a noite.

Carla Maria Peixoto Pereira e Jean Carlos Dias discutem os entendimentos distintos de Herbert Hart e Joseph Raz sobre a "regra de reconhecimento" – fundamento da autoridade do sistema jurídico, para o primeiro, e critério de pertinência de identidade do sistema jurídico, para o segundo. Partindo do conceito de sistema jurídico, os autores apresentam o pensamento de Hart e de Raz na sua evolução ao longo do tempo. Apesar de sublinharem o inestimável contributo teórico de Hart para a Teoria do Direito, os autores reconhecem que a teoria hartiana é inaplicável aos Estados de Direito do século XXI, questão esta que - o enriquecedor debate propiciado no Grupo de Trabalho – pode (e deve) implicar em aprofundamentos futuros por parte dos autores do artigo em tela.

Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino partem da constatação de que todos os direitos fundamentais têm custos para os cofres públicos para discutirem as implicações práticas da evolução verificada no Direito Constitucional brasileiro no sentido de alargar o rol de direitos consagrados na Constituição através da defesa da normatividade dos princípios e do papel do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Segundo os autores, estes desenvolvimentos – especialmente notórios no que vem a designar-se por "judicialização da saúde" – têm constrangido o Estado a arcar com custos elevados e obrigações "desarrazoadas". Entre as metateorias da decisão judicial, os autores preferem o pragmatismo jurídico (com as suas dimensões do consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo), por oposição à visão principiológica e garantista da decisão, já que aquele é uma "visão mais atenta às consequências das decisões judiciais" e, por isso, mais adequada ao exercício da função judicial em tempos de crise económica.

Já Celso Luiz Braga de Castro e Flora Augusta Varela Aranha partem da observação de que o conceito de sanção continua a ser prevalecente na teoria da norma, mau grado todos esforços no sentido de repensar o positivismo jurídico, para discutirem qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica na atualidade, em vista do reconhecido papel das sanções premiais, e qual a influência que a teoria dos sistemas poderá ter sobre a releitura da sanção no estudo do Direito, o que – como evidenciaram – implicou e implica em uma nova e diferenciada abordagem do problema.

Matheus Pelegrino da Silva discute as críticas feitas por Luhmann à teoria do Direito de Kelsen, concluindo que estas críticas não são válidas, já que têm subjacente a rejeição da natureza normativa do Direito e – segundo o autor – não é possível elaborar uma apresentação teórica do Direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do Direito, ainda mais como instrumento garantidor de uma sociabilidade jurídica de carater democrático, o que se evidenciaria de per si no Direito moderno, dogmaticamente organizado.

Rafael Lazzarotto Simioni e João Paulo Salles Pinto analisam as propostas decisionistas da obra de Carl Schmitt à luz do seu contexto histórico-político, chamando a atenção para o facto de estas terem representado, ao tempo, uma das críticas mais contundentes ao positivismo jurídico então ascendente. Ao criticar a redução do Direito à lei, Schmitt havia chamado a atenção para a contingência da realidade empírica, o que, juntamente com o seu conceito de soberano como aquele que decide em situação de exceção, passou a estribar a sua construção teórica. Segundo os autores, apesar de terem sido para o contexto específico da crítica contra o positivismo na Alemanha de Weimar, as visões schmittianas de soberano e contingência podem servir de referencial teórico para explicitar ecos de decisionismo (baseados, sobretudo, na ideia de exceção) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que ilustram através da análise de várias decisões recentes.

Diego de Paiva Vasconcelos discute a construção concetual apresentada como nova modalidade de tutela dos direitos fundamentais e de controlo da constitucionalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) –, analisando a sua evolução, os termos em tem vindo a ser apresentada e o modo como encaminha o Direito em direção a outros sistemas e abordagens no que concerne ao trato dessa problemática central que é aquela que se refere a uma das questões mais relevantes de uma sociedade democrática, qual seja o controle democrático e popular da vivência social sob a égide do Estado de Direito.

A fase conclusiva das apresentações do Grupo de Trabalho foi deixada aberta à avaliação dos participantes, os quais destacaram a relevância científica das produções apresentadas ao

Encontro e o enriquecedor debate e contribuições acadêmicas havidas no âmbito da relevante atividade intelectual desenvolvida no Grupo de Trabalho por professores, estudantes e pesquisadores presentes, oriundos de instituições brasileiras e estrangeiras da maior relevância, no centro sediado na Universidade do Minho.

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo – UMinho

Prof. Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB

Doutora Alexandra Rodrigues Araújo – UMinho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A JURISDIÇÃO EM TEMPOS DE CRISE: O PRAGMATISMO COMO METATEORIA PRUDENTE

JURISDICTION IN TIMES OF CRISIS: PRAGMATISM AS A PRUDENT METATHEORY

Matheus Meott Silvestre [1]
Carina de Castro Quirino [2]

Resumo

O trabalho percorre o estado atual da jurisdição no Brasil, a partir da redemocratização e do novo paradigma constitucional desenvolvido com a Constituição de 1988, abordando a crescente defesa da proteção a direitos individuais e coletivos pela teoria da decisão dominante, o neoconstitucionalismo. Como contraponto, aborda os custos arcados pelo Estado na proteção desses direitos e o delicado equilíbrio necessário em tempos de crise, trazendo o pragmatismo jurídico como solução, controvertida porém não inédita, para os tempos de crise econômica e financeira.

Palavras-chave: Teorias da decisão, Neoconstitucionalismo, Pragmatismo jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

The paper covers the current status of the jurisdiction in Brazil, from the democratization and the new constitutional paradigm starting with the 1988 Constitution, addressing the growing defense in protecting the individual and collective rights by the dominant theory of decision, the neoconstitutionalism. As a counterpoint , it covers the costs borne by the State in protecting these rights and the delicate balance needed in times of crisis , bringing legal pragmatism as a solution , controversial but not unprecedented, for the economic and financial crisis times.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decision theories, Neoconstitutionalism, Legal pragmatism

[1] Doutorando em Direito Público da UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF.

