

Considerações jusfilosóficas acerca do ato judicial no direito brasileiro: uma abordagem a partir do pragmatismo jurídico

The judicial act in the brazilian law: a study based at the legal pragmatism

Antonio Alves Pereira Netto¹

RESUMO: O presente trabalho tem como tema principal o estudo do ato judicial no direito brasileiro tomando como referencial teórico a corrente jusfilosófica do Pragmatismo Jurídico. Tem como objetivo analisar a aplicabilidade dessa teoria sobre o ato judicial na realidade jurídica brasileira, o que se mostra como um desafio em razão da base formal e dogmática tradicionalmente difundida no direito nacional. Propõe a adequada aportação dessa teoria jusfilosófica como uma forma moderna de se determinar em relação ao ordenamento jurídico, sem que isso precise implicar numa atitude antidogmática.

Palavras-chave: Pragmatismo Jurídico; Discricionariedade; Interpretação; Ato Judicial.

ABSTRACT: This work's main subject is the study of the judicial act in Brazilian law, taking as a theoretical reference the philosophic doctrine of Legal Pragmatism. Its purpose is to analyze the applicability of this theory about judicial act at the Brazilian system of law, what seems to be a challenge because of its formal and dogmatic tradition. Come up with the idea that the pragmatic way of judicial justification should be brought to the Brazilians doctrines as a modern way to comprehend the system of Law, and that it not necessarily means a completely anti-dogmatic trend.

Key-words: Juridical Pragmatism; Discretionary Activity; Interpretation; Judicial Act.

Sumário: 1 Introdução. 2 O ato judicial sob a perspectiva do Pragmatismo Jurídico. 3 As críticas de Ronald Dworkin ao Pragmatismo Jurídico. 4 Consequencialismo e contextualismo como possibilidades inerentes à função jurisdicional no direito brasileiro. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Estando firme a convicção de que os momentos de criação e interpretação normativa não estão tão distantes como recorrentemente se afirma; sendo certo que o exercício judicial de interpretação importa em verdadeira criação do direito e não na sua descoberta; reconhecida a impossibilidade de separação hermenêutica entre o intérprete (juiz) e o objeto de interpretação (texto normativo); reconhecida a imprecisão do texto normativo em virtude

¹ Aluno do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), bolsista CAPES, Graduado em Direito pela UFAL. UFAL, Maceió/AL – Brasil. E-mail: antonioatn@gmail.com.

da abertura semântica inerente a qualquer forma de linguagem; conclui-se pela existência de um espaço de decisão no qual o aplicador do Direito se vê livre para, de acordo com o seu livre convencimento, interpretar a norma e dar a solução jurídica ao caso que se apresenta.

Nesse espaço, o aplicador do direito fica livre para escolher entre as várias interpretações possíveis (em decorrência da abertura semântica), dando ao caso aquela que lhe parecer mais justa, a partir de uma valoração própria do que considera “correto” e “de acordo com o Direito”.

Nesse contexto, o desafio do presente trabalho é de estudar essa amplitude inescapável ao ato judicial, seguindo as bases do direito brasileiro, mas sob a perspectiva do Pragmatismo Jurídico, corrente filosófica desenvolvida nos Estados Unidos.

Num primeiro momento, são delineados os contornos dessa teoria jurídica sob os ideais de um de seus defensores mais radicais, Richard Allen Posner. Em seguida, são feitas várias críticas ao pragmatismo exacerbado por meio de Ronald Dworkin, que embora afirme defender uma teoria jurídica própria, “o direito como integridade”, também é visto por muitos (e pelo próprio Richard A. Posner (2009)) como um filósofo pragmatista moderado. Por fim, os debates teóricos desenvolvidos são trazidos para a realidade jurídica brasileira, oportunidade em que se propõe uma aportação de alguns dos fundamentos pragmatistas, como o contextualismo e o consequencialismo, como forma de aproximar o direito nacional da realidade em que incide.

As diversas possibilidades inerentes ao ato judicial é um dos focos do trabalho, mas a discussão não alcança o debate sobre ativismo judicial². As investigações em tela se dão no sentido de questionar somente se a apreciação discricionária das diversas soluções possíveis para determinado caso compõe a própria rotina de julgar, como um desdobramento natural desse ato. Nessa linha, as indagações incluem no questionamento se considerações contextuais e consequencialistas são capazes de fundamentar válida e legitimamente os atos judiciais no direito brasileiro, assim como pacificamente ocorre com os atos administrativos.

² Ativismo judicial aqui é tomado no sentido da ação que provoca conflito de competência entre os Poderes a partir de um excesso de atuação dos tribunais ou qualquer forma pejorativa de abusos por parte de atuações judiciais. Isso também não significa, por outro lado, que se acredite que o Poder Judiciário não exerça um papel ativo na concretização da democracia.

2 O ato judicial sob a perspectiva do Pragmatismo Jurídico

Uma das características do Pragmatismo Jurídico é propor uma visão diferente sobre o direito. Ordinariamente, incumbe ao Poder Judiciário se voltar para fatos passados, aplicando ao caso uma solução jurídica que ponha fim a determinado litígio já instaurado. Exceto pelas demandas que por sua própria natureza envolvam uma análise prospectiva (as medidas cautelares, por exemplo), tradicionalmente os efeitos das decisões judiciais não configuram uma preocupação atrelada à sua argumentação justificadora.

Desenvolvido nos Estados Unidos da América, onde Direito e Economia são correntemente estudados em conjunto, inclusive onde são avaliados os impactos financeiros das decisões judiciais como fundamento para elas mesmas, o Pragmatismo Jurídico cuida de teoria que busca justificção para os atos judiciais a partir da razão prática, e não de modelos formais rígidos ou justificativas teóricas, como a busca de um sentido pré-existente na norma.

70

Por esse apelo à praticidade, ao consequencialismo, e fundado na crença de que o subjetivo é algo inafastável das decisões judiciais, sofre duras críticas, inclusive de compatriotas, como Ronald Dworkin, autor que prefere defender teoria própria, que chama de “o direito como integridade”. Assim, não é surpresa que sua propagação no Brasil seja igualmente polêmica, ante nossa base cultural formalista e dogmática. É pertinente, entretanto, um estudo dessa teoria como forma de melhor compreender o ato judicial e aproveitar dela aquilo que parecer ser melhor, respeitando a formatação jurídica brasileira.

O contextualismo, o consequencialismo e o anti-fundacionalismo são as três características principais do pragmatismo. O contextualismo está ligado com a necessidade de que decisões sejam tomadas de acordo com as necessidades humanas do momento da decisão. O consequencialismo, requer um exame dos prováveis efeitos das decisões como etapa da sua elaboração e o anti-fundacionalismo consiste na rejeição de entidades metafísicas, princípios perpétuos, critérios prévios e universais, dogmas inquestionáveis, a guiar a tomada de decisão (POGREBINSCHI, 2005, pp. 26-49).

Assim, pode-se dizer que o pragmatismo não é efetivamente uma teoria do direito, estando mais próximo de uma teoria sobre o ato judicial. Em suas investigações sobre o ato

judicial, o toma como o evento mais importante do direito, do qual efetivamente derivariam as prescrições legais. Oliver Holmes (1897), um dos expoentes do pragmatismo jurídico clássico, chega a afirmar que o direito é tudo aquilo que deriva dos tribunais e nada mais. Para Richard Posner (2007, p. 614), “o direito é uma atividade, não um conceito ou um grupo de conceitos”.

Nesse caminho, essa corrente filosófica procura por soluções jurídicas que melhor atendam às necessidades humanas e sociais e, para isso, pode o ente responsável pela decisão se valer de valores éticos, concepções políticas e elementos de outras disciplinas, ainda que não-jurídicos (POGREBINSCHI, 2005, pp. 26-28).

Assim, Posner (2007, p. 611) afirma que os “juízes criam em vez de descobrirem o direito, e usam como insumos tanto as regras formuladas por legislaturas e tribunais anteriores (“direito positivo”) quanto suas próprias preferências e sobre políticas públicas”. Seguindo o referido anti-fundacionalismo, também afirma: “Rejeito o formalismo jurídico exagerado que considera as relações entre as ideias jurídicas como a essência do direito e do pensamento jurídico” (POSNER, 2007, p. 608). Esse posicionamento, entretanto, não se dá por um desdém ao direito posto ou aos precedentes jurisprudenciais, mas porque, sob a visão pragmática, não se admite qualquer concepção prévia de “verdade”, ou qualquer espécie de dogma absoluto. “As verdades” seriam meros consensos contextualizados e só surgiriam se destinadas a alguma necessidade social³.

71

Por essa vertente, cabe aos juízes fundamentar suas sentenças por meio de uma justificação que aponta a solução encontrada como a melhor para o caso e não como a mais adequada ao sistema jurídico formal. A decisão melhor, então, seria uma decisão razoável (prática, sensata). Para tanto, deve o juiz observar o ordenamento jurídico como um todo, o que inclui os princípios gerais de direito e os precedentes judiciais. Entretanto, em determinadas situações, se verá submetido a confrontar as suas concepções técnicas a métodos e elementos não-jurídicos, “e às vezes terá de confrontar a intuição inarticulada com argumentos jurídicos” (POSNER, 2007, pp. 609-610), sempre em busca de uma solução que lhe pareça justa.

³ Mais sobre a concepção de “verdade” para a teoria do Pragmatismo Jurídico, ver: CATÃO, 2007.

Para os que discutem se o ato judicial realmente envolve discricionariedade ou se está limitado a uma atividade interpretativa⁴, Posner (2007, p. 611) apresenta argumento interessante: “Se a epistemologia e a ontologia não serão capazes de preservar a objetividade e a autonomia do direito, tampouco o fará a hermenêutica”. Defende que nenhuma teoria interpretativa geral possui um método que leve a interpretações objetivas das leis e da Constituição. Sua ótica é de que a interpretação não possui uma finalidade em si mesma, assim sendo, não tem objetivo próprio. Sua função está a serviço do posicionamento político do intérprete. Sua opinião é de que “Melhor seria que descartássemos o termo ‘interpretação’ e enfocássemos diretamente as consequências das aplicações propostas dos dispositivos legais e constitucionais a litígios específicos” (POSNER, 2007, p. 611).

Essa concepção seria decorrência da crença de que não existe um raciocínio tipicamente jurídico, ou uma técnica específica de decidir juridicamente. A lógica usada nos tribunais, ou pelos advogados, para encontrar soluções jurídicas, é a lógica comum, ordinária, por meio de um raciocínio que todos recorrem no cotidiano (estrutura “se” e “então”) (POSNER, 2007, p. 613). Holmes (1897) já havia defendido esse entendimento ao dizer que o Direito não deve ser confundido com lógica, nem se desenvolve por meio dela. A lógica da estrutura “se e então” é universal e está presente em qualquer evento racionalizável, portanto, não deve servir como base para que se diga estar desenvolvendo um raciocínio lógico específico, uma lógica especificamente jurídica.

Ao dizer que o direito não se desenvolve da lógica, quer afirmar que não é dado que um sistema jurídico possa funcionar como uma operação matemática a partir de alguns axiomas gerais de conduta, embora que articular pensamentos e argumentos a partir da lógica seja algo extremamente possível e natural. O que influenciaria verdadeiramente no direito e nas decisões judiciais seriam os valores morais e inconscientes do intérprete, as tensões sociais, os eventos políticos *etc.* (HOLMES, 1897).

Dessa forma, não seria possível extrair decisões objetivas (objetividade no sentido de baseada em argumentos somente lógico-formais) de casos realmente complexos. Assim, seria também impossível justificar a pertinência e justiça de uma decisão por uma mera

⁴ Há ampla discussão acerca da natureza da atuação judicial, se ela está limitada ao um juízo interpretativo ou se envolve, também, atividade discricionária. Mais a respeito, ver: BETTI, 2007 e GRAU, 2009.

demonstração de que a interpretação empreendida está “logicamente” correta e que por isso se adequa ao sistema jurídico. “A interpretação não é um processo lógico. [...] A essência da tomada de decisões interpretativas está em **considerar as consequências** das decisões alternativas” (POSNER, 2007, p. 615, grifo nosso).

Assim, Posner (2007, p. 615) dispara a crítica de que o direito, como atualmente é ensinado nas universidades, dá excessiva atenção à retórica, à tradição, à infalibilidade, ao argumento da autoridade, mas pouca ênfase nas técnicas sociocientíficas que indicam as consequências dos atos jurídicos, assim como negligenciam as possíveis contribuições de outras disciplinas.

Esclarece, entretanto, que ser pragmático não é o mesmo que ser consequencialista. Onde o consequencialismo domina é na doutrina do utilitarismo, onde há a preocupação de se utilizar o direito como ferramenta para atingir um determinado fim, sempre, ainda que eventuais decisões sejam contraintuitivas ou firam a valores sociais. Por isso, afirma que é preferível como padrão para avaliar as decisões judiciais os termos “razoabilidade”, do que “melhores consequências”, até porque avaliar quais as “melhores consequências” exigiria um critério prévio e absoluto de “melhor” a guiar a decisão, o que também não seria desejável por ferir o postulado anti-fundacionalista (POSNER, 2010, p. 50).

As consequências devem, com certeza, ser consideradas, mas também não de modo absoluto. Cabe uma avaliação de “prós e “contras”, dando ênfase tanto às consequências sistêmicas, como às peculiares ao caso concreto. “‘Prós e contras’ incluem não apenas consequências específicas das decisões, desde que possam ser discernidas, mas também o material legal padrão e a desejabilidade de preservar os valores da norma jurídica” (POSNER, 2010, p. 50). Além disso, cogitar todas as possibilidades de consequências corresponderia a uma tarefa impossível. Segue, assim, o entendimento de Holmes de que o Direito e o ato judicial não segue padrão lógico pré-determinado, mas se funda na experiência (HOLMES, 2012).

Em outras palavras, entende-se dessa exposição que para o pragmatismo, o contextualismo (a avaliação de “prós” e “contras”, a preservação pelos valores da norma, a necessidade de resguardar a confiabilidade do sistema, a atenção àquilo que pode ser

oferecido por outros ramos científicos) é elemento essencial ao bom exercício da judicatura, sempre acompanhado do consequencialismo em exata medida.

O próprio Posner (2010, p. 02) explica:

Não devemos ter medo do pragmatismo ou confundi-lo com o cinismo ou com desdém pela legalidade ou pela democracia. Seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de em conceitualismos, generalidades, crenças e slogans. Entre as crenças rejeitadas está a ideia de perfectibilidade humana. A concepção pragmatista da natureza humana é desiludida. Entre os conceitualismos rejeitados estão a teoria moral, legal e política quando oferecida para guiar o processo de tomada de decisão legal e outros processos de tomada de decisão oficiais.

A coerência entre as decisões judiciais, a segurança jurídica do sistema, o respeito às normas postas, a atenção às formas, todos esses elementos estão também na pauta de um juiz pragmático como pontos a colaborarem com a construção de uma decisão jurídica correta. Essa é uma das críticas que sofre o Pragmatismo e, mais especificamente, Posner, pelo fato de que esses pontos citados são enaltecidos por formalistas e tomados como os únicos fatores que deveriam validamente fundamentar a decisão judicial. Para o Pragmatismo, todavia, são apenas mais um dos tantos outros elementos existentes a conformarem a convicção judicial e comporem a decisão final. O pragmatismo não se prende a absolutismos, certezas ou regras inescapáveis.

O pragmatismo legal olha pra frente. O formalismo olha para trás, fundamentando a legitimidade de uma decisão judicial no fato de ser dedutível de uma norma ou princípio estabelecido anteriormente. Em outras palavras, para satisfazer o formalista, a decisão precisa ter pedigree. Essa abordagem dá ao passado poder sobre o presente. O pragmatista valoriza a continuidade com promulgações e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato continuidade e de fato um valor social, mas não por que tenha um senso de dever para com o passado (POSNER, 2010, pp. 55-56).

Todas essas características seriam legitimadas e corroboradas pela época pluralista e científica que se vive contemporaneamente, de modo que qualquer tentativa de dar confiança e autonomia ao direito, a partir de uma objetividade formal, seria empreendimento “fútil” (POSNER, 2007, p. 612).

3 As críticas de Ronald Dworkin ao Pragmatismo Jurídico

Ainda tomando como parâmetro as teorias jusfilosóficas desenvolvidas nos Estados Unidos, cabe mostrar um contraponto ao Pragmatismo Jurídico e, de forma mais específica, às ideias de Richard A. Posner. Ronald Dworkin, um dos expoentes contemporâneos na atribuição de força normativa aos princípios jurídicos, é muito mais comedido no que se trata de argumentos pragmáticos ou consequencialistas.

A sua crítica é justamente pela alta carga de discricionariedade relegada ao magistrado, pelo que teme que tais concepções institucionalizem o subjetivismo no exercício da jurisdição, dificultando o controle e a transparência dos julgados.

Uma das maiores contrariedades de Dworkin, o que é de se esperar de um pensamento advindo da *common Law*, é com o ceticismo típico das ideias pragmatistas, que culmina numa menor valoração dos precedentes jurisprudenciais. Assim, afirma que decisões exaradas sem respeito àquilo que já foi decidido no passado faz com que o direito, sob uma perspectiva sistêmica, perca coerência e, portanto, segurança e confiabilidade (DWORKIN, 1999, p. 119).

O pragmatismo exacerbado de Posner seria falho porque ao mesmo tempo em que prega a inexistência de critérios prévios e universais a guiar ou valorar a correção de uma decisão judicial, defende que ela deve ser proferida tendo em foco as condições que pareçam melhores ao futuro da comunidade, todavia, não discerne um sentido claro do que consista “melhores condições futuras” e atribuir-lhe um significado objetivo e prévio implicaria em recair em contradição com seus próprios parâmetros, no sentido de demandar a existência de critério absoluto e prévio ao Direito. Isso, portanto, acaba apenas dando mais poderes ao juiz e transformando as decisões judiciais em terreno para emitir concepções políticas individuais, o que seria extremamente danoso ao direito sob o ponto de vista do jurisdicionado. O direito transformar-se-ia em algo incerto e o processo judicial quase num risco.

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e **ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor**

tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também **não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas.** Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direito, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, **aquilo que chamamos de direito atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes** (DWORKIN, 1999, p. 195, grifos nossos).

Dessa forma, por o pragmatismo sustentar uma posição que, ao mesmo tempo, é relativista e antirrelativista, não existiriam quaisquer direitos prévios, principalmente porque o direito só existiria após o seu reconhecimento proferido em decisão judicial. Assim, ainda que houvesse dispositivo legal ou jurisprudência dominante em favor do pleito, se o juiz de ânimo pragmatista entendesse que aquele direito poderia gerar alguma perda à comunidade, poderia negar o pleito, por entender que o direito não alberga situações nocivas à comunidade.

As pessoas podem planejar seus assuntos com mais confiança se tiverem uma orientação melhor sobre quando e como o Estado vai intervir, e a comunidade, portanto, estará muito melhor se puder racionalmente examinar as decisões judiciais anteriores para prever as próximas (DWORKIN, 1999, p. 193).

76

Para Dworkin (1999, p. 193), as decisões precedentes só poderiam ser desconsideradas em caso de obscuridade quanto aos seus efeitos ou quanto às circunstâncias em que foi exarada, ou seja, “quando o alcance de uma decisão anterior é obscuro e polêmico”. Mas ele diz que os pragmatistas não têm nenhuma preocupação em descobrir o que realmente pensavam os juízes anteriores quando tomaram a decisão, de modo que qualquer analogia com decisões precedentes seria uma mera adivinhação.

O respeito ao precedente, que é tão valorizado naquele sistema jurídico, seria algo meramente instrumental, na medida em que ficaria mais fácil de justificar uma decisão que o próprio magistrado da causa já a adotaria como correta. “O pragmático dará ao passado toda a atenção exigida por uma boa estratégia [...] Por razões de estratégia tomará basicamente as mesmas decisões que um convencionalista tomaria quando as leis são claras ou os precedentes bem definidos e decisivos” (DWORKIN, 1999, pp. 196-197).

Assim, inconformado com a postura excessivamente subjetivista do pragmatismo jurídico, mas também avesso a formalismos exacerbados ou convencionalismos, Ronald

Dworkin apresenta sua teoria como um meio termo que se diz justo, sempre pregando a coerência entre todas as decisões judiciais exaradas, de modo a manter a integridade do Direito.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN, 1999, p. 271).

Pretende, assim, desenvolver uma teoria de cunho mais interpretativo que as outras. Caberia aos juízes, ao exarar cada decisão, em verdade, dar continuidade ao direito. Para tanto, deveria considerar tudo o que já foi proferido pelos tribunais e, em confronto com o caso concreto, decidir de forma mais coerente qual o melhor caminho a seguir. Assim, embora o contexto da demanda também seja determinante para a sua resolução, é dado maior valor àquilo que já consta no sistema, material este que pode ter sido examinado pelas partes como parâmetro ao decidirem por levar um litígio ao Judiciário. Seria possível a mudança de posicionamentos, mas em casos que se justificasse devidamente essa mudança de postura.

Caberia ao juiz, portanto, estar atento a todo o ordenamento e, diante do caso concreto, considerar todas essas variáveis, de onde emergiria a “única decisão correta” para a demanda. A “única decisão correta” seria o resultado natural da rigorosa observância dos precedentes, mas adequando-o aos contornos daquele caso em específico e motivando fundamentadamente as mudanças de postura. Assim, ele mesmo diz que o juiz ideal seria um juiz Hércules. O direito evoluiria na medida em que cada decisão judicial fosse uma continuação da anterior. Para tanto, é necessário que cada decisão judicial seja, ao mesmo tempo, resultado e origem das interpretações já tomadas e por se tomar (DWORKIN, 1999, p. 272).

Essa postura diverge do pragmatismo jurídico, pois este defende que não há uma “única decisão correta”, reduz o valor dado aos precedentes (seria um mero instrumento), além de que numa mesmo contexto existiriam várias verdades, e, portanto, várias decisões corretas, cabendo ao magistrado decidir por uma delas. Dworkin enfatiza em sua teoria que os juízes não devem decidir com base em política, mas em princípios jurídicos. A política só

deveria influir nas decisões judiciais em seu sentido mais amplo, decorrente de qualquer postura interpretativa (DWORKIN, 1999, p. 292).

O que se vê, portanto, não é uma completa rejeição de Dworkin ao pragmatismo jurídico, mas comedimento ao se utilizar dos seus expedientes decisórios e filosóficos. Pelo que se entende, para Dworkin, certo consequencialismo pode eventualmente compor uma decisão jurídica, mas desde que esteja inserido em princípios regentes da ordem jurídica.

4 Consequencialismo e contextualismo como possibilidades inerentes à função jurisdicional no direito brasileiro

Fixadas as bases teóricas acima, antes de qualquer comparação com a doutrina ou jurisprudência brasileiras, deve-se ter em mente o que Richard Posner assevera em seus escritos: sua doutrina é elaborada visando a democracia e o sistema jurídico estadunidense (fundado no *common Law*), sem qualquer pretensão de se fazer aplicável em qualquer outro sistema jurídico do globo (POSNER, 2010, p. 17). Da mesma forma, devem ser lidas as concepções filosóficas de Dworkin, o que fica visível pelo seu apego aos precedentes judiciais – característica marcante daquele sistema jurídico. Entretanto, o assunto abordado cuida, basicamente, de *teoria sobre o ato judicial*, havendo muito do que se aproveitar das reflexões já expostas.

78

O primeiro ponto a ser tocado é a necessidade de que no sistema jurídico brasileiro todos os atos judiciais sejam devidamente fundamentados, conforme consta no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Esse comando constitucional se dá em razão do forte caráter dogmático presente no sistema brasileiro, que se funda na inegabilidade dos pontos de partida e na obrigatoriedade de decidir (*non liquet*). Mas atente-se: ainda que se possa ter uma ideia de que a dogmática jurídica, enquanto teoria do direito, esteja defasada, uma visão moderna do direito pode evitar que o julgador dogmático recaia em decisões pouco adequadas às necessidades reais da sociedade (ADEODATO, 2002, pp. 215-218). Não se está querendo sugerir atitudes

contrassistêmicas ou que pretendam alterar as bases do direito brasileiro, mas é preciso ter consciência das possibilidades que são inerentes ao ato judicial sem que isso represente ofensa ao ordenamento jurídico positivado.

Se o pragmatismo jurídico, como o próprio Dworkin aponta, pode levar a subjetivismos que, ao fim, seriam contraproducentes, é certo também que “o excesso de legalidade transforma-se em formalismo e compromete a própria segurança jurídica” (TORRES, 2005, p. 413).

Trata-se de uma questão de postura frente ao ordenamento jurídico e, portanto, à dogmática, no sentido de que o juiz tenha ciência da amplitude das possibilidades do seu ato de modo a não se deparar com decisões que ele mesmo tenha por injustas e, de forma constrangida, se veja tolhido a emití-las. Eis um exemplo do que se pode afirmar ser uma prática comum entre os juízes:

Um juiz alternativo pode não querer despejar um inquilino inadimplente porque ele é pobre e o proprietário, rico, mas não pode basear sua decisão expressamente nesse argumento, posto que não há no sistema brasileiro uma norma que garanta direitos subjetivos meramente pela pobreza ou que penalize alguém por possuir mais imóveis do que necessita para morar. Por isso o juiz vai às normas constitucionais, boa parte das quais têm alto grau de vagueza e ambiguidade justamente para permitir que os mais diferentes argumentos caibam nelas, e lá toma a norma que protege a dignidade da pessoa humana para embasar seu argumento de que a moradia é essencial à dignidade e que a Constituição deve prevalecer sobre a Lei do Inquilinato, lei esta que seria a via normal de aplicação naquele caso concreto (ADEODATO, 2002, p. 215).

79

Embora se trate de um exemplo interessante, que nos leva a imaginar que na prática essa situação ocorra com certa frequência, insinua que o juiz escamoteia suas verdadeiras razões e as traveste de argumento jurídico, tornando legítima a sua decisão. Esse tipo de expediente, é claro, não é impossível de ser levado a cabo, e, ao fim, demonstra que não é um enrijecimento estrutural do sistema ou limitação dos poderes do juiz que tornaria esse sistema mais “justo”, seguro, ou evitaria que o magistrado, consciente ou inconscientemente, decida de acordo com suas concepções políticas e convicções íntimas.

O que se quer defender, portanto, é que o juiz, quando imbuído de valores morais, ainda que não-jurídicos, ou visualizando uma demanda social que entenda plausível, não se

veja obrigado a emitir um ato que importe em ofensa a valores sociais, por estar “preso” a um suposto formalismo apenas para cumprir o dever de adequar a decisão ao ordenamento.

É o caso, por exemplo, de uma lei criminal fixar como punição para determinado ato uma pena de reclusão e multa, mas, diante do caso concreto, avaliando as circunstâncias fáticas, o juiz decida por aplicar apenas a pena de reclusão, ou apenas a de multa. Nesse caso, não seria preciso recorrer a princípios constitucionais acerca da condição de pobreza do agente, da intranscendência da pena, ou qualquer outro argumento que sequer possui conexão direta com os elementos constituídos e discutidos no processo.

Ora, se é dado ao julgador o poder de absolver o réu do crime que lhe está sendo imputado, porque deveria o magistrado estar adstrito a um conectivo de adição *abstrato*, que lhe vedaria alternatividade na fixação de uma pena *concreta*? Apenas o sujeito que está submetido a se deparar com a casuística inerente aos fatos concretos e está obrigado a dar uma solução jurídica para todas as demandas que lhe forem distribuídas (*non liquet*) é quem terá condições de valorar suas ações diante dos fatos que lhe são levados à apreciação.

80

Cabe enfatizar que discricionariedade judicial sob nenhum aspecto se confunde com ausência de parâmetros, subjetivismo, liberdade incondicional ou arbitrariedade. Dworkin (2002, p. 51) tem exemplo muito didático: “Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”.

A apreciação fática e a atribuição de uma solução concreta para uma demanda que também é concreta é o que caracteriza mais notadamente a tutela jurisdicional. Assim, não parece pertinente conceber que esteja o juiz impedido de valorar os fatos apresentados como meio de fundamentar legitimamente uma decisão que conclui pela inaplicabilidade de determinada lei, por exemplo.

Existem situações em que a incidência ocorre, mas a norma não pode ser aplicada por ensejar uma situação que é inconstitucional, devendo o juiz afastar o efeito da regra, atribuir-lhe outro, apesar dos termos expressos do fato-efeito diante da presença do fato-causa (VARELA, 2010, p. 42).

Assim, vê-se que muito atrelada à compreensão contextual da demanda, uma análise consequencialista é imprescindível para que se evitem situações de futura

inconstitucionalidade, que podem importar em ofensa a valores sociais e, por conseguinte, constitucionais. O que dizer de um despejo, *por medida liminar*, de um idoso, enfermo, que mora sozinho, em razão do inadimplemento de aluguel, porque foi surpreendido com maior gasto com remédios? Sem maior esforço argumentativo, é fácil de ver que tal decisão não responde aos anseios da comunidade, mas seria a medida validamente cabível se aplicado diretamente o dispositivo legal, sem maiores reflexões acerca do seu efeito imediato na esfera jurídica do idoso inadimplente. Os princípios gerais de direito também conformam argumento que dê juridicidade a soluções criadas no caso concreto, a partir das suas especificidades.

É certo que, por estar no campo dos exemplos, pode-se atribuir teor apelativo à situação trazida para demonstrar a viabilidade do pensamento que se quer defender, mas o que dizer da teoria do fato consumado, da teoria da imprevisão, da validade no manejo da “exceção de pré-executividade”, senão soluções criadas pelo órgão julgador diante da necessidade do caso concreto?

Todas essas figuras não previstas em lei são hoje sedimentadas e aceitas, sem mais causarem surpresa, porque em algum momento da história do direito um juiz ou um doutrinador foi capaz de criar, de surpreender, justificando o seu entendimento em princípios ou em diretrizes ou em situações da vida. Motivou de tal maneira a sua posição que conquistou, gradativamente, a opinião de todos os que se debruçaram sobre questão similar. O que é hoje sedimentado e aceito foi um dia surpresa, causou espanto e rejeição. O jurisdicionado não é surpreendido. Basta que se assegure o contraditório, o debate de ideias, a possibilidade de recurso a fim de que outro órgão jurisdicional, colegiado, integrado por mais juízes experientes, possa verificar e, se for necessário, rever o quanto foi decidido (VARELA, 2010, p. 42).

Dessa forma, a possibilidade criativa do juiz não implicaria numa redução da segurança do ordenamento, institucionalizando a fundamentação de sentença nas concepções subjetivas dos julgadores, uma vez que suas decisões estão sujeitas ao julgamento da comunidade e, de forma mais imediata, ao próprio sistema recursal, que apara arestas de possíveis abusos, que são possíveis inclusive em meio a decisões estritamente formalistas:

Assim, o direito aplicável – posto previamente como expressão da vontade majoritária – fornece critérios com base nos quais os argumentos utilizados pelos juízes podem ser avaliados, submetendo à apreciação da comunidade de intérpretes a correção – isto é, *recondução* adequada ao ordenamento jurídico vigente, formado pelas decisões majoritárias – das decisões judiciais. Nesse cenário, a apresentação de razões como suporte para uma decisão é o ato pelo qual o juiz submete sua atividade ao controle público. A autoridade do juiz – como a autoridade de toda a instituição: o Judiciário – não torna dispensável a atribuição de fundamentos para a decisão (ARGUELHES, 2006, p. 16).

Sobre a matéria da discricionariedade judicial e da abordagem contextual e consequencialista das decisões judiciais, Humberto Ávila (2003, p. 117) faz interessante diferenciação entre os argumentos “institucionais” e “não institucionais”, que seriam possíveis ao juiz. “Não institucionais” seