

Pragmatismo jurídico e decisão judicial

Legal Pragmatism and Legal Decision

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida*

George Browne Rego**

Resumo

O presente artigo busca analisar a relação entre pragmatismo jurídico e decisão judicial. Como ponto de partida, busca definir o movimento teórico, apontando as características principais que ele veio a desenvolver em seu percurso histórico. Em seguida, problematiza algumas das posições do pragmatismo frente à necessidade de segurança jurídica e previsibilidades cruciais para o Estado de Direito. Por fim, aponta algumas vantagens dessa posição para uma análise da decisão jurídica, como trazer uma compreensão mais ampla para a construção coletiva dos entendimentos jurisprudenciais, bem como uma visão instrumental do direito, colocando-o a serviço das necessidades e dos problemas sociais.

Palavras-chave: Pragmatismo jurídico. Decisão jurídica. Estado de direito.

Abstract

This present article intends to sketch a brief relation between legal pragmatism and legal decision. We begin exposing its main characteristics and authors. Then we confront its theoretical assumptions with the security and previsibility, both key constraints on legal decisions that are imposed by any democratic rule of law. Finally, we discuss a few strong points of this position that we do think it is important for the analysis of legal decision, such as its broad understanding of the collective character of jurisprudence and an instrumental conception of Law, regarding it as tool for approaching social problems.

Keywords: *Legal pragmatism. Legal decision. Rule of law.*

* Professor da Faculdade Boa Viagem/DeVry. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Bacharel em Direito pela AESO. Bacharel em Filosofia pela UFPE. Recife – PE – Brasil. E-mail: leonardoalmeida222@gmail.com

** Pós-doutor em Filosofia pela University of London. Doutor em Filosofia do Direito pela Tulane University, EUA. Professor titular aposentado da Universidade Federal de Pernambuco. É também professor da Faculdade Damas Instituição Cristã. Recife – PE – Brasil. E-mail: georgebrowne@terra.com.br

Introdução

A decisão jurídica tem se mostrado uma das preocupações mais persistentes nos sistemas jurídicos dos países que se autocompreendem como Estado democráticos de direito. Em geral, parte-se do pressuposto de que a decisão, embora entrelaçada com as predileções, valores e aspirações do magistrado, contém um núcleo de racionalidade necessário para que se faça convincente e aceitável sob a perspectiva da comunidade jurídica. Métodos de interpretação, precedentes, estruturas argumentativas e lugares comuns (*topoi*) contribuíram para a construção de uma linguagem comum, no sentido de um conjunto de regras com as quais os advogados e magistrados poderiam justificar as suas posições independentemente dos seus valores ou perspectivas.

Tal esforço teórico tem sido cada vez mais necessário para o papel mais ativo e socialmente relevante que as cortes superiores têm desempenhado perante a realidade social brasileira. A compreensão de um poder judiciário mais passivo, centrado na estabilização das relações sociais, vai paulatinamente cedendo espaço para uma outra, que o concebe como figura ativa no enfrentamento das várias carências de nossa sociedade. Atentemos que, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos e na Europa, podemos dizer seguramente que o Brasil ainda não passou pela experiência de consolidação do *Welfare State*, no sentido do desenvolvimento de uma eficiente rede de proteção social capaz de atender à maior parte da população brasileira, que ainda vive em circunstâncias precárias e carentes de bons serviços essenciais, como os de saúde e educação básica.

A seguinte pesquisa teve como uma das referências centrais o trabalho do professor Brian E. Butler, da Universidade da Carolina do Norte, em especial o seu artigo “*Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?*”, uma vez que, de modo claro e sucinto, o pesquisador delimita e esclarece as principais características do pragmatismo jurídico em meio aos vários debates mais recentes. Em seguida, remetemos algumas dessas posições à obra de John Dewey, pois, no momento em que juristas como Benjamin Nathan Cardozo

começam a assimilar teoricamente o pragmatismo, a sua obra surge como uma referência, em especial no começo e metade do século XX. Alguns autores mais recentes, como Michael Sullivan, foram úteis para ampliar o nosso embasamento teórico.

Pretendemos neste artigo realizar uma breve exposição do que entendemos por pragmatismo jurídico, quais as suas premissas teóricas e características. As duas primeiras seções possuem um caráter analítico. Passaremos, em seguida, a discutir sua relação com a decisão jurídica no contexto do Estado de Direito pela importância que noções como segurança e previsibilidade possuem frente às decisões emitidas pelo poder judiciário. Por fim, a última seção destaca algumas possíveis contribuições do pragmatismo jurídico para a análise das decisões, embora não as desenvolva, em virtude dos limites da extensão deste artigo.

O presente artigo tem duas pretensões. A primeira, de ordem analítica, visa explorar e delimitar aspectos e características do pragmatismo jurídico, tendo em vista que, como observaremos, a multiplicidade de perspectiva, e mesmo a divergência entre elas, torna difícil saber exatamente o que é e não é abrangido por esse movimento teórico. A segunda pretensão consiste em aproximar o pragmatismo jurídico de certas problemáticas recorrentes acerca da decisão judicial, em especial nos debates nacionais. Nossa hipótese de pesquisa é que, a exemplo da hermenêutica filosófica e da teoria da argumentação, trata-se de uma perspectiva que pode se mostrar bastante fecunda para repensar, por exemplo, a compreensão usual da racionalidade judicial que orienta, e até fundamenta, as decisões nesse âmbito.

Embora o objetivo geral desta pesquisa seja majoritariamente analítico, as duas últimas seções demonstram o atual estado de nossa pesquisa, situada ainda em estágio inicial. Nessa etapa de nossa investigação, portanto, pretendemos apontar caminhos a serem aprofundados.

1 Pragmatismo jurídico: conceituação, elementos e principais posições

Uma análise histórica acerca do pragmatismo filosófico por certo mostrará a diversidade e as divergências entre os autores que integraram essa tradição. A ausência de unificação teórica, de um projeto em comum, assim podemos dizer, aparece na história do pragmatismo ao menos sob duas dimensões: (1) referente aos autores do chamado pragmatismo clássico, e (2) no tocante ao pragmatismo jurídico e seus vários adeptos. Com essa distinção, pretendemos mostrar como a diversidade de perspectivas sustentadas pelos autores, característica do pragmatismo desde as suas origens, constitui um complexo problema para que venhamos a formular uma definição precisa e clara do que seria o pragmatismo jurídico e que tipos de consequências práticas poderiam ser extraídas dele.