[2] Professora substituta de Direito Constitucional/Administrativo da UFRJ. Doutoranda em Direito Público da UERJ. Mestre em Direito pela UFRJ

Introdução

Todo direito tem um custo. Por mais 'negativo' que seja, por mais que seja apenas um mandamento de abstenção do Estado em relação a um indivíduo, esse direito terá um custo para os cofres públicos. A afirmação dessa conclusão pode parecer uma banalidade, mas é incomum para o meio jurídico, soando até mesmo como uma ameaça a preservação desses direitos. Assumir que um direito tem custos é admitir que se tem que abrir mão de algo para tê-lo. Ignorar essa faceta é esconder *trade offs*, deixá-los convenientemente de fora da discussão. (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 17)[1]

A redemocratização refundou as bases do sistema constitucional brasileiro, a Constituição de 1988 estabeleceu um rol de direitos fundamentais, individuais e coletivos, sem precedentes na história brasileira. Não bastasse somente as opções feitas durante o processo constituinte e os compromissos assumidos pelo Estado, a doutrina constitucional brasileira alargou esse entendimento, defendendo a normatividade de princípios[2] e o papel do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Ademais, o constituinte reformador tem alargado ainda mais aquele rol de direitos.

Esse panorama tem constrangido o Estado a arcar com custos elevados para a manutenção de direitos fundamentais e, quando falha, tutelas individuais têm forçado o cumprimento de obrigações muitas vezes desarrazoadas. Essa discussão tem ganhado notoriedade no campo da judicialização da saúde, em casos em que o Estado nega tratamento de doenças raras ou provimento de medicamentos fora da tabela do Sistema Único e o Judiciário muitas vezes concede a tutela individual, inclusive liminarmente *inaudita altera pars*.

O presente trabalho pretende explorar as metateorias das decisões judiciais, ou seja, as teorias que são o fundamento de escolha das próprias teorias de decisão, contrapondo uma visão principiológica e garantista da jurisdição com uma visão mais atenta às consequências das decisões judiciais e, portanto, mais coerente com momentos de crises econômicas.

O pragmatismo jurídico é a metateoria proposta. Suas facetas do consequencialismo, do contextualismo e do antifundacionalismo, bem como a valorização de conceitos de utilidade prática, a reavaliação do formalismo e dos precedentes são fundamentais para a adjudicação em

---

[1] Os autores afirmam categoricamente que todos os direitos são positivos em alguma medida. Qualquer direito envolve, no mínimo, a sua proteção por meio da jurisdição e isso implica em um custo. Para melhor compreender essa discussão, cf. a parte 1 "Why a penniless State cannot protect rights" de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

[2] Cita-se como provocação o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º da Constituição Federal e que tem servido como argumento para as mais variadas decisões. Tem-se, portanto, um princípio de conceito vago com uma densidade normativa cada vez mais elevada.

tempos de crise. Será levada em consideração, por fim, a discussão das capacidades institucionais e como o pragmatismo pode se compatibilizar com tal argumento.

Para cumprir essa proposta o trabalho se divide da seguinte forma: aborda brevemente o neoconstitucionalismo, a doutrina dos princípios e o estado atual da jurisdição constitucional no Brasil; no segundo capítulo aborda as formas de pragmatismo, o filosófico e o jurídico, com vistas a embasar a metateoria da decisão para os momentos de crise; no terceiro capítulo desenvolve a metateoria propriamente dita; e por fim conclui.

1. Neoconstitucionalismo - *"o novo modelo"*

O novo direito constitucional brasileiro, segundo Luis Roberto Barroso[3], se sustenta em três marcos: um marco histórico, um marco filosófico e um marco teórico. O presente trabalho abordará resumidamente esse novo modelo sem a pretensão de esgotá-lo, apontando as razões pelas quais essa nova cosmovisão constrange o orçamento público e não serve como metateoria adequada para os momentos de crise do sistemas jurisdicional.

O marco histórico do novo constitucionalismo é o pós-guerra, sobretudo na Alemanha e na Itália, devastadas pela guerra. É nesse momento da história ocidental que se redefine a influência do direito constitucional sobre as instituições, que se convencionou chamar, grosseiramente, de Estado democrático de direito[4]. A Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e instalação do Tribunal Constitucional Federal, em 1949 e 1951, respectivamente, levaram a uma ascenção científica do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Outras experiências também são destacadas por Barroso, como a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal e da Espanha, em 1976 e 1978, respectivamente. É característica desse novo constitucionalismo a força normativa das normas constitucionais, trazendo as Constituições mais para o universo jurídico do que político. (BARROSO, 2010, pp, 245-246)

No Brasil, o marco histórico desse novo constitucionalismo é a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização, possibilitando a transição de um regime autoritário e violento para um Estado democrático de direito. Vive-se sob a égide da Constituição de 1988 o maior

---

[3] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

[4] A construção do Estado democrático de direito se coaduna com a necessidade histórica de se prestar tutela aos direitos fundamentais. Ao conceituar direitos fundamentais, Perez-Luño ressalta a dimensão positiva, o que exige um Estado forte e robusto para proteger e proporcionar seu exercício: "(...)un conjunto de facultades e instituciones que, a cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, lãs cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional". LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**, Madrid: Tecnos, 1995, p. 48.

período de estabilidade institucional da história republicana brasileira, mesmo com o episódio de impedimento do primeiro presidente da República eleito pelo voto direto após o fim da ditadura, diversos escândalos de corrupção e mais um processo de impedimento de uma presidente após quase três décadas do novo regime constitucional[5].

O direito constitucional brasileiro, com a Constituição de 1988, ganha importância fundamental no discurso jurídico e até mesmo social do país. Supera-se, juridicamente, a Constituição de 1967 que, não bastasse seu caráter antidemocrático, foi substituída por uma simples emenda constitucional em 1969. A nova constituição, adequada ao novo momento democrático deve - e ao longo do tempo se mostrou - ser capaz de simbolizar conquistas e mobilizar o imaginário da sociedade, deve surgir um sentimento constitucional (BARROSO, 2010, pp. 247)

O marco filosófico é a construção de um pós-positivismo e a confluência entre jusnaturalismo e positivismo. É a criação de um modelo difuso, abrangente, uma verdadeira terceira via que se caracteriza sob esse rótulo genérico de pós-positivismo. O neoconstitucionalismo - o novo modelo - é produto desse reencontro entre doutrinas opostas, mas muitas vezes complementares. É o respeito às normas positividas através de novos marcos interpretativos, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade.(BARROSO, 2010, pp. 250)

O terceiro e último marco, o teórico, caracteriza-se por três mudanças de paradigma: a força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional. A primeira mudança de paradigma diz respeito à já citada transição da Constituição do mundo político para o mundo jurídico, baseada na discussão de autores como Ferdinand Lassale[6] e Konrad Hesse[7].

