

# A TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL PRAGMATISTA NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO À LUZ DO PENSAMENTO POSNERIANO

*Hioman Imperiano de Souza*<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo acadêmico visa tecer perspectivas sobre o pensamento jurídico-pragmático e os resultados práticos oriundos de sua operação na prestação jurisdicional. Sob um estudo bibliográfico e dedutivo, percebe-se que apesar do próprio pragmatismo ter origens seculares, porém, ao se examinar sob o enfoque da decisão judicial, nota-se características peculiares evolutivas modernas, sobretudo se quando objetiva uma eficiente atividade judicante por meio do exame prático das consequências que podem advir com o juízo decisional. Neste sentido, imperiosa a análise tanto da estrutura pragmática em si, como sua aplicabilidade no sistema de justiça, passando-se pelo modelo da Common Law, sobretudo o de índole norte-americano, até alcançar o ordenamento jurídico brasileiro inspirado na Civil Law. Ademais, o exame do pragmatismo jurídico através de um de seus expoentes máximos, Richard Allen Posner, permite a constatação do relevante aspecto utilitarista e consequencialista do discurso judicial para que se possa alcançar resoluções efetivamente racionais para as reais necessidades humanas e sociais. Logo, importa visualizar que a corrente posneriana do pragmatismo possui grande peso no esquema judicial nacional, cabendo, portanto, analisar suas implicações.

**Palavras-chave:** Decisão Judicial. Pragmatismo. Civil Law.

## ABSTRACT

This academic article aims to weave perspectives on legal-pragmatic thinking and practical results from its operation in the jurisdictional provision. Under a bibliographic and deductive study, it is clear that although pragmatism itself has secular origins, however, when examining it from the perspective of the judicial decision, one can notice peculiar modern evolutionary characteristics, especially if, when aiming at an

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), Escola Superior da Magistratura (ESMA/PB) e Fundação Superior do Ministério Público (FESMIP/PB). Magistrado instrutor do Tribunal de Justiça da Paraíba. Pesquisador e Professor universitário de Graduação e Pós-Graduação em Direito (FTM/EESAP).

efficient judiciary activity through the practical examination of the consequences that may arise with the decision-making judgment. In this sense, it is imperative to analyze both the pragmatic structure itself, as well as its applicability in the justice system, passing through the Common Law model, especially the North American one, until reaching the Brazilian legal system inspired by Civil Law. Following, the examination of legal pragmatism through one of its maximum exponents, Richard Allen Posner, allows the verification of the relevant utilitarian and consequentialist aspect of the judicial discourse in order to achieve effectively rational resolutions for the real human and social needs. Therefore, it is important to visualize that the posnerian current of pragmatism has great weight in the national judicial scheme, therefore, it is necessary to analyze its implications.

**Keywords:** Judicial decision. Pragmatism. Civil Law.

## INTRODUÇÃO

O modelo judicial brasileiro vem sendo reconstruído sob um prisma de concretude que visa muito mais traduzir aspectos práticos produzidos através da tomada de decisão judicial, do que meramente discursivos ou mesmos no campo das elucubrações e hipóteses.

Para tanto, nota-se a visível influência do denominado pensamento jurídico-pragmático, o qual, a despeito de remontar séculos anteriores, tem como um de seus precursores mais contemporâneos o jurista norte-americano Richard Allen Posner.

Valendo-se de uma pesquisa eminentemente bibliográfica e por meio do método dedutivo de tratamento das ideias, será abordado neste trabalho a evolução desta corrente jurídica, desde a análise do próprio termo “pragmatismo”, seus principais expoentes e a doutrina posneriana aplicada no ordenamento jurídico.

Seguidamente, demonstrar-se-á como o modelo decisional brasileiro importou do sistema norte-americano da “Common Law” institutos norteadores para a aplicação da teoria do pragmatismo jurídico em seu puro aspecto no âmbito do Poder Judiciário do Brasil, cuja estrutura se baseia precipuamente nos ditames da “Civil Law”.

Por fim, possível será a visualização do legado de Richard Posner para o esquema judicial nacional, destacando-se espécies legislativas e decisões judiciais da Suprema Corte brasileira (Supremo Tribunal Federal – STF), onde se constatará o *modus operandi* do próprio pragmatismo na prestação jurisdicional.

## 1 O PENSAMENTO JURÍDICO-PRAGMÁTICO

Para se entender o pensamento pragmático aplicado às Ciências Jurídicas, mister, inicialmente, a análise etimológica ou taxonômica da raiz da palavra “pragmático”.