(1) Já nos primórdios do movimento, a sua divulgação, feita por William James, fora suficiente para que Charles Sanders Peirce, então sua figura de maior expressão intelectual, viesse a romper com aquele, inclusive pretendo trocar “pragmatismo” por “pragmaticismo”, estratégia que visaria resguardar o seu projeto intelectual daquele mais popular e supostamente adulterado por James. Para além dessas controvérsias, os interesses entre os autores clássicos também se mostraram diversos: a ciência e a lógica muito preocuparam Peirce; já a religião e a psicologia se sobressaem na obra de James, assim como a democracia e a educação constituem temáticas de destaque no pensamento de John Dewey¹.

Embora breves, essas observações nos mostram que, em primeiro lugar, o pragmatismo não pode ser concebido como uma escola fundada sobre um corpo de preceitos rígido e homogêneo (POSNER, 1991, p. 29). Resta estabelecer pontos de conexão entre eles e observar nas

¹ As diferenças de inclinações e perspectivas entre os autores clássicos são bem pontuadas por Joseph Margolis (2006, p. 2 e ss).

múltiplas interseções dos seus pensamentos, isto é, naquilo em que concordam, o que poderíamos tomar como o núcleo teórico das ideias pragmáticas: o pragmatismo pode tanto ser associado a um método como a uma teoria da verdade (WAAL, 2007, p. 22-23).

(2) Discorrendo mais especificamente acerca do pragmatismo jurídico, Brian E. Butler ressalta a situação incomum em que autores com interesses teóricos dos mais diversos, como os vinculados ao *Law and Economics* ou ao feminismo, por exemplo, acabam sustentando uma concepção pragmática do direito. Escreve o autor:

Um olhar sobre autores listados como pragmatistas jurídicos levanta uma questão acerca da existência de um centro que dotaria de coesão esse posicionamento. Se juízes de direita e feministas de esquerda advogam a mesma posição existe nela algo de suspeito. Podemos até ponderar se existe mesmo alguma integridade em uma posição cujos aderentes se encontram em campos opostos. (BUTLER, 2002).

O interesse que o pragmatismo jurídico desperta em autores com posições teóricas e inclinações políticas tão díspares se mostra compreensível quando vislumbramos alguns traços presentes em sua origem. Embora hoje seja comum conceber o pragmatismo como uma posição filosófica, a exemplo do empirismo e do idealismo, ele surge inicialmente como método orientado para uma crítica ao racionalismo cartesiano. Métodos são suscetíveis a inúmeras apropriações, a maioria delas indiferente às inclinações políticas e éticas daqueles que os utilizam. Os autores posteriores a Peirce, em especial James, Dewey e George Herbert Mead, conceberam o pragmatismo cada qual ao seu modo e com base nas suas preocupações mais circunstanciais – e como inicialmente ali não se tinha um corpo de preceitos e premissas bem estabelecido, é de esperar que os entendimentos dos autores sejam entre si diversos.

O mesmo ocorreu com a compreensão jurídica do pragmatismo, mas talvez com mais intensidade. Oliver Wendell Holmes Jr. pode ser

considerado o fundador de duas posições jurídicas no que concerne às abordagens norte-americanas, a saber, o realismo jurídico e o pragmatismo. De início, é tarefa complexa separar ambas as posições. Sabemos, por documentos históricos e pelo minucioso estudo empreendido por Louis Menard, em sua obra *The Metaphysical Club*, que Holmes frequentara o clube metafísico de Boston, sede de discussões levantadas por Peirce e James e que foram responsáveis por atribuir certa forma ao pragmatismo (MENAND, 2002). Ainda assim, os seus vínculos não se mostraram sólidos: poucas são as menções e os créditos que o jurista norte-americano atribuiu aos seus interlocutores de outrora.

Devido à proximidade com a filosofia pragmática e, de um modo geral, com uma abordagem especulativa, o pragmatismo jurídico se transforma cada vez mais em uma abordagem centrada na prática da decisão como evento contextualizado e singular (DICKSTEIN, 1998, p. 12). Assim, a historicidade das categorias jurídicas se torna um ponto recorrente em *The Common Law*, de Holmes.

Em *The Nature of the Judicial Process*, o então juiz da suprema corte americana, Benjamin Nathan Cardozo, ponderou o modo como os juízes decidem, não se tratando, no entanto, de uma investigação fundada em uma teoria pré-existente ou formulada pelo autor naquela obra (CARDOZO, 2010). Ocorre o contrário: demonstrando conhecimento amplo das jurisprudências alemã e francesa, interessa muito mais ao autor a contextualização da prática de julgar do que a formulação de uma teoria capaz de explicar e guiar esse processo. Regras jurídicas devem ser compreendidas como instrumentos a serem empregados para o bem-estar da sociedade: o direito é prospectivo, voltado para o futuro, sendo o catalisador de transformações (POSNER, 1991, p. 32).

Nenhum dos dois autores esteve preocupado em formular quaisquer teorias capazes de identificar o pragmatismo jurídico, o que ele se propõe e a que abordagem se contrapõe ou diverge, embora o formalismo jurídico apareça como alvo constante dos autores que se autodenominam pragmáticos. O rótulo de pragmatismo jurídico

foi uma construção posterior às obras daqueles autores e que, retrospectivamente, veio a absorvê-las.

Essas menções a Holmes e Cardozo, autores fundamentais para o pragmatismo jurídico, servem para ilustrar os problemas de natureza analítica que cercam esse posicionamento teórico. Para solucionarmos esse impasse, propomos, seguindo Brian E. Butler, isolar alguns elementos que têm se mostrado invariantes e presentes na obra dos autores que se identificam com esse posicionamento. É o que faremos na seção seguinte.

2 Características do pragmatismo jurídico: contextualismo, antifundacionismo e instrumentalismo

Em seu artigo “*Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?*”, Brian E. Butler identifica algumas características recorrentes nas posições teóricas que se identificam ou se associam com o pragmatismo jurídico. As mais pertinentes para a nossa análise são: contextualismo, antifundacionismo e instrumentalismo.

Enquanto característica do pragmatismo jurídico, o contextualismo implica em sublinhar os conceitos e as práticas jurídicas à sua origem sociocultural. O seu fundamento reside nas práticas e interações sociais, e é nesse sentido que a análise do direito e da construção jurisprudencial não estão muito distantes da antropologia. Para que compreendamos o funcionamento de um determinado sistema jurídico, nós precisamos analisar a cultura – seja no sentido mais amplo, seja no sentido mais restrito, como cultura jurídica – da qual ele retirará a sua substância.

Essa vinculação sociocultural faz com que o contextualismo implique também em uma considerável ênfase aos contextos particulares, concretos, em detrimento da formulação de teorias gerais do direito, cujo nível de abstração é necessário para que se forneça uma descrição universal dos fenômenos jurídicos. Uma formulação normativa capaz de sintetizar esse elemento, conforme Butler (2002),

seria a de que precisamos sair das abstrações filosóficas rumo às práticas responsáveis por organizar a vida social.

Contexto e decisão são indissociáveis. Esse ponto pode ser observado em uma das abordagens prediletas de Oliver Wendell Holmes Jr., que, de um modo geral, consistia em revelar a origem histórica de categorias e conceitos jurídicos concebidos como atemporais, desenvolvidos a partir da necessidade lógica e da coerência interna de uma estrutura de preceitos estabelecida (KELLOGG, 2007, p. 34 e ss). Mas qual ou quais implicações podem ser extraídas ao se estabelecer uma relação indissociável entre contexto e decisão?

A primeira delas implica em uma crítica à visão tradicional de análise jurídica, como já apontado. Decisão e contexto não são dissociáveis: uma decisão é sempre pautada por problemas e questões singulares, inclusive quando mobiliza disposições normativas gerais, como as leis. O contexto importa tanto para a aplicação de uma lei, por exemplo, quanto o caso a ser examinado. A compreensão de uma decisão, no sentido de conhecer e determinar o seu propósito, vai exigir, portanto, uma reconstrução de sua inserção no contexto em que ela incidiu:

A tese fundamental vinculada a uma crítica contextualista é a de que toda decisão judicial se dá em contextos individuais específicos que são tão constitutivos de uma decisão que quanto mais distante deste contexto original ela for afastada, mais falsa ela será perante a sua natureza. Conforme o pragmatista jurídico, a abstração de um contexto é exatamente o que a visão tradicional de análise jurídica nos impele a fazer. (BUTLER, 2002, p.).

Uma abordagem tradicional da decisão judicial está pautada pela imparcialidade e generalidade da aplicação do Direito pelo poder judiciário. Ambos os requisitos constituem uma base para uma aplicação que respeite o preceito de que todos são iguais perante a lei. Em uma situação como essa, a rigor, os casos, no que têm de semelhantes, devem ser abordados e julgados do mesmo modo (isonomia), criando

um contexto em que se pode prever, com relativa precisão, as decisões a serem tomadas em um determinado caso A, tendo como base um conjunto de julgados em torno de casos semelhantes. Esse ponto será tratado com mais detalhes em toda a seção 2.

Embora casos possam ser similares, o uso da analogia os desvincula dos seus contextos particulares. É precisamente essa operação que será confrontada pelo pragmatismo jurídico. Não esqueçamos que contextos, por si só, são complexos e indefinidos: é tarefa das mais intrincadas determinar quais seriam as informações contextuais determinantes ou relevantes para uma apreciação do caso daquelas e quais não o são.

Assumindo que a decisão e o contexto são indissociáveis, a ênfase do pragmatismo não recairá na decisão, nem no contexto, mas na relação formada entre os dois. Como a diversidade dos elementos que compõem o caso, somada à dificuldade de se determinar, com relativa precisão, os limites dos contextos, apenas o uso do raciocínio analógico pode se mostrar limitado a uma resolução adequada das controvérsias jurídicas. Isso se aplica aos casos mais diversos, mesmo os fáceis e corriqueiros, que não suscitam nenhuma controvérsia acerca de sua resolução. Observemos que mesmo o momento histórico no qual uma questão é apreciada pelas cortes supremas pode ser determinante para que o julgamento se faça em uma em vez de outra direção: à época do caso *Plessy v. Ferguson*, por exemplo, a segregação racial dificilmente poderia ser concebida como inconstitucional para a maioria dos americanos brancos (KELLOGG, 2007, p. 2).

Ao contrário do que se pode vir a deduzir, o pragmatismo jurídico não desconsidera a importância dos precedentes, inclusive admitindo que, em muitas situações, eles podem ser a solução mais adequada e prática. Em síntese, ele está longe de concluir que precedentes ou analogias são de pouca relevância; antes, defende, de um modo geral, que nós não devemos nos ater excessivamente à analogia ou aos precedentes, e sim a uma análise contextual mais flexível, que, confrontando um determinado caso em questão com os seus precedentes, permita

identificar semelhanças, diferenças e especificidades não observáveis por uma abordagem metodológica mais restrita (BUTLER, 2002).

A segunda característica, o antifundacionismo, consiste na rejeição de um princípio – ou de um grupo de princípios – que atue como fundamento para as decisões judiciais. Não é tarefa das mais simples isolar princípios que possam ter uma atuação tão abrangente e profunda na dinâmica interna do ordenamento jurídico. Em certo sentido, a subsunção pode ser considerada um princípio geral ao estabelecer uma forma de justificação com implicações consideráveis para a legitimidade da decisão judicial. Em tese, quanto mais se justifica que uma decisão *a* decorreu de uma operação lógica aparentemente rigorosa, como a subsunção de um caso *b* a uma norma *a*, mais aceitável seria a decisão, já que se mostra imparcial e objetiva.

Relembrando o que fora dito acerca dos casos fáceis, o consenso que existe em torno de dispositivos e institutos jurídicos reside não propriamente no seu sentido, mas na ausência de controvérsias ao serem empregados na justificação de uma decisão. No contexto dos casos fáceis, o texto continua a admitir possíveis interpretações concorrentes e válidas, mas essa diversidade não é relevante no julgamento da maioria dos casos pelos membros de uma comunidade jurídica.

Concebendo a decisão e a interpretação jurídicas como atividades coletivas, entendimentos podem se tornar consolidados simultaneamente a outros, inadmissíveis. Essa forma de filtragem permite, ao menos hipoteticamente, que a diversidade de possibilidades de interpretação não se transforme em um obstáculo ao funcionamento do sistema jurídico.

Por fim, o instrumentalismo, ou consequencialismo, talvez seja a característica mais emblemática e comumente associada ao pragmatismo (DEWEY, 1981, p. 499 e ss). Trata-se da consideração dos efeitos em médio/longo prazo que a decisão pode provocar. Diferentemente do que ocorre com uma ênfase na jurisprudência, pautada por uma visão retrospectiva das decisões judiciais, o pragmatismo jurídico possui uma preocupação prospectiva: o que importa são as consequências a serem

extraídas de uma dada interpretação, seja para a jurisprudência e/ou para a sociedade como um todo, por exemplo. Esse aspecto instrumentalista vai surgir e se fortalecer através de uma crítica a um afastamento entre o direito e as considerações extrajurídicas, em especial as axiológicas (GREY, 1998, p. 258 e ss).

O juiz precisará balancear a inovação e a conformação: a primeira é necessária para lidar com casos em que as decisões anteriores ainda não proporcionaram soluções satisfatórias, enquanto a segunda é importante nos casos em que a inovação se mostra desnecessária ou, pior, suscetível a proporcionar resultados inferiores aos que uma pronta adesão à norma jurídica ou à jurisprudência proporcionaria. O comentário de Posner (2010, p. 16) é esclarecedor:

Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a inovar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar.

Essa perspectiva traz para o campo da decisão jurídica uma inclinação ao exame contínuo das categorias e das escolhas interpretativas até então tomadas: quando transpostas para um novo contexto, uma categoria ou escolha interpretativa, outrora frutífera para a resolução de uma lide, pode apresentar consequências indesejáveis. Compreendendo o constitucionalismo como uma teoria do poder limitado, como pensar os compromissos institucionais desde uma perspectiva pragmática?

A limitação do poder estatal implica, dentre outros pontos, que os compromissos firmados no passado, a exemplo da separação dos poderes, estejam protegidos contra qualquer decisão futura que vise a limitar ou eliminar os seus efeitos. São crenças que podemos chamar, no contexto deste artigo, de transcontextuais: embora concebidas a partir de uma circunstância histórica particular, a sua relevância depende de que sobrevivam a ele. Em outras palavras, a ideia de separação dos

poderes não deixa de refletir uma solução histórica, nesse caso liberal e burguesa, acerca do problema – que é também histórico – da limitação do poder do Estado.

3 Segurança e previsibilidade no Estado de Direito: desafios para o pragmatismo jurídico

Em um sistema jurídico moderno, é pressuposto que as decisões jurídicas não sejam frutos da subjetividade de um juiz ou órgão colegiado. A concepção de que a decisão consistiria em um “encaixe” entre o fato e a norma jurídica que o descreve é também uma representação do trabalho de julgar como atividade racional cuja finalidade consistiria em revelar a vontade popular, tornada lei pelos parlamentares, nos casos a serem apreciados pelo judiciário. O exercício do poder pode ser classificado como legítimo ou arbitrário, tendo como base a sua adequação ao conjunto de leis que lhe impõe limites.

Uma das características principais do Estado de Direito consiste no controle do poder estatal pelas leis, como forma de garantir a integridade e o respeito aos direitos individuais. A ênfase no individual é um ponto marcante no que concerne à previsibilidade e racionalidade que acompanham esse tipo de configuração da ordem estatal:

A hostilidade ao poder arbitrário e um anseio pela certeza do Direito - que tem sido interpretado por vários autores como axiologicamente - implicam uma clara pressuposição ética, no sentido que de que favorecem uma ordem política racional e previsível, onde o Direito garante primeiramente as liberdades individuais e a segurança das suas transações econômicas (considerando de menor importância tópicos mais 'comunitários', como justiça social, solidariedade e igualdade). (ZOLO, 2007, p. 30).

Não surpreende, portanto, que a arbitrariedade concernente às decisões judiciais seja uma preocupação recorrente. É nesse ponto, aliás, que o já mencionado balanço entre as disposições normativas gerais e as considerações referentes aos contextos particulares

vai suscitar várias indagações acerca do pragmatismo jurídico. Por exemplo, a ampliação do material jurídico a ser considerado é um ponto relevante e complexo: leis e jurisprudência são consideradas em um pano de fundo que compreende a atividade de decisão como coletiva e compartilhada.

Uma consequência desse posicionamento consiste na dimensão política a ser associada à tomada de decisão judicial: ela pode ser pautada por considerações de ordem jurídica, no sentido de que a justificação pode ser validada pelo conjunto de normas e decisões anteriores, como também por considerações extrajurídicas. Casos célebres e de grande impacto político frequentemente recebem julgamentos midiáticos, de grande interesse nacional, abrindo espaço para decisões atípicas e controversas.

Pela extensão e diversidade dos tipos que aí podem existir, as considerações extrajurídicas constituem objeto de difícil investigação no que concerne à sua classificação e delimitação. No entanto, a sustentação de que toda e qualquer decisão se restringe ao âmbito jurídico é, na nossa compreensão, questionável.

A análise de um problema prático que o restringe a uma área particular de investigação tem certamente vantagens analíticas, mas, ao menos para Dewey, só é possível mediante a abstração de uma série de elementos que não se encaixam nessa área. Sendo assim, um problema de ordem prática, analisado sob o enfoque da pesquisa jurídica, impõe que os aspectos econômicos e sociais existentes precisem ser deixados de lado para que o jurídico seja enfatizado. A complexidade inicial do problema foi reduzida, tendo como preço a separação do problema de seu contexto e significado primordial:

Essa fratura do pensamento em disciplinas exacerba uma tendência acadêmica de separar os problemas do seu sentido e contexto original. Exporta-os para os reinos insulares do escrutínio acadêmico onde passam de problemas da experiência vivida para problemas de 'filosofia'. O contexto apropriado para os problemas da experiência vivida é o contexto sociocultural mais amplo em

que eles primariamente surgem. (SULLIVAN, 2007, p. 35; EAMES, 2003, p. 15).

Decisões judiciais, que preenchem critérios mínimos de racionalidade e coerência, tendem a ser previsíveis, e com isso tendem a circunscrever o exercício do poder pelo Estado nos limites impostos pela lei, e não o contrário. Decisões como essas tendem a fornecer, ao menos hipoteticamente, um grau maior de segurança e respeito aos direitos individuais, base para a segurança jurídica.

Mas como garantir essa racionalidade? Qual a sua origem? Métodos interpretativos, ou mesmo a ideia de subsunção, revestem a decisão de um caráter não apenas racional como também impessoal: o juiz é aquele que revela e aplica. Por trás desse ponto, existe a concepção usual de que ao poder judiciário incumbe a aplicação de disposições normativas frutos da soberania popular, que é, por sua vez, mediada pela atuação do poder legislativo. Arnaldo Bastos Santos Neto (2011, p. 381) sintetiza bem essa crença histórica:

Subjaz nessa concepção a ideia de que o Poder Legislativo constitui o poder político por excelência, exercido por um Parlamento, fruto da soberania popular e encarregado de criar o direito. Em contraste, o Poder Judiciário é meramente técnico, exercido por juízes profissionais organizados em carreira burocrática, cuja tarefa esgota-se na aplicação das leis ditadas pelo Poder Legislativo. A tarefa dos juízes deve se limitar à aplicação das normas gerais aos casos concretos por meio do mecanismo da subsunção. Há, pois, uma clara divisão entre criação e aplicação do direito.

A previsibilidade da decisão existe dentro dos limites sintáticos e semânticos que representam o fundamento jurídico-normativo da decisão. Diferentemente dos teóricos que o antecederam, em Hans Kelsen, a distinção entre produção e aplicação do direito é confrontada a partir do momento em que se reconhece o produto da decisão – uma sentença ou acórdão, por exemplo – como mais uma norma jurídica (KELSEN, 2005, p. 348).

Esse tipo de posicionamento se adéqua bem ao pragmatismo jurídico, em especial às características mencionadas na seção anterior. As múltiplas formas de indeterminação que podem integrar o momento da decisão judicial, como as de ordem semântica e pragmática², são recepcionadas pelo consequencialismo e por outras características que acompanham o pragmatismo (KELLOGG, 2007, p. 27 e ss).

A insistência para que sejam consideradas as consequências de cada decisão, e que esta deve ser a que trará melhores benefícios futuros, implica também uma reconsideração contínua das decisões já tomadas e dos entendimentos firmados: cortes e tribunais, para além de julgarem, investigam e repensam posições à luz de novas circunstâncias e transformações institucionais e sociais. Isso faz com que toda apreciação dos casos jurídicos seja marcada por uma pluralidade de opções e movimentos que não podem ser previstos. A previsibilidade das decisões, tão importante para a mecânica do Estado de Direito, não é sustentada através de uma simplificação da tomada de decisão judicial, e sim mediante uma preocupação com a coerência das decisões jurídicas enquanto meio para que o sistema jurídico funcione de maneira mais efetiva e menos custosa. Em seu estudo acerca do pragmatismo jurídico, Michael Sullivan (2007, p. 38) escreve:

Existe um número de razões pelas quais os pragmatistas respeitam o que outras autoridades fizeram e o que elas farão. Eles podem argumentar que a consistência nas decisões jurídicas é importante porque ajudará os indivíduos em antecipar e guiar as suas condutas em conformidade com os preceitos jurídicos ao mesmo tempo em que evitam litígios custosos. Ou eles podem manter que a consistência é importante porque cultiva um sentido de justiça na aplicação do Direito. Justiça e previsibilidade não são, neste

² Classificaremos a indeterminação que é fruto da ambiguidade e obscuridade dos termos que compõem uma dada norma jurídica como indeterminação semântica. E classificaremos como indeterminação pragmática toda aquela indeterminação que está relacionada com problemas contextuais de aplicação, como incompatibilidades entre normas distintas de um mesmo sistema e problemas de ordem jurisprudencial, mas que não entra no mérito do significado, seja da norma, seja dos termos que a compõem.

modelo, fins em si mesmos, mas fins que são meios para que se cheguem a novos fins.

O pragmatismo jurídico não se opõe às noções de consistência e previsibilidade, mas ao ampliar o conjunto de elementos a serem considerados para auferir as possíveis consequências de uma decisão, como questões econômicas, políticas e culturais, inevitavelmente reconhece uma margem de discricionariedade sem a qual não há como se decidir sobre qualquer problema. O risco é um elemento inevitável, mas é também por ele que transformações significativas podem ser realizadas no nível da comunidade. Como forma de ilustrar essa questão, examinemos agora as considerações de Michael Sullivan em torno do conceito de desejo em Dewey.

Enquanto resposta às nossas insatisfações, o ato de desejar traz algo para a existência, no sentido de projetar eventuais respostas ou soluções aos problemas presentes, carências que podem ser supridas no futuro. Diferente de uma crença vazia por melhorias, o desejo possui um vínculo com a ação: “desejar é um ímpeto para a ação, guiado por algum fim valorizado; este fim, por sua vez, é guiado pelo valor a um outro fim, e assim continuamente” (SULLIVAN, 2007, p. 37).

A relação cronológica entre meios e fins, sendo circular, faz com que a compreensão dos fins mude, conforme os meios para alcançá-los vão sendo implementados. Mesmo quando o fim em questão é alcançado, a sua concretização provoca o surgimento de novos desejos, os quais alteram a circunstância previamente almejada. A previsibilidade não é descartada, mas precisa ser flexível o suficiente para acomodar contingências e elementos que surgem no percurso da implementação de um projeto.

Resta ao juiz avaliar e julgar da melhor maneira possível ao considerar possíveis consequências sociais, políticas e econômicas futuras, ainda que, de antemão, a sua percepção do futuro seja limitada pela sua circunstância presente. Em síntese, a consistência das decisões frente aos entendimentos consolidados não pode ser assegurada de antemão, em virtude dos eventos e elementos que podem tornar um

caso distinto dos demais, e seguir as decisões passadas pode produzir consequências mais inadequadas do que uma decisão em sentido diverso. Tanto a previsibilidade quanto a consistência das decisões, ou seja, o modo como elas se adaptam frente à história institucional do tribunal, por exemplo, não é um fim-em-si: pode ser atendida ou ignorada conforme o caso e as consequências futuras até então concebidas.

4 Os valores no contexto do pragmatismo jurídico: falibilismo e investigação coletiva

A pretensão do pragmatismo jurídico, seguindo a orientação de Dewey como Sullivan a compreende, mas sem desconsiderar a caracterização fornecida por Butler, pode ser organizada em duas abordagens complementares. Sullivan concebe a primeira como negativa, uma vez que se contrapõe aos problemas existentes na vida prática: trata-se de pensar em soluções e/ou explicações àqueles problemas. É a função crítica do pragmatismo (SULLIVAN, 2007, p. 35).

A abordagem positiva, por sua vez, consiste no aprimoramento da comunidade, de modo que cada indivíduo seja capaz de encontrar um espaço propício ao desenvolvimento das suas potencialidades (SULLIVAN, 2007, p. 35). Ambas as partes, indivíduo e comunidade, compõem uma totalidade inter-relacionada.

Pode parecer estranho, à primeira vista, que uma perspectiva teórica sobre o direito, normalmente discutida no contexto de questões relacionadas à decisão judicial, contemple também uma dimensão normativa, no sentido de propor transformações sociais. Entretanto, para Dewey, conforme mencionamos, a vinculação de um problema a uma área específica de investigação acaba por abstrair a sua concretude.

Uma questão problemática pode ser investigada através de perspectivas diversas porque, de início, ela não se encontra atrelada a nenhuma delas: surge e brota da experiência cotidiana, dos entraves e obstáculos aos desejos e necessidades dos cidadãos. Thayer nos lembra que, para Dewey, a experiência é compreendida como método: trata-se

do nosso único acesso para que possamos conhecer e desvendar a natureza, processo que, por sua vez, aprofunda e enriquece o nosso conhecimento acerca dela. A experiência, portanto, é o ponto de partida para toda investigação científica (THAYER, 1969, p. 23; KELLOGG, 2007, p. 34 e ss).

Nesse momento, ainda não se encontram vinculadas a conceitos, disciplinas, teorias ou esquemas explicativos: tudo isso é desenvolvido após a constatação e demarcação de uma situação que é compreendida como problemática e nos dá o que pensar a respeito. Isso não implica que o desenvolvimento de ferramentas analíticas, como as que exemplificamos, seja inútil ou contraproducente, sendo o contrário: é precisamente porque a elaboração de teorias e a compartimentalização de problemas entre áreas de investigação específicas se mostra útil que elas precisam estar continuamente ajustadas com o tipo de problema ou questão que buscam explicar, clarificar ou responder.

O ajuste entre as nossas teorias e a realidade precisa ser contínuo: não só essa realidade é dinâmica, como também acaba por revelar as fragilidades das nossas explicações e teorias. O falibilismo consiste em abordar o conhecimento que possuímos do mundo circundante, reconhecendo as limitações inerentes à nossa condição humana. Assumindo que cada teoria que desenvolvemos é contestável, é imprescindível a formação de uma comunidade de pesquisadores que, investigando os fenômenos, possam também contestar uns aos outros à medida que encontram evidências, fatos ou elementos ainda não considerados pelos demais. A investigação é sempre coletiva, marcada por uma pluralidade de perspectivas e sustentada pela troca e pelo diálogo, sendo fundamental que as hipóteses de pesquisa pressionem o avanço da investigação em vez de sua obstrução e estagnação.

Abordagens em torno da atividade jurisprudencial normalmente tomam por foco os problemas e as complexidades de alguns casos individuais, em especial os mais célebres julgados das supremas cortes e os que adquiriram repercussão nacional ou internacional por razões diversas. Sob uma perspectiva pragmática, a fragilidade dessa

abordagem está em perder de vista a construção coletiva do direito. Embora tomadas individualmente, cada decisão jurídica existe apenas enquanto parte de uma totalidade mais ampla e que lhe impõe limites, condições de validade e critérios, para que seja tomada como válida ou inválida, e assim sucessivamente.

Um problema jurídico é, portanto, um que, de início, excede as preocupações de um jurista particular. Podemos chamá-los de transindividuais, ao dissolverem o dualismo entre as necessidades da coletividade e os interesses individuais, algo que já podemos observar no artigo de Dewey (1989, p. 68), *“From Custom to Conscience; From Group Morality to Personal Morality”*. Tomando a experiência como ponto de partida para a análise dos problemas jurídicos, segue-se que, embora específicos sob um ponto de vista técnico, eles dizem respeito também à autocompreensão social dos membros de uma dada comunidade: a resolução e o engajamento com a situação juridicamente problemática vão proporcionar um refinamento na compreensão que temos acerca da própria dinâmica de nosso sistema jurídico. A experiência, portanto, é permeada por uma circularidade que, por sua vez, marca o nosso próprio aprendizado e engajamento frente ao mundo.

Quando uma atividade é continuada no processo de uma série de consequências, quando a mudança ocasionada pela razão é refletida de volta na mudança realizada em nós, esse mero fluxo é permeado de significação. Aprendemos algo. Não se trata de experiência quando uma criança meramente colocada o seu dedo em uma chama; trata-se de experiência quando o movimento é conectado com a dor que ele sofre por consequência disso. (DEWEY, 1981, p. 495).

Mas como introduzir essa dinâmica circular no processo de decisão judicial? Em que medida se pode estabelecer um paralelo entre uma investigação científica e uma apreciação de um problema jurídico? A resposta a essas perguntas irá esclarecer o elo e servir de caminho para uma compreensão acerca da relevância do pragmatismo jurídico.

5 Contribuições do pragmatismo para uma análise contemporânea da decisão jurídica

Recapitulando parte do que fora dito, a objetividade e a racionalidade das decisões judiciais, no contexto das democracias contemporâneas, inserem-se no âmago das preocupações institucionais referentes à dinâmica do Estado de Direito. Com efeito, o desenvolvimento de critérios e *standards* capazes de tornar a decisão mais objetiva e previsível não só reforça a segurança jurídica e a separação dos poderes, como também impõe limites à adjudicação. Em uma perspectiva mais ampla, decisões jurídicas irracionais, ancoradas no arbítrio e nas predileções do magistrado, colocam em xeque a legitimidade do poder judiciário, fragilizando a democracia.

No entanto, as transformações na compreensão em torno da linguagem, como também da relação entre direito positivo e moral, tornam questionável a imagem usual que se tem da decisão jurídica enquanto subsunção do caso a um direito previamente estabelecido e claramente determinado. No que concerne ao âmbito da linguagem, considerável parte dos princípios jurídicos e de vários termos que compõem a nossa Constituição carregam um considerável grau de indeterminação. Torná-los mais claros através de descrições exaustivas parece não ser muito eficaz, uma vez que cada termo também precisará ser interpretado à luz dos demais, o que pode ampliar, em vez de minimizar, a indeterminação observada.

No tocante à relação entre direito positivo e moral, ao menos no Brasil, uma postura mais ativista do Supremo Tribunal Federal frente aos vários e persistentes problemas da sociedade brasileira demanda também uma reformulação sobre o próprio papel do poder judiciário. Sua função seria restrita à estabilização dos conflitos sociais, sendo, portanto, reativo frente aos inúmeros desafios? Ou ele poderia assumir certo protagonismo frente a um leque de questões urgentes, mas que ainda não receberam tratamento adequado pelos outros poderes?

Se observarmos três dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3, I, III e IV da CF/88), veremos que eles englobam os três poderes na construção de certo modelo de sociedade regido por relações sociais ancoradas no respeito às diferenças e em uma repartição dos recursos econômicos, de modo a minimizar as desigualdades socioeconômicas.

Muitas dessas questões, no entanto, são altamente controversas e lidam com princípios e termos jurídicos de alta indeterminação, que admitem múltiplas argumentações contraditórias, embora igualmente válidas. O reconhecimento da união estável das relações homoafetivas, a princípio, choca-se com o Art. 226, parágrafo 3º, da CF/88, na medida em que esse dispositivo claramente delimita a união estável como sendo aquela entre homem e mulher.

Uma interpretação como essa ignora todo o conjunto de valores que dão respaldo à autocompreensão de uma sociedade que se pretende pluralista e igualitária. Também deixa de lado uma apreciação do contexto histórico e das transformações socioculturais contra as quais a Constituição será interpretada e aplicada. Mesmo a literalidade do texto, muitas vezes concebida como absoluta, pode ser relativizada mediante o esclarecimento e a incorporação de novas perspectivas a uma temática examinada, como fora essa da união estável.

Uma vez que esses elementos passam a integrar também a fundamentação da decisão jurídica, fica cada vez mais difícil determinar o seu grau de objetividade. Em outras palavras, a racionalidade das decisões não nega a indeterminação do direito, pretendendo antes impor limites que tornem a aplicação do direito, como já observamos, previsível.

O pragmatismo jurídico confronta essa problemática através da dissolução da dicotomia subjetivo/objetivo. Reconhece a indeterminação da linguagem jurídica, portanto, uma margem de discricionariedade para o magistrado, ao mesmo tempo em que insere a sua decisão em uma totalidade critérios e parâmetros com os quais julgar. social e institucional que lhe é mais ampla e que lhe fornece

Recapitulemos que cada decisão existe como parte de uma história institucional, podendo tanto estabelecer continuidade quanto ruptura frente ao conjunto de decisões estabelecidas. Decisões judiciais, logo, não devem ser avaliadas apenas individualmente, mas também na relação que guardam com o contexto em que se inserem. É nesse sentido que elas podem ser concebidas como tentativas e ponderações individuais sobre problemas coletivos, compondo uma investigação que transcende o magistrado, ao mesmo tempo em que o integra.

Ilustremos essa reflexão teórica com uma situação prática. Consideremos o problema da eutanásia enquanto disponibilidade da própria vida. Há 30 anos, no país x, dois entendimentos dominantes representavam dois grupos específicos de magistrados: uns diziam que cabia inteiramente ao paciente decidir sobre os rumos de sua vida, principalmente em situações de grave debilidade ou estado terminal; outros diziam que a vida é claramente um bem indisponível, logo, tal hipótese seria absurda, cabendo ao Estado proteger a vida do indivíduo, ainda que contra ele mesmo.

As decisões ora se aproximavam de um extremo, ora de outro, mas se observava uma tendência a se decidir mais contrário do que a favor dessa questão. Alguns juízes, indecisos, até sustentavam que a vida é um bem jurídico indisponível, salvo em certas circunstâncias bastante específicas, nas quais viver se torna humanamente intolerável. O entendimento dominante, no entanto, é que não existe situação que altere a natureza jurídica desse bem.

Trinta anos depois, com transformações na medicina e na atuação do Estado perante a subjetividade do cidadão, o fortalecimento de uma atitude crítica frente ao modo como o Direito acaba por conduzir a condutas bastante questionáveis, uma vigilância ainda mais acentuada em torno da relação entre Estado e religião, visando mantê-los separados, e mesmo a introdução de novas perspectivas teóricas acerca da interpretação jurídica, começando a aparecer em inúmeras sentenças favoráveis à prática da eutanásia, a situação permanece

problemática? Sim, pois ainda desperta discussões e debates acirrados. Mas percebe-se uma reversão de tendência.

Ressaltar uma tendência é importante porque, posicionando cada decisão individual em uma zona de proximidade às duas posições majoritárias, nós podemos observar como, com o passar dos anos, o entendimento sobre uma mesma questão vai sendo alterado em meio a transformações institucionais que abrangem o direito e o seu contexto social, político e cultural. É nesse ponto que a interdisciplinaridade do pragmatismo jurídico aparece como vantajosa. Acrescente a isso o vínculo entre experiência e aprendizado: cada decisão produz uma consequência que afeta o mundo e, mais adiante, retorna ao sistema jurídico como uma resposta ao ato inicial. Discussões midiáticas sobre a posição majoritária do judiciário, protestos, livros, artigos e mesmo os múltiplos debates cotidianos compõem a compreensão social em torno das instituições jurídicas, seja para resguardá-las, seja para transformá-las.

Conclusão

Apresentamos o pragmatismo jurídico como uma perspectiva teórica diferenciada no que concerne à análise das decisões judiciais. Não somente contextualiza o direito, desenvolvendo uma compreensão histórica de suas práticas, como também o incorpora frente ao desenvolvimento e às transformações de outras áreas do social.

O seu caráter antifundacionalista faz com que a produção e reprodução do direito sejam imanentes ao agir e fazer humano: não só as várias normas como os valores que informam as práticas jurídicas, a exemplo do justo, são construídos e compreendidos a partir de contextos socioculturais determinados. A abordagem do fenômeno jurídico é contextual, ou seja, ele é compreendido como inscrito no conjunto de práticas que compõem a dinâmica social. Uma implicação significativa desse ponto é que não encontraremos, entre os autores do pragmatismo jurídico, teorias gerais do direito, mas descrições muito pontuais sobre a prática de adjudicação inscrita em uma cultura jurídica determinada.

Trazendo esses elementos para os debates constitucionais brasileiros, uma perspectiva pragmática pode ser importante, e mesmo útil, para que possamos repensar o papel do poder judiciário frente às desigualdades e patologias da sociedade brasileira, inclusive porque existem compromissos constitucionais para que elas desapareçam ou sejam minimizadas, daí a menção que fizemos aos três objetivos fundamentais da república federativa do Brasil.

Sob uma perspectiva pragmática, a interpretação das normas jurídicas precisa levar em consideração os três objetivos mencionados, uma vez que elas constituem meio, instrumentos, para a concretização de um fim, a saber, a ordem social que aqueles objetivos ilustram. Se o direito está a serviço das necessidades e carências sociais – e a própria Constituição reconhece e as toma como objetivos, a aplicação do direito precisa incorporar também uma reflexão consequencialista acerca das carências sociais que a própria legislação reconheceu e pretende confrontar. Ao pragmatismo jurídico, portanto, não interessam debates acerca da validade da norma, de adequação dos métodos de interpretação e a insistência em dualismos cujos efeitos nas circunstâncias sociais mais amplas, como os domínios da política, da economia e da cultura, são irrelevantes.

Tanto a norma jurídica quanto os conceitos jurídicos são instrumentos mobilizados para a resolução de problemas e questões que emergem do mundo social. O conjunto de decisões sobre um dado caso é semelhante a um programa difuso de pesquisa: cada magistrado pensa a questão ao seu modo, mas, juntos, compõem um corpo de decisões que traduzem, naquele momento, as impressões, tendências e abordagens majoritárias e minoritárias sobre a questão. Como na pesquisa, as abordagens vão sendo modificadas conforme o surgimento de novas perspectivas e ângulos de encarar a questão.

A proposta deste artigo consistiu em apresentar certas características e elementos do pragmatismo jurídico que são considerados fundamentais. Acreditamos que o pragmatismo jurídico pode ser uma peça importante para pensarmos uma dogmática jurídica

pluralista e crítica, capaz de se renovar em meio aos desafios que precisa enfrentar. A relevância da dogmática, afinal de contas, depende da sua criatividade em se autorrenovar frente às várias transformações sociais e políticas.

Referências

BUTLER, Brian E. Legal pragmatism: banal or beneficial as a jurisprudential position? **Essays in Philosophy**, United States. v. 3, n. 2, jun. 2002. Disponível em: <<http://commons.pacificu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=eip>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Quid Pro, LLC, 2010.

DEWEY, John. Experience and thinking. *In*: MCDERMOTT, John J (Org.). **The philosophy of John Dewey**. Chicago: The University of Chicago Press, 1981. p. 494-505.

_____. From custom to conscience; from group morality to personal morality. *In*: BOYDSTON, Jo Ann (Org.). **John Dewey, the later works, 1925-1953: 1932 Ethics**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1989. v. 7. p. 68-81.

DICKSTEIN, Morris. Introduction: Pragmatism then and now. *In*: DICKSTEIN, Morris (Org.). **The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture**. Durham: Duke University Press, 1998. p. 1-20.

EAMES, S. Morris. Experience and philosophical method. *In*: EAMES, Elizabeth R.; FIELD, Richard W (Org.). **Experience and value: essays on John Dewey and pragmatic naturalism**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2003. p. 14-28.

GREY, Thomas C. Freestanding legal pragmatism. *In*: DICKSTEIN, Morris (Org.). **The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture**. Durham: Duke University Press, 1998. p. 254-274.

KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., legal theory, and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

MARGOLIS, Joseph. Introduction: Pragmatism, retrospective and prospective. *In*: MARGOLIS, Joseph; SHOOK, John R. **A companion to pragmatism**. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 1-10.

MENAND, Louis. **The metaphysical club: a story of ideas in America**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2002.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *In*: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 381-404.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. What has pragmatism to offer law? *In*: BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law & society**. San Francisco: Westview Press, 1991. p. 1653-1670

SULLIVAN, Michael. **Legal pragmatism: community, rights, and democracy**. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2007.

THAYER, H. S. **The logic of pragmatism: an examination of John Dewey's logic**. New York: Greenwood Press, 1969.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007.

ZOLO, Danilo. The rule of law: a critical reappraisal. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **The rule of law: history, theory and criticism**. Netherlands: Springer, 2007. p. 3-71.

Recebido em: 02/02/2015

Aprovado em: 17/06/2015