---

[5] Apesar da elasticidade interpretativa aplicada às normas constitucionais e a atuação nem sempre tão clara dos órgãos de controle, não é absurdo afirmar que o Brasil ainda vive um período de maior estabilidade republicana de sua história. Sobre o ponto, é pertinente e interessante o estudo feito por BAQUERO, Marcello; GONZALEZ, Rodrigo Stumpf. Eleições, estabilidade democrática e socialização política no Brasil: análise longitudinal da persistência de valores nas eleições presidenciais de 2002 a 2010. Revista **Opinião Publica**, vol.17 no.2. Campinas, 2011, em que se examina os debates recentes sobre os fatores que explicam a estabilidade democrática no Brasil.

[6] LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

[7] "(...) 'Constituição real' e 'Constituição jurídica' estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não e forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida." HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-146

A expansão da jurisdição constitucional diz respeito ao aumento gradual de instrumentos que permitem a contestação de fatos e normas tendo como parâmetro o texto constitucional. No Brasil, o controle incidental existe desde a primeira Constituição republicana em 1891, em 1965 cria-se o controle abstrato e concentrado com iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República e é com a Carta de 1988 que se expande ainda mais esssas possbilidades, com a possibilidade de diversos legitimados, incluindo minorias políticas e segmentos sociais.

A última mudança de paradigma, a reelaboração da interpretação constitucional, diz respeito a um novo entendimento do papel da norma e ao papel do intérprete. Isso se dá com a normatividade atribuída a princípios[8], à percepção da colisão de normas constitucionais e direitos fundamentais e à necessidade de uso da ponderação como técnica de decisão[9].

Esse novo direito constitucional se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, de uma Constituição com força normativa. Trata-se, no campo da interpretação jurídica, de uma verdadeira metateoria da decisão: uma teoria sobre como decidir. Não estabelece uma única técnica de decisão a ser aplicada, mas sim uma nova visão do papel do juiz, como concretizador de direitos fundamentais, que escolhe dentre as possíveis interpretações alicerçadas principalmente na tutela máxima da dignidade da pessoa humana como princípio orientador.. Entretanto, esse entendimento do papel da Constituição e do juiz de concretizador de direitos, embora fundamental e desejável nos períodos passados, não se coadunam com momentos de turbulência econômica.

2. Os pragmatismos

2.1. O pragmatismo filosófico

Tratar genericamente o vocábulo pragmatismo como uma teoria uniforme é, certamente, reduzir a complexidade do tema. Entretanto, para fins didáticos, a literatura tem buscado concentrar esforços na demonstração de pontos em comum entre as teorias pragmatistas. Nesse sentido, o presente trabalho usará dois grandes conceitos "guarda-chuva", o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico, descrevendo consensos e pontuando divergências.

---

[8]Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: 2002.

[9] Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Surgido nos Estados Unidos nos anos setenta do século XIX, o pragmatismo pretendia criar não uma filosofia propriamente dita, mas uma forma de fazer filosofia, um método[10]. Reunidos no que chamaram de "O Clube Metafísico", Charles Peirce, William James e Oliver Wendell Holmes, dentre outros são tidos como o berço do pragmatismo filosófico e é nesse contexto que Peirce apresenta pela primeira vez ideias que designou como pragmatismo.[11]

Primeiro como teoria da significação e os conceitos linguísticos e uma reformulação da Filosofia da Ciência na obra de Peirce. Posteriormenteo pragmatismo foi expandido pelas ideias de James em uma teoria da verdade e, sobretudo, com Dewey e suas ideias sociais e políticas no campo da educação. Pode-se dizer, com as perdas que todo reducionismo proporciona, que o pragmatismo busca resgatar o valor da experiência, retirando conceitos abstratos e um apelo pela observância das consequências concretas da adoção de posicionamentos. (MENDONÇA, 2014, pp. 31-36)

A matriz do pragmatismo filosófico pode ser descrita em três conceitos, propostos por Thamy Progrebinschi e amplamente utilizados atualmente: antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo. Entenda-se que tais características não são, necessariamente, uniformes em todos os autores do pragmatismo, mas sim uma conceituação didática.

O antifundacionalismo é a constante rejeição de "entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento." É o rompimento com a possibilidade de uma fundação imutável, a recusa da certeza e de conceitos filosóficos de verdade e realidade. É "a crítica enquanto método de pensamento" (PROGREBINSCHI, 2005, p. 26)

O consequencialismo, também chamado de instrumentalismo, é a "insistência de olhar para o futuro, e não para o passado". Referir-se ao passado não é uma deferência, mas sim uma técnica metodológica a ser utilizada quando útil para o estabelecimento do futuro. Fala-se em 'teste' consequencialista para conhecer o significado de uma proposição e a verdade por meio

---

[10]Em uma série de conferências realizadas entre 1906 e 1907, William James assim definiu o método pragmatista: um método para resolver disputas metafísicas que, de outra maneira, seriam intermináveis. O método tenta rastrear as consequências práticas respectivas de cada noção e se nenhuma diferença prática for constatada, então as alternativas significam praticamente a mesma coisa e toda disputa é inútil. Sempre que uma disputa for significativa, devemos ser capazes de demontrar diferenças práticas advindas das noções em disputa. Cf. JAMES, William. **Pragmatism**: a new name for some old ways of thinking.1907. Disponível em: < http://www.gutenberg.org/ebooks/5116> Acesso em 05 de abril de 2016.

[11] Para um visão da relação entre os pensadores que compunham o *Metaphysical Club* e as ideias desenvolvidas no âmbito do grupo, Cf. MENAND, Louis. The Metaphysical Club: A story of ideas in America. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

de suas consequências[12]. "É, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo" (PROGREBINSCHI, 2005, pp. 38-39)

O contextualismo é valorizar o contexto do desenvolvimento das ideias, considerando as crenças políticas, religiosas, científicas e tantas outras da sociedade e suas relações com instituições e práticas - o que o pragmatismo chama de experiência.[13] Outro conceito fundamental do contextualismo é a prática, que se sobrepõe à teoria e remete a ação. E, por fim, a ideia de investigação que remete a elementos fundamentais do pragmatismo como a ênfase nos fatos, a relevância da concretude, a importância do social, o papel da comunidade, entre outros. (PROGREBINSCHI, 2005, pp. 49-51)

O papel do pragmatismo é, resumidamente, auxiliar na compreensão de ideias difíceis de serem apreendidas, fugindo de fundações, aferindo as consequências de cada proposição no contexto ao qual estão inseridas. Nesse sentido, o pragmatismo oferece uma alternativa ao ceticismo filosófico, permitindo o avanço mesmo sem uma verdade absoluta, uma passagem possível do estado de dúvida para o de crença.[14](WELLS, 2000, p. 350)

2.2. O pragmatismo jurídico

O pragmatismo jurídico, apesar da sugestão dada pelo nome, não é a subsunção das ideias do pragmatismo filosófico ao Direito. Tal como na filosofia, o pragmatismo jurídico também se trata de uma miríade de autores que publicam sob um termo "guarda-chuva". Igualmente, o objetivo do trabalho não é esgotar o tema com uma análise exaustiva do

---

[12]Segundo James, Peirce foi responsável apenas por expressar numa máxima explícita o que o sense de realidade levou todos a fazerem instintivamente - interpretar o significado das concepções se perguntando qual a diferença que fazem para a vida, ou seja, suas consequências. Cf. JAMES, William. Philosophical Conceptions and Practical Results. In: University Chronicle, vol. 1, n. 4, september, 1898.

[13] Oliver Wendell Holmes Jr., jurista do *Metaphysical Club*, e porteriormente juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos possui uma visão de experiência aplicada ao Direito: primeiro, a experiência não pode ser reduzida a proposições genéricas, o pensamento não é dedutivo, primeiro se decide, depois se deduz; segundo, a experiência não é individual e interna, mas social - essa afirmação foi apreendida pela *civil law*para melhor caracterizar o conceito de 'homem médio'. Essa conceituação, quando aplicada à jurisdição aproxima Holmes do realismo jurídico, pois para ele o juiz decide e depois procura as razões gerais e principiológicas da sua decisão. O resultado de um caso em particular não é determinado pelo Direito, mas sim pelo que o juiz diz que é o Direito. Cf. Holmes Jr., Oliver Wendell. The Path of the Law. In: **Harvard Law Review,** n. 457, 1897.

[14] Peirce caracteriza a dúvida como um estado insatisfatório em que lutamos para nos libertar e passar para a crença, um estado de calmaria do qual não desejamos sair. Os dois estados possuem seus benefícios. A dúvida nos estimula a questionar até sua destruição, enquanto a crença não nos motiva a agir, mas nos permite um determinado comportamento. A inquietude advinda dúvida causa uma luta para se alcançar o estado de crença, que o autor chama de investigação (*inquiry*) e o método de investigação mais satisfatório seria o científico. Cf. PEIRCE, Charles S. The Fixation of Belief. In: **Popular Science Monthly**, n. 12, pp. 1-15, Nov 1877.

pragmatismo jurídico. Aborda-se o pragmatismo na obra de Richard Posner - o que ganhou mais popularidade - cotejando diferenças presentes em outros autores sobre o tema.

Parafraseando "*The Common Law",* de Oliver Wendell Holmes Jr., Posner diz que o slogan do pragmatismo jurídico poderia ser "A vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência". A lógica sendo o formalismo e experiência sendo o empirismo, segundo o autor (POSNER, 2003, p. 57). O pragmatismo é mais uma tradição e uma atitude do que uma doutrina, o autor fala de um "ânimo pragmático"[15] que é ancestral e que das suas raízes se desmembrou em pragmatismo filosófico e pragmatismo cotidiano[16]. (2003, p. 26)

O pragmatismo cotidiano seria a mentalidade denotada pelo uso popular da palavra 'pragmático', significa prático, sem tolices, desdenhoso de teorias abstratas e pretensão intelectual. É a atitude que predispõe as pessoas a julgar propostas pelo critério do que funciona, de demandar, parafraseando James, o valor líquido de determinadas crenças. Esse pragmatismo cotidiano acaba por vezes tendo uma conotação negativa, de decisões sem princípios, orientadas pelo resultado sem uma "âncora moral" (POSNER, 2003, p. 50)

O pragmatismo jurídico de Posner se aproxima mais do que ele chama de cotidiano do que da tradição filosófica do "Clube Metafísico" e dos autores que o sucederam, embora com forte influência nas ideias de Holmes Jr.[17]Não que o pragmatismo jurídico e o filosófico estejam de todo desconectados, a filosofia, e em especial a filosofia pragmatista, incita a dúvida, que por sua vez incita o questionamento, fazendo com que o jurista seja menos dogmático e mais pragmático. (1999, p. 228)

E é a Holmes que ele atribui o núcleo central da adjudicação pragmática: uma elevada preocupação com as consequências. A predisposição de basear julgamentos em fatos e consequências ao invés de conceitualismos e generalidades. Posner dedica parte de sua obra para demonstrar que o pragmatismo não é nenhuma novidade nos Estados Unidos, seja no

---

[15] Nas palavras do autor: " we may do better by recognizing that (...) there is a pragmatic mood, that it is ancient" POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 26.

[16] O autor remonta as origens do pragmatismo a Ulisses e a Odisséia e afirma que o pragmatismo começa a ganhar contornos filosóficos com os pré-socráticos, passando a discussão por Platão, Kant, Wittgenstein e Rorty, para citar alguns. Para não fugir do foco do capítulo - o pragmatismo jurídico - recomendamos a leitura do capítulo 1 "Pragmatism: Philosophical versus Everyday" de POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

[17] Segundo Posner, os autores pragmatistas e seus oponentes discutem calorosamente sobre questões como se a linguagem reflete a realidade, se a vontade própria é compatível com o olhar científico e se essas questões são sequer significativas. Ele não está preocupado com nada disso, seu pragmatismo se preocupa com basear julgamentos em fatos e consequências. Cf. POSNER, Richard. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Cambridge: The Belknap Press, 1999, 227.

âmbito da produção legislativa[18] quanto da prestação jurisdicional[19]-[20]. Foca-se, entretanto, nas características do pragmatismo jurídico, que ele chamou de princípios. Aborda-se a seguir alguns referidos princípios.

O primeiro deles é que o pragmatismo jurídico considera os efeitos sistêmicos da decisão e não só os do caso específico, não sendo uma decisão *ad hoc*.Existem, segundo o autor, duas falácias nas críticas a esse ponto: de que o pragmatismo exige demais dos juízes (por terem que considerar todas as consequências) e de que é muito fácil (porque não exige a disciplina do formalismo)[21]. Na verdade, não se exige a consideração de todas as consequências, porque isso seria antipragmático e engessaria o processo decisório - no próximo capítulo se abordará com mais detalhes esse aspecto. Por outro lado, é fundamental que o juiz considere os precedentes e sopese as consequências de se afastar do formalismo, isso porque os precedentes são a concepção que a socidade tem do direito e de qual será o resultado de um conflito judicial. É necessário haver um fino ajuste entre a segurança jurídica e a necessidade de inovar em casos complexos.

O segundo princípio é a relação entre a decisão pragmática e o formalismo. Em situações excepcionais, a abordagem formalista será a pragmaticamente mais adequada. Também em situações excepcionais as consequências do caso específico dominarão o processo de decisão.Tais casos excepcionais, segundo o autor, acontecem na interpretação da Constituição e, portanto, na Suprema Corte. A Constituição oferece poucas direções para a tomada de decisão (ou muitas possíveis direções, no caso brasileiro) e os juizes da Suprema Corte não são constrangidos pela possibilidade de reversão de suas decisões.

O principal critério da adjudição pragmática é a razoabilidade, pois não há um algoritmo que determina o balanço perfeito entre o império da lei e as consequências de cada caso,

---

[18] Segundo Posner, o exemplo mais claro da inspiração pragmatista na legislação americana encontra-se nas leis antitruste, como o Sherman Act de 1890. Entretanto, pode se vislumbrar essa inspiração em outras áreas, como o direito administrativo, que sofre uma transformação em direção a racionalidade e a interdisciplinariedade, ainda que incompleta, citando o Administrative Procedure Act de 1946 como resposta a uma politização das agências administrativas. Cf. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Cambridge: The Belknap Press, 1999, 232.

[19]John Marshall, um dos mais celebrados juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu com inspirações pragmáticas, segundo Posner. Casos como o *Bank of the United States* e o próprio *Marbury vs. Madison* tiveram as consequências tomadas em consideração. Outros renomados juízes também seguiram a mesma inspiração, como Holmes, Cardozo, Jackson e Hand. Cf. POSNER, Richard A. Law, **Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 84.

[20]O autor cita também casos mais recentes, como a investigação e o processo de impeachment do Presidente Clinton - que sob o argumento de exercer uma boa presidência teve suas condutas imorais relevadas - e o caso *Bush vs. Gore* que decidiu as eleições presidenciais em favor de George W. Bush - que suplantou o formalismo para evitar uma ruptura institucional. Cf. POSNER, Richard A. **Law,Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 1.

[21] O problema epistêmico é estudado em diversos outros autores. Um dos debates mais contemporâneos está em Cass Sunstein, que discute sobre a capacidade epistêmica dos agentes públicos no processo de tomada de decisão. SUNSTEIN, Cass. Why nudge? The Politics of Libertarian Paternalism. Yale University Press, 2014.

continuidade e criatividade, longo prazo e curto prazo, sistêmico e particular. O que o juiz pragmático deve fazer é decidir da maneira razoável levando todos os elementos em consideração.E para levar todos os elementos em consideração, o pragmatismo jurídico é empirista. O pragmatismo não rejeita todos os princípios. É necessário dosar o nível de abstração dos mesmos. Princípios que organizam questões empíricas (negligência, por exemplo) devem ser separados daqueles que tentam suplantá-la (como justiça, equidade, liberdade, autonomia).

Posner chama atenção para dois fatos: o primeiro é que não se pode confundir o pragmatismo com o consequencialismo característico do utilitarismo[22] (DWORKIN, 2010, p. 104). Não se trata de considerar todas as consequências para maximizar as melhores, mas sim encontrar a decisão razoável.A palavra de ordem do pragmatismo é a razoabildade, e não melhor consequência. É fato, entretanto, que o pragmatismo é mais próximo do consequencialismo do que da deontologia.

O segundo é que o pragmatismo não é hostil à teoria. O pragmatismo é hostil ao uso de ideias morais abstratas e teoria política para guiar as decisões judiciais.O pragmatismo jurídico é ele próprio uma teoria. O juiz pragmático é mais aberto aos conceitos de outras áreas do conhecimento.[23]

Outra característica importante para a discussão do presente trabalho é que o pragmatismo jurídico é simpático à retórica como forma de argumentação, pois decisões difíceis tendem a não ter respostas certas. A retórica auxilia o juiz a decidir de maneira razoável e convincente em contextos em que muitas decisões seriam possíveis.

Uma última característica das ideias de Posner digna de ser pontuada para as ideias desse trabalho é que no início de uma nova doutrina, o juiz pragmático favorece uma atuação comedida em detrimento de uma atuação ampla. Isso se dá porque é ainda mais complexa a determinação das consequências de um novo precedente. Assim, deve-se privilegiar decisões rasas e estreitas em detrimento de profundas e abrangentes.

Conforme já citado, o pragmatismo jurídico de Posner é o mais conhecido, o *best seller* da teoria, mas não é o único autor a enveredar no tema. Tampouco a teoria do autor é imune a

---

[22]"(...) o experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista". DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 104.

[23] Posner defende expressamente a aproximação entre o direito e a economia, capitaneado pelo movimento da *law and economics,* do qual ele próprio é um dos principais autores. Mas além da economia, outras áreas do conhecimento têm ganhado notoriedade no universo jurídico, como a psicologia experimental e a sociologia.

críticas.[24] Stephen Breyer, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, defende um pragmatismo que não é uma teoria interpretativa completa, mas um "estilo" na hora de julgar: de todos os elementos que os juízes levam em consideração no momento da decisão, as consequências e finalidades devem ganhar ênfase. Não se trata de o juiz apontar quais são as melhores consequências em sua opinião, mas quais são as melhores segundo os valores constitucionais (MENDONÇA, 2014, p. 83-84)

A mensagem do pragmatismo é clara, as consequências e a experiência na compreensão das mesmas são fundamentais. Demonstradas suas principais características, pretende-se no próximo capítulo apontar como o pragmatismo pode ser utilizado como metateoria das decisões jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro, harmonizando questões como a implantação de uma teoria surgida na *common law* a um sistema de *civil law* e o direito constitucional brasileiro com uma extensa carta de direitos e um arcabouço teórico garantista que ganhou força nas últimas décadas.