A rigor, o termo “*pragma*”, extraído da Grécia classicista remonta a uma “concreta realidade”. Charles Sanders Peirce utilizou-se desse termo para fundar sua teoria jurídica filosófica acerca do pragmatismo, o qual consiste em analisar as crenças humanas como hábitos da mente, ou seja, algo que move as pessoas à ação, conforme referem Eisenberg e Pogrebinschi.<sup>2</sup>

Pode-se ainda dizer inclusive que

o ambiente pragmático já é visível na Odisseia (...) a piedade de Odisseu é pragmática porque sua religião é naturalística (é simplesmente o meio mais eficaz conhecido pela sociedade dele para controlar o meio ambiente, exatamente como a ciência e tecnologia são os meios mais eficazes pelos quais pessoas modernas controlam seu ambiente).<sup>3</sup>

Percebe-se que com o passar das eras, o pragmatismo foi explicado maximamente à luz de seu expositor. Neste sentido, no plano jurídico, o norte-americano Ricard Allen Posner, a partir dos anos de 1980 se vale do sobretudo pragmatismo, partindo para o exame de proposições devido às consequências e conformidades com as necessidades humanas e sociais.

Pragmatistas não duvidam que ‘verdadeiro’ e ‘falso’ são significativamente atribuídos à proposições, mas, consistente com ênfase nas consequências; eles gostam de dizer que uma proposição é verdadeira (‘verdadeira o suficiente para ser mais preciso) se as consequências que prevê ou implica, de fato ocorrerem.<sup>4</sup>

Em sua obra “A problemática da teoria moral e jurídica”, Posner discorre acerca do modo como a Teoria do Direito se mostra impregnada por teorias morais, quando, na verdade, o mesmo autor defende que:

O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência do “caráter local” do

---

<sup>2</sup> EISENBERG, J; POGREBINSCHI, T. *Pragmatismo, direito e política*. Rio de Janeiro: Dados Revista de Ciências Sociais, 2002, p. 107.

<sup>3</sup> POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. United States of America. First Harvard University Press paperback edition: 2005, p. 27

<sup>4</sup> Idem, p. 6.

conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da “verdade”, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e ação sociais sejam válidos como instrumentos a serviço de objetivos humanos tido em alto apreço, e não como fins em si mesmos.<sup>5</sup>

Nota-se um certo caráter desilusionista proposto por Posner, o qual visa desnudar e purificar o pensamento pragmático, a fim de solucionar problemas práticos, concretos, logicamente sem perder o contato com outros ramos do conhecimento.

Defende-se, em verdade, para a atividade judicante que os magistrados devem examinar um caso jurídico apresentando deduções argumentativas para a exata operação e aplicação do direito.

Este pensamento pragmatista-jurídico(legal) posneriano volta-se para o cotidiano, o “dia a dia”, valendo-se do senso comum para resolver problemas, com intrínseco atrelamento à uma visão prática das ações para alcançar certa finalidade.

O pragmatismo legal envolve considerações de conseqüências sistêmicas; O critério final de adjudicação pragmática é a razoabilidade; (...) Pragmatismo legal é empirista; (...) Pragmatismo legal é hostil à ideia de usar a moral abstrata e a teoria política para guiar a elaboração da decisão judicial; (...) O juiz pragmático tende a favorecer bases estreitas sobre amplas decisões nas fases iniciais da evolução de uma doutrina jurídica; (...) O pragmatismo legal não é um suplemento para o formalismo, e assim é distinto do positivismo de Hart; (...) O pragmatismo legal é simpático para com a concepção sofística e aristotélica da retórica como um modo de raciocínio; (...) O pragmatismo legal é diferente dos estudos do realismo jurídico; (...) Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas conseqüências da constante adesão às virtudes do império da lei.<sup>6</sup>

Pode-se dizer que Posner igualmente reconhece em há situações abertas/lacunosas, não preenchidas pelo positivismo jurídico, em que os juízes se valem da discricionariedade para elaborar suas decisões extraíndo normas com base em seus valores. No entanto, a partir do momento que assim agem, acabam por se retirar do âmbito do direito propriamente.

Neste contexto, o direito advém de decisões/discussões oriundas de processos judiciários as quais por vezes não são necessariamente fulcradas nas tradicionais fontes positivistas, de maneira que os julgadores podem se deslocar para além de tais fontes,

---

<sup>5</sup> POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 358 e 380.

<sup>6</sup> POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. United States of America. First Harvard University Press paperback edition: 2005, p. 63.

valendo-se, por exemplo, da teoria moral. Todavia, enquanto houver opções positivistas, estas apenas devem ser consideradas se forem melhores que as outras alternativas. Segue-se, portanto, a árdua tarefa de selecionar qual o melhor caminho/discurso a ser adotado no caso concreto.

O sentido oficial do processo judiciário, para concentrarmos-nos num dos modos mais importantes do discurso judicial, é o de instrumento de composição de uma lide. Sob o ponto de vista da situação comunicativa discursiva, diríamos que se trata de uma relação entre diversos partícipes, cujo sentido é a representação da busca de uma decisão, de acordo com certas regras.<sup>7</sup>

Segue Posner:

os magistrados e outros tomadores de decisões devem pensar sempre em termos de consequências, sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática.<sup>8</sup>

Percebe-se a feição prática que Posner imprime à prestação do serviço jurisdicional que seja alheio tanto ao formalismo da lei como ao pragmatismo filosófico, revelando, contudo, muitas vezes ser possível que obrigações morais possam ser inclusive confundidas com obrigações jurídicas, o que de certa forma levaria a pensar que o direito fundamenta a moral, embora defenda-se que a moralidade em nada toca a decisão (devendo esta atingir sua finalidade utilitarista).

Mais detidamente, considerando que a prestação jurisdicional se mostra como uma atividade de cunho textual, uma vez o decisor supera a aplicação da positividade normativa, pode-se gerar a impressão de que esteja adentrando na esfera da moral. Em verdade, os magistrados não carecem de tomar posições em pontos morais, até porque eventuais considerações de cunho moral são subdivisões das pontuações úteis e válidas para o pensamento judicante.

Obviamente, não se pode olvidar que perpetuamente o julgador se depara com problemas cuja resolução vai além do texto positivado, todavia, tal não resulta na conclusão de que se enfrenta um “dilema moral”. Neste ponto, de acordo com Posner, a teoria moral pode ser usada pelos juízes se eles assim entenderem pertinente.

A abordagem judicial pragmática de Posner enquanto teoria normativa atribui às consequências práticas das decisões judiciais um fator decisivo nas considerações dos juízes.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 73/74.

<sup>8</sup> POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 299.

<sup>9</sup> POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358.

Seguindo este raciocínio, Posner também destaca que as teorias jurídicas em princípio são ambiciosas quando buscam abranger outras áreas como a economia, a teoria pública ou moral para regular as decisões judiciais.<sup>10</sup>

É certo que no pensamento jurídico-pragmático posneriano, dá-se grande relevância aos aspectos práticos, às consequências concretas, aos resultados realizados/realizáveis, fruto de um “*decisum*”. Mas isto não significa atribuir um aspecto puro e simplesmente consequencialista, pois, *verba gratia*, em um caso de abuso sexual onde inexistente controvérsia teórica, porém, pode haver divergência quanto à percepção dos danos causados à vítima.

Aliás, segue Posner afirmando não conhecer

nenhum pragmático que se considere consequencialista, mas dois notáveis precursores, Bentham<sup>11</sup> e Stuart Mill<sup>12</sup> foram, e não há dúvida de que o pragmatismo está mais perto do consequencialismo do que da deontologia.<sup>13</sup>

Pontua ainda que

a tomada de decisões judiciais é uma forma truncada de consequencialismo. Certamente o vasto número de decisões judiciais que são genuinamente interpretativas não são consequencialistas, no sentido comum da palavra.<sup>14</sup>

Destaque-se que:

i) o pragmatismo deve ser entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações e; ii) os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado.<sup>15</sup>

Em verdade, aquele julgador tido como um tradicional-positivista tem para si a preocupação de manter a coerência com decisões anteriores e respeito às fontes do

---

<sup>10</sup> Vide POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>11</sup> O londrino iluminista Jeremy Bentham foi considerado um relevante jurista de sua época, tendo idealizado a elaboração de um sistema de filosofia moral com um viés concreto, vale dizer, preocupando-se em realizar soluções práticas para a sociedade.

<sup>12</sup> John Stuart Mill, igualmente londrino, consagrou-se como filósofo e economista de referência, tendo advogado o utilitarismo, esta como sendo uma teoria ética pugnada de início por seu padrinho Jeremy Bentham.

<sup>13</sup> POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. United States of America. First Harvard University Press paperback edition: 2005, p. 65.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> POSNER, Richard A.. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 380.

direito. Já o julgador pragmatista só se ocupa em assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro.<sup>16</sup>

Isto, porém, não resulta em concluir que o juiz pragmatista não possua interesse, por exemplo, pela jurisprudência, legislação ou outros modos de revelação do direito, mas apenas que ele deterá outras prioridades. O modo de ver do decisor pragmatista será de que essas fontes se mostram como umas dentre outras várias informações passíveis de utilização quando da elaboração da decisão judicial, não havendo relação de dependência para com as mesmas a fim de se chegar a um desiderato.

Há ainda críticos do pensamento jurídico-pragmático de Posner, como aqueles que aduzem ser a visão de Posner uma mera releitura filosófica vazia e cotidiana sobre o pragmatismo, haja vista não comportar nenhuma forma racional de decisão por parte dos juízes.<sup>17</sup>

Dirige-se igualmente a ideia de que o modo de agir posneriano seria muito mais uma conduta tida como “antipragmática” a partir do momento que há rejeição de conceitos, como da moral ou mesmo da política.<sup>18</sup>

Entretanto, deflui-se da corrente ora em análise que, a despeito de outros doutrinadores afirmarem que Posner não identificaria exatamente quais seriam os fins promovidos pelo juiz pragmático, tem-se que, na verdade, a ideia é de que o julgador possui sua própria linha de raciocínio sobre as necessidades e interesses da mesma comunidade, de modo que sopesará distintamente as consequências/fins de sua decisão.

Não se trata de não se poder atribuir verdades ou falsidades quando do julgamento, no entanto, a decisão deve ser realizada da descoberta do que ocorreu, descabendo a espera pela verdade.

Logo, inexistindo critérios absolutos para definir a melhor interpretação, existem casos que simplesmente não há respostas corretas, visto que a incerteza na decisão judicial decorre da incerteza da verdade dos fatos alegados e não propriamente da incerteza do direito.

---

<sup>16</sup> Op.Cit., 2012.

<sup>17</sup> Cf. SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2007.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

## 2 SISTEMA BRASILEIRO DA CIVIL LAW E PRAGMATISMO JURÍDICO

Antes do exame entre o sistema jurídico da chamada “Civil Law” e o modelo pragmatista de Richard Allen Posner, inicialmente vale trazer a lume uma sumaríssima síntese histórica da tradição da “Common Law”, também conhecida como “direito inglês”, máxime porquanto a doutrina posneriana tratada neste trabalho tem como expoente um norte-americano cuja influência inglesa é inegável. Mister, portanto, partir para a compreensão das lutas e história da própria Inglaterra.

Já no século XV, a estrutura do direito inglês toma um aspecto dual, compondo-se, de um lado, pela “Common Law” e, paralelamente, pela “Equity”. A partir deste contexto, percebe-se uma distinção singular entre as chamadas tradições “jurídicas romano-germânica” e “anglo-saxônica”.

Vale dizer, a independência das Cortes inglesas e a pouca interferência do Poder Legislativo, torna-se mais um corolário do fato de que o sistema jurídico que governava as decisões das Cortes era o da “Common Law”.<sup>19</sup>

Denota-se que foi justamente neste período que o caminho da “Common Law” se fixa enquanto um “consuetudo” jurídico, isto é, um direito consuetudinário expresso através de órgãos prolores de decisões judiciais, colocando a legislação como verdadeira fonte secundária de surgimento do direito.

Relativamente à introjecção do sistema jurídico anglo-saxônico em terras norte-americanas,

o Common Law foi um agente do imperialismo norte-americano. Essa norma foi fundamental à economia norte-americana, impulsionando o desenvolvimento social.<sup>20</sup>

Percebe-se a não vinculação de suas próprias decisões, no que tange ao sistema de justiça dos Estados Unidos da América, seja ao nível da “Supreme Court of the United States”, seja referente às “Federal Courts” e “State Courts”, ante justamente ao caráter soberano dos Estados-Federados, derivando assim um sistema de “Common Law” com maior estabilidade e durabilidade.

---

<sup>19</sup> HAYEK, Frederick A. *Law, Legislation and Liberty*. v. 1. Chicago: University of Chicago Press, 1973. p. 85.

<sup>20</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil*. p.44.



Fato é que tanto os EUA como a Inglaterra convergem em um elemento comum, como sendo a doutrina do precedente judicial (“stare decisis”), de maneira que o *decisum* que tenha se sedimentado (precedente) passa a ser o “leading case”.<sup>21</sup>

Entretanto, para Posner, o Poder Judiciário não deve ser posto como uma associação ou clube para debates teóricos, de modo que a resolução das controvérsias não deve/deveria se prostrar fora do alcance da Constituição com indiferença às pessoas que são/serão diretamente atingidas pela decisão.

Como vimos no tópico anterior, na verdade Posner busca impedir aproximações entre discussões morais com temas constitucionais de maior complexidade, guiando as discussões jurídicas através de instrumentos pragmáticos.

Pois bem, realizada estas breves considerações, há que volvermos agora ao ordenamento jurídico brasileiro, onde tanto se debate o fenômeno do “ativismo judicial”.<sup>22</sup>

A despeito o sistema romano-germânico da “Civil Law” implementado no Brasil, é certo que diante de várias deficiências legislativas no direito nacional, acaba derrocando em uma postura mais interventiva do Poder Judiciário, sabendo-se, todavia, que no próprio sistema de repartição de competência dos Poderes da República, a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 remete o caráter de operador e aplicador das leis elaboradas pelo Legislativo ao Judiciário.

É diante deste cenário e com a absorção de uma perspectiva da atuação judicial estabelecida nos ordenamentos jurídicos elaborados com espeque na tradição da “Common Law”, que muitas das “normas de decisão”<sup>23</sup> prolatadas pelo Poder Judiciário brasileiro se mostram muito mais pragmatistas que formalistas.

Viu-se alhures que em sua essência, o que o pragmatismo almeja afastar das decisões judiciais questões metafísicas, filosóficas, as quais interfiram na objetividade

---

<sup>21</sup> V.g.: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1Cranch) 137 (1803).

<sup>22</sup> “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (...) O ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365/366).

<sup>23</sup> “Existe a norma jurídica e norma de decisão. A primeira decorre da interpretação do texto normativo, enquanto a outra decorre da formulação de uma decisão judicial. (...) A partir da norma jurídica, o juiz profere uma decisão, considerando não somente os elementos que se desprendem do texto, mas também baseado em elementos da realidade. Na verdade, o juiz constitui o direito” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 28 e 32).

do julgador para lidar com as questões difíceis e refletir sobre a eficiência e a promoção do bem-estar e do desenvolvimento social.

Depurou-se ainda que ao partir destas premissas, o pensamento jurídico-pragmático oferece um modelo interpretativo de que as decisões judiciais merecem estar afastadas de vieses políticos e conceitos morais ou religiosos, devendo considerar as consequências da própria decisão (tanto as específicas como as sistêmicas) passando-se com isso a subsidiar o progresso social com ferramentas mais eficazes de respostas aos cidadãos na solução dos conflitos sociais.

É dizer que, existindo apenas uma única interpretação para determinada situação posta ao crivo do julgador, não há tanta dificuldade em aplicá-la. Todavia, coexistindo distintos resultados interpretativos e todos eles sendo plenamente justificáveis e possíveis, nestas circunstâncias é justamente o pensamento pragmático, de avaliar as consequências concretas que deve ser sopesado.

Para o pragmatismo jurídico, “nem a lei, nem a Constituição, nem qualquer outra base normativa serão consideradas como únicas fontes”.<sup>24</sup> Em razão disso, importa-se efetivamente com as consequências da decisão, não propriamente o império da norma. Acentua-se a preocupação com as consequências ou uma disposição de ancorar julgamentos em fatos e consequências em vez de conceitualismos e generalidades, uma vez que as consequências específicas do caso concreto como consequências sistêmicas, inclusive institucionais, fazem parte do processo decisório.

Por fim, como dado concreto, observando-se o Anuário da Justiça do ano de 2010, verificou-se que 46% dos integrantes do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos demais Tribunais Superiores brasileiros (STJ, TSE, TST, STM) responderam de forma positiva ao questionamento sobre se “ao julgar, o juiz deve levar em conta o impacto da sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade”<sup>25</sup>, demonstrando-se com isso o relevante reflexo do pensamento pragmático na prestação do serviço público jurisdicional.

---

<sup>24</sup> ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 117.

<sup>25</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Anuário da Justiça - ano 2010*, pp. 08/09.

### 3 LEGADO POSNER PARA O BRASIL – DESTAQUES LEGISLATIVOS E DECISIONAIS

Consideradas as disposições sobre o pragmatismo tratado por Richard Allen Posner e feitas digressões acerca de suas implicações no sistema da Civil Law e no ordenamento jurídico brasileiro, traremos neste tópico final de legislações e decisões judiciais proferidas no âmbito do sistema de justiça do Brasil que, direta ou indiretamente, trazem em seu bojo, em maior ou menor proporção, o pragmático posneriano.

Em um primeiro momento, trazemos hipóteses em que a legislação, seja por meio de suas cláusulas gerais<sup>26</sup> ou conceitos jurídicos indeterminados<sup>27</sup>, permite ao julgador vislumbrar certos modelos de consequências como relevantes para a operação e aplicação normativa.

Veja-se, como exemplo, o artigo 121, parágrafo 5º, do Código Penal brasileiro, ao tratar do tipo penal de homicídio culposo, sendo autorizado ao magistrado deixar de aplicar a pena em caso das consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. A própria norma-regra<sup>28</sup> permite então ao juiz elaborar um senso (pragmático) de consequência ao aplicar a pena nesta circunstância.

Note-se agora que o artigo 421, do Código Civil brasileiro, a partir do momento que permite a liberdade de contratar, também exige que a mesma deverá ser exercida em razão e nos limites da “função social do contrato”<sup>29</sup>. Cabe pontuar que esta última

---

<sup>26</sup> “Normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas” (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19).

<sup>27</sup> “O conceito jurídico indeterminado, entendido como um dispositivo vago e que também possibilita interpretação ampla, não depende de edição posterior de outra norma. É instituto de grande amplitude, ou de *fluidez*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29).

<sup>28</sup> “A norma jurídica é um imperativo sancionador, isto é, estabelece um dever-ser e uma sanção no caso de seu descumprimento. Assim, para o autor, a norma é um juízo hipotético ou condicional em que o antecedente significa o não atendimento à sua prescrição e o conseqüente determina a aplicação de uma sanção”. (Vide KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 6ª ed., 2004) / “Normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, permitem ou proíbem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”. (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Amedina, 6ª ed., 1993).

<sup>29</sup> “O art. 421 é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral. A ‘função social do contrato’ prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui clausula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela

expressão se denota como um conceito jurídico indeterminado, o qual pode ser interpretado como verdadeiro limitador/mitigador da liberdade contratual quando o exercício de tal liberdade possa desaguar em externalidades negativas nas searas econômicas, sociais ou ambientais.

Interessante também pontuar a previsão normativa do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, que regula as principais ações concentradas de controle de constitucionalidade<sup>30</sup>, a qual permite o Supremo Tribunal Federal, ao exarar juízo de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e considerando razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, possa restringir os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado.<sup>31</sup>

Agora, sob o aspecto decisional, vale a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.501, em que ficou decidida pela inconstitucionalidade da lei estadual que autorizava, reconhecia e credenciava cursos de instituições superiores privadas. Pontuou-se no Acórdão que tal atribuição é exclusiva da União, decidindo-se também pela modulação dos efeitos decisórios para que fossem tidos como válidos os atos praticados pelas instituições de ensino até a data da publicação da decisão.

Outra decisão relevante e voltada ao pensamento pragmatista foi a proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.946, onde o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou o entendimento que o teto de pagamento de benefícios previdenciários deveria ser interpretado conforme à Constituição, de modo a excluir do seu âmbito de incidência o salário da licença à gestante.

Nestes passos, firmou-se a posição que obrigar os empregadores a arcar com o salário da gestante no período da licença funcionaria como um incentivo contrário à

---

externa do crédito; reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas e não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presente interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010. p. 365).

<sup>30</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

<sup>31</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Este dispositivo legal inaugura a chamada “modulação de efeitos” no controle de constitucionalidade. O STF utilizou esse dispositivo, por exemplo, ao julgar inconstitucional a previsão dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que ampliavam para dez anos os prazos de prescrição e decadência das contribuições previdenciárias. A problemática, nesse caso, é definir se impactos econômicos sobre os cofres públicos podem limitar direitos e garantias tributárias conferidas aos contribuintes. Esse exemplo também revela que, a depender do caso concreto, só a utilização de um conceito jurídico indeterminado é insuficiente para valorar uma consideração de consequência, pois razões jurídicas de maior relevância se tornam necessárias em virtude da importância relativa de direitos e princípios concorrentes.

contratação de mulheres no mercado de trabalho. Percebe-se que a consequência considerada foi reconduzida ao princípio da isonomia, visando extirpar a distinção salarial discriminatória, e desigualdade de funções entre homens e mulheres, em que, com fulcro neste mandamento constitucional tal foi a consequência impressa como juridicamente relevante.

Em outro momento, desta vez nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) nºs 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.578, que trataram da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, a qual trata das circunstâncias de inelegibilidade para cargos públicos. Nestas Ações, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade do artigo 1º da referida legislação que trouxe novas hipóteses de inelegibilidades em caso da prática de crimes eleitorais, reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado ou por meio de órgão judicial colegiado (neste ponto independente do trânsito em julgado).

Foi justamente na hipótese de julgamento por parte de órgão judicial colegiado, cuja decisão serviria de base para declarar inelegível certo candidato a mandato eletivo, onde se discutiu acerca de suposta violação à disposição constitucional que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ao cabo decisório e vislumbrando-se o grande clamor social, máxime diante de condutas criminosas de agentes políticos, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos legais, à luz de princípios como da moralidade administrativa e à probidade, vislumbrando-se a aplicação do pragmatismo jurídico considerado como essencial para o interesse público.

Vale ainda trazer à baila outra decisão judicial que também traz reflexões sob o prisma do pragmatismo jurídico, como sendo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, as quais tratam do tema união estável entre casais com identidade de sexo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) se deparou com o mandamento contido no parágrafo 3º, do artigo 226, do Texto Constitucional de 1988, o qual reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, logo, não se mencionando a chamada “união homoafetiva”.

Em suma, e tendo à frente uma “*opinio societatis*” deveras fracionada no que tange ao reconhecimento dos efeitos civis da união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal (STF) interpretou que as ferramentas constitucionais na verdade tratam de igualdade de direitos entre os cidadãos e a promoção do bem coletivo, não havendo que se falar em qualquer tipo discriminação negativa.

Portanto, neste caso, uma vez mais, a Suprema Corte brasileira demonstrou uma postura pragmática quando ampliou a interpretação dos dispositivos constitucionais em nome da garantia da eficiência da decisão judicial, conferindo legitimidade a relações entre pessoas do mesmo sexo.

De todo o exposto, percebe-se de fato a ingerência do pragmatismo jurídico/legal na jurisdição brasileira, cuja aplicação em verdade percorre todas as instâncias judiciais do sistema de justiça nacional.

## **CONCLUSÃO**

Depurou-se desta pesquisa que o ordenamento judicial brasileiro, fulcrado na “Civil Law”, traz em seu cotidiano jurisdicional verdadeira adoção e aplicação com pragmatismo jurídico, tornando-se uma realidade concreta, sobretudo na Corte Suprema do país.

Denotou-se igualmente que este pensamento, na sua essência, viabiliza ao Poder Judiciário como um todo ser mais sensível à realidade social onde presta o serviço jurisdicional, de modo que o órgão decisor passa a sopesar aspectos práticos das consequências da tomada de decisão.

Neste diapasão, o puro aspecto dogmático-conceitual dos institutos jurídicos dá vazão à seara prático-consequencial, orientando o Estado-Juiz a elaborar e proferir uma decisão tanto mais eficiente quando mais adequada à solução dos males sociais surgidos na sociedade, transitando inclusive pelos terrenos da segurança jurídica e da previsibilidade decisória.

Enfim, viu-se que o modo de tratar o pensamento jurídico-pragmático por parte de Richard Allen Posner influi consideravelmente na atividade judicante brasileira, fazendo com que a própria decisão judicial evolua ao ponto de vislumbrar conjuntamente seus efeitos concretos e assim poder ser proferida com mais racionalidade e justiça.

## REFERÊNCIAS

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Anuário Judicial - ano 2010*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Amedina, 6ª ed., 1993.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil*.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

EISENBERG, J; POGREBINSCHI, T. *Pragmatismo, direito e política*. Rio de Janeiro: Dados Revista de Ciências Sociais, 2002.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997.

HAYEK, Frederick A. *Law, Legislation and Liberty*. v. 1. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 6ª ed., 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

\_\_\_\_\_. *Law, pragmatism, and democracy*. United States of America: First Harvard University Press paperback edition, 2005.

\_\_\_\_\_. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.