3. Uma metateoria pragmatista

O pragmatismo não é nenhuma novidade no contexto jurídico brasileiro. Não se defende aqui um ineditismo e uma revolução na maneira de decidir no Brasil. Entretanto, o pragmatismo tem sobrevivido no Brasil de maneira velada, muitas vezes escondida por subterfúgios argumentativos que tentam dar aos argumentos uma feição de teoria profunda. Esse pragmatismo às escondidas, segundo José Vicente Mendonça, ocorre não pelo desconhecimento da teoria pragmatista, mas por um preconceito, da percepção tanto dos juízes quanto da sociedade de que o papel da adjudicação é aplicar a lei, não o de manipular resultados. É o que se chama de "cripto-consequencialismo". (2014, p. 28)

Já é possível identificar em algumas áreas do direito brasileiro a preocupação crescente com as consequências. No Direito administrativo já se fala em um "giro pragmático" e que a postura pragmática permeou as reformas que modificaram diversos paradigmas do administrativismo na década de 1990.[25] No direito concorrencial, o emblemático caso analisado

---

[24] O próprio Posner elenca algumas das principais críticas a teoria e tenta rebatê-las ou incorporá-las a teoria. Cf. o capítulo 2 *"Legal Pragmatism"* de POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003

[25] Gustavo Binenbojm chama de "giro pragmático" a mudança de paradigma ocorrida no Direito Administrativo, que gradualmente tem substituído a tradição conceitualista por uma tradição pragmatista, voltada para o *"enfrentamento de problemas concretos e à consecução de resultados práticos"* Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Transformações do Poder de Polícia**: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais. Tese de titularidade- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015. Mimeo.

pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *Kolynos-Colgate* em 1996 é tido como a introdução da economia antitruste no Brasil e a preocupação com as consequências na concorrência, justificando a intervenção do Estado.[26] O crescente interesse pela aproximação entre direito e economia pela análise econômica do direito, também tem, em seu núcleo central, a preocupação com as consequências, tanto de decisões judiciais, quanto de opções legislativas.[27]

No campo da jurisdição constitucional, o pragmatismo que preza pelas consequências também não é elemento inédito. A modulação dos efeitos das decisões é emblemática nesse sentido. A possibilidade de conceder determinada tutela controlando seus efeitos no tempo é medida preocupada com as consequências da decisão. Mudançcas de entendimento em casos individuais que poderiam repercutir em diversos outros processos[28]

Luis Fernando Schuartz apresenta três tipos ideais de pragmatismo à brasileira, quais sejam, o festivo, o militante e o malandro, sem com isso querer atribuir uma carga valorativa negativa. O que elas têm em comum é a resistência a resultados não desejados advindos das regras usuais de interpretação jurídica. Diferenciam-se pelo grau de deferência à formalidade e à dogmática. O festivo seria o pragmatismo que desdenha dos métodos tradicionais e apropria-se de maneira superficial da literatura norte-americana e da análise econômica do direito. O

Em sentido semelhante, Rafael Oliveira identifica uma virada pragmática, que, no campo do direito administrativo econômico, iniciou um processo de diminuição do aparato administrativo e a primazia da regulação. Adotou-se uma "Administração de resultados". Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
Fala-se também em uma mudança da própria cultura jurídica, não dos tribunais ou das leis, mas dos juristas do direito administrativo. José Vicente Mendonça aponta um novo paradigma: *"O novo estilo do direito administrativo possui, assim como o antigo, quatro características básicas. Ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmatista e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social."* Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014

[26] Para mais informações sobre o direito antitruste e sobre o caso Kolynos-Colgate, recomenda-se o texto da ex-conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Lucia Helena Salgado. Cf. SALGADO, Lucia Helena. **O Caso Kolynos -Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira.** Disponível em: <http://works.bepress.com/lucia_salgado/5/> Acesso em: 08 de abril de 2016.

[27] A análise econômica do direito (*law and economics*) oferece teorias científicas - como a teoria dos preços e a teoria dos jogos - e métodos consistentes - estatística e econometria - para estimar os efeitos dos preços implícitos que o direito impõe ao comportamento. Cf. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law & Economics.** 6th edition. Boston: Addison-Wesley, 2012.
Para uma análise da análise econômica do direito aplicada a situações concretas, cf. SILVESTRE, Matheus Meott. **Captura Regulatória:** A análise de impacto regulatório como alternativa para o Brasil. Santo Domingo: Alacde, 2015. Disponível em: <http://alacde2015.org/papers/82.pdf> Acesso em 12 de março de 2016.

[28] José Vicente Mendonça retrata um excelente exemplo, quando em 2012 o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento em relação a inconstitucionalidade do processo de edição de Medidas Provisórias, pois, alertados pelo Advogado Geral da União de que a decisão afetaria outras centenas de Medidas Provisórias, optaram por minimizar as consequências, em detrimento de um formalismo estrito. Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 29 - nota de rodapé 11.

pragmatismo militante por sua vez, embora também desconsidere as regras do direito positivo, busca referendar seus posicionamentos na normatividade, como na aplicação de princípios constitucionais e ponderação de interesses.(2008, pp. 150-153)

O pragmatismo festivo, embora 'desconectado' da teoria jurídica, é amparado por métodos sólidos, cientificamente credenciados, enquanto o pragmatismo militante opera sem amparo em metodologias, revelando que ele milita por certas causas. Por mais inconsistente que seja em relação às premissas adotadas, o pragmatismo festivo ainda busca fundamento em conhecimentos amplamente aceitos, enquanto o pragmatismo militantes se fundamenta exclusivamente em uma visão de mundo que não descortina suas premissas de maneira lógica.

O terceiro tipo ideal, o pragmatismo malandro, se caracteriza pela estratégia argumentativa que se *"implementa através da dogmática"*, "*que recorre à ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem"*. É, em face de uma decisão não desejada, utilizar das técnicas já utilizadas para construir um novo significado e demonstrar que ele sempre foi juridicamente possível. (SCHUARTZ, 2008, pp. 155-156)

O foco do trabalho, entretanto, é defender o pragmatismo como uma metateoria da decisão, consistente e não excepcional, que oriente o processo de decisão como um todo e não que seja apenas mais uma das possíveis interpretações para o caso. Trata-se aqui de decidir como decidir, de decisões de segunda ordem.Resumidamente, segundo Sunstein e Ullman-Margalit, decisões de segunda ordem são decisões sobre as estratégias apropriadas para reduzir os problemas associados ao se fazer decisões de primeira ordem. Haveria dois momentos de incidência das decisões de segunda ordem: antes e durante o processo de decisão e identificam três possíveis casos. (2000, pp. 3-4)

Seguindo as ideias dos autores, o primeiro caso seria de situações *'High-Low'*, em que as decisões de segunda ordem implicam em uma grande carga antes da decisão, necessitando se pensar muito em antecipação, mas que durante as decisões de primeira ordem, não implicam em grandes considerações; o segundo caso seriam as situações *'Low-Low'* em que as decisões de segunda-ordem não impõem grande considerações antes ou durante as decisões de primeira ordem; e o terceiro caso seriam as situações *'Low-High'*, que não impõem grande considerações antes da decisão de primeira ordem, mas implicam em um grande responsabilidade durante a decisão. (2000, pp. 4-5)

Nos termos propostos, o pragmatismo seria a decisão de segunda ordem e os métodos já utilizados de interpretação das normas - propostas por Savigny, Viehweg, Hesse, Alexy, etc - permaneceriam sendo as decisões de primeira ordem. O intérprete deveria elencar as decisões

possíveis e dentre elas escolher[29] aquelas com as consequências mais desejáveis. A compatibilidade da proposta com o ordenamento jurídico brasileiro com a *civil law* é garantida pelo fato de não haver inovação na teoria da decisão, mantendo aquelas que já foram exaustivamente estudadas pela doutrina e amplamente usadas nos tribunais.

O que aqui se propõe pode ser interpretado, em comparação, ao que ocorre na interpretação constitucional atualmente. Se se entender que o juiz já elenca as possibilidades interpretativas, escolhendo a mais adequada a partir de outra metateoria, então pode-se dizer que a proposta do pragmatismo seria '*Low-High*', não resultaria em nenhuma imposição a mais no processo anterior à decisão (elencar as opções), mas resultaria em uma grande responsabilidade na definição da opção com consequências mais desejáveis. Se os juízes, ou quantos juízes, decidem dessa forma, é uma questão empírica que foge do escopo do presente trabalho, mas para fins teóricos, usaremos essa hipótese como padrão.

Existem condições, entretanto, que dificultam a adoção do pragmatismo e não podem ser desconsideradas: elementos como custo, prazo e capacidades institucionais devem ser levadas em consideração, fazendo com que as decisões sejam subótimas pela impossibilidade de se antever todas as consequências da decisão.[30]Decisões que considerassem todas as consequências, se essa hipótese sequer fosse possível, seriam muito custosas e muito demoradas. Entende-se, entretanto, que sequer são possíveis, pois é inimaginável que o Judiciário seja capaz de prever consequências em tantas áreas de conhecimento, como economia, sociologia, para citar alguns exemplos.[31]

---

[29] Nesse contexto se usa a expressão escolher para as hipóteses em que há uma diferençca valorativa entre as possibilidades. Há uma importante discussão na literatura americana sobre as diferenças entre os vocábulos *pick* e *choose*, que se perde quando traduzidos ao português porque muitas vezes traduzidos indiscriminadamente como *escolher*. Entretanto, a importância da diferenciação encontra-se no fato de que *pick* é a hipótese de seleção indiferente, quando o decisor não observa diferenças valorativas sobre as alternativas, enquanto *choose* não há imparcialidade, mas uma valoração. O juízo pragmatista encaixa-se na hipótese de *choose*, pois o decisor, ao estimar as consequências fará inevitavelmente um juízo de valor sobre as mesmas para tomar sua decisão. Cf. ULLMAN-MARGALIT, Edna; MORGENBESSER, Sidney. Picking and Choosing. In: **Social Research**. Vol 44, n. 4. Inverno de 1977, pp. 757-785.

[30] Nesse sentido, Arguelhes e Leal argumentam: "parece claro que os custos envolvidos nos processos decisórios estampa a impossibilidade de se trabalhar sempre - em um mundo de recursos e de capacidade de conhecimento limitados e em um sistema jurídico que não se ampara exclusivamente sobre alguma noção utópica de certeza, o que sugeriria a impossibilidade de trabalho com resultados subótimos no Direito - com estratégias maximimalistas, ou seja, que buscam permanentemente a melhor interpretação para cada caso concreto, consideradas todas as possibilidades de ação" (grifos no original). ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização. Estratégias e implicações. SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

[31] Esse é o núcleo do argumento das capacidades institucionais, que defende que uma instituição - o Judiciário no exemplo - seja incapaz de analisar determinado fato com a mesma qualidade que uma determinada instituição com melhor conhecimento técnico sobre aquela área. São os exemplos da defesa da concorrência pelo CADE, muitas vezes gerando situações de deferência por parte dos juízes às decisões administrativas, ou das agências reguladoras em relação aos setores regulados. É coerente concluir que um juiz tenha menos capacidade institucional de prever impactos na concorrência do que um conselheiro do CADE, com anos de estudos dedicados especificamente ao

O pragmatismo, tanto o filosófico, quanto o jurídico, não são constituídos apenas pelo consequencialismo. O contextualismo é fundamental e é ele que deve nortear a mudança paradigmática de metateoria da interpretação jurídica. É o contexto da crise, seja uma crise econômica - que em Portugal motivou o surgimento de uma 'jurisprudência da crise[32] - ou uma crise institucional - que motivou o julgamento de *Bush vs Gore* nos Estados Unidos. Não se defende o distanciamento da jurisdição em relação aos direitos fundamentais, mas apenas uma interpretação contextual que permita a continuidade do próprio Estado para que no futuro seja possível voltar a defender os direitos como antes.

O que se propõe aqui, não chega a ser um pragmatismo malandro, como sugere Schuartz, em que, para se alcançar uma decisão desejada se utiliza das normas jurídicas já amplamente conhecidas. Não se trata de desejar determinado fim *a priori*, mas de, dentre os fins possíveis - advindos de técnicas de interpretação amplamente utilizadas pelo Judiciário - escolher aquele que tenha as consequências mais satisfatórias para o contexto da decisão. Em tempos de crise, a prudência financeira, nos tempos de bonança, a expansão dos direitos fundamentais.

Considerações finais

O que se propõe aqui não é uma revolução na maneira de interpretar o direito, tampouco uma proposta nova nas técnicas de interpretação do direito, de tal modo que seja necessária uma profunda discussão hermenêutica a respeito. O que se propõe é alertar o Poder Judiciário para as consequências de suas decisões, que não podem estar desconectadas do contexto econômico, social, político e institucional do país.

A consolidação da proteção do direitos fundamentais no texto normativo, a densidade normativa construída interpretativamente para o texto constitucional e o favorecimento de

---

assunto e com um corpo técnica qualificado para tal análise. Cf. SUNSTEIN, Cass. R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 156 (2nd series), 2002.

[32] O debate sobre "jurisprudência da crise" nasceu no momento da crise financeira de 2007/2008, em que a construção de "medidas de austeridade"foram politicamente deflagradas, por meio de Memorando de Entendimento entre Portugal, Comissão Europeia, Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, de modo que se pudesse realizar o Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF). Para que o programa pudesse lograr êxito, houve a necessidade de drástica redução de déficit orçamentário.O Tribunal Constitucional apoiou medidas austeras, conforme se pode verificar no Acórdão n.º 396/2011 onde se foi afirmado que: "Não pode ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objectivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária." O caso é interessantíssimo porque o Tribunal Constitucional Português socorre-se do esvaziamento normativo existente na expressão "prossecução do interesse público", e que esta fosse uma expressão interpretada restritivamente nas circunstâncias de crise financeira.

direitos fundamentais - 'o novo modelo' - foi crucial no processo de redemocratização e na superação de um período de grave desrespeito e descaso aos direitos e garantias fundamentais. Além disso, é necessário, atento ao contexto, aproveitar os momentos de sucesso econômico obtidos na última década. O neoconstitucionalismo contribuiu para a formação jurídica e institucional que se estabeleceu no Brasil como um filtro discursivo: nenhum argumento vingou se não passou pela peneira da dignidade da pessoa humana. Quer isso seja avaliado como bom – hava vista as diversas premissas existentes, como a necessidade de se estabelecer uma unidade a todo o ordenamento à luz dos valores constitucionais, por exemplo – quer isso seja avaliado como ruim – como o perene esvaziamento dos conteúdos dos princípios –, é dessas crcunstâncias que a realidade brasileira está abastecida.

Não se pode, entretanto, ignorar o contexto de crise. Estados e municípios encontram dificuldades financeiras para honrar suas obrigações. União também trilha em dificuldades. Começa-se a ventilar – tardiamente – a concepção de falência de entes públicos, algo que não se pensava antes. Uma verdadeira mudança de paradigma no direito financeiro brasileiro, que chega atrasada, como sempre, dadas as circunstâncias da premente necessidade e do jogo de empurra-empurra míope dos agentes públicos no Brasil.

O pragmatismo jurídico proposto como metateoria tenta, de uma maneira até pouco ambiciosa, tal como foi a proposta de Posner, diminuir a pressão financeira que a jurisdição exerce sobre as contas públicas nesse momento delicado.Não se ignora a dificuldade institucional encontrada pelo Judiciário para determinar as consequências de cada decisão possível que culminará numa decisão pragmatista. Entretanto, entende-se que é possível haver uma análise, ainda que subótima, com resultados mais financeiramente conscientes do que os obtidos com o paradigma atual.

Não se ignora, tampouco, as dificuldades de se determinar quais as consequências desejáveis. Não se trata de uma análise estritamente econômica para minimizar os impactos financeiros em detrimento de direitos fundamentais, mas sim de se reformular, ainda que momentaneamente os casos de fronteira, ou seja, aqueles que fogem da normalidade, como as tutelas individuais de valores vultuosos para prestação do direito à saúde, ou ainda casos de indenização contra a Fazenda Pública.

O que se propõe, resumidamente, é um ajuste fino entre as decisões judiciais e o contexto orçamentário de escassez de recursos em diversos etes públicos Longe está essa de ser uma tarefa fácil ou meramente instrumental. Não se pretende defender aqui ofensa a direitos por parte do Judiciário, mas sim que se estabeleça, ainda que minimante, uma correlação necessária entre fragilidade econômica e prudência jurisdicional. Não seria razoável retroceder

na proteção a direitos, como também não é razoável considerar de forma absoluta o brocardo *pereat mundus, fiat justitia*, pois quebrar o Estado significa negar ainda mais direitos.

Referências Bibliográficas

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, pp. 6-50. Jan/Jun 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização. Estratégias e implicações. SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

BAQUERO, Marcello; GONZALEZ, Rodrigo Stumpf. Eleições, estabilidade democrática e socialização política no Brasil: análise longitudinal da persistência de valores nas eleições presidenciais de 2002 a 2010. Revista **Opinião Publica**, vol.17 no.2. Campinas, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Transformações do Poder de Polícia:** Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais. Tese de titularidade- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015. Mimeo.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law & Economics.** 6th edition. Boston: Addison-Wesley, 2012.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-146.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. In: **Harvard Law Review,** n. 457, 1897.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights:** why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

JAMES, William. Philosophical Conceptions and Practical Results. In: **University Chronicle,** vol. 1, n. 4, september, 1898.

JAMES, William. **Pragmatism:** a new name for some old ways of thinking.1907. Disponível em: < http://www.gutenberg.org/ebooks/5116> Acesso em 05 de abril de 2016.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**, Madrid: Tecnos, 1995.

MENAND, Louis. **The Metaphysical Club:** A story of ideas in America. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico:** a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal:** Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: **Revista de Direito Administrativo.** v. 262, pp. 95-144, Jan/Abr 2013.

PEIRCE, Charles S. The Fixation of Belief. In: **Popular Science Monthly,** n. 12, pp. 1-15, Nov 1877.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard. **The Problematics of Moral and Legal Theory.** Cambridge: The Belknap Press, 1999.

PROGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo:** Teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

SALGADO, Lucia Helena. **O Caso Kolynos -Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira.** Disponível em: <http://works.bepress.com/lucia_salgado/5/> Acesso em: 08 de abril de 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. In: **Revista de Direito Administrativo,** v. 248, pp. 130-159, 2008.

SILVESTRE, Matheus Meott. **Captura Regulatória:** A análise de impacto regulatório como alternativa para o Brasil. Santo Domingo: Alacde, 2015. Disponível em: <http://alacde2015.org/papers/82.pdf> Acesso em 12 de março de 2016.

SUNSTEIN, Cass. R.; ULLMAN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. In: **Public Law and Legal Theory Workin Paper,** n 01, 2000.

SUNSTEIN, Cass. R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: **John M. Olin Law & Economics Working Paper,** n. 156 (2nd series), 2002.

WELLS, Catherine Pierce. Why Pragmatism Works For Me. In: Southern California Law Review, vol. 74, pp. 347-360, 2000.,

ULLMAN-MARGALIT, Edna; MORGENBESSER, Sidney. Picking and Choosing. In: **Social Research**. Vol 44, n. 4. Inverno de 1977, pp. 757-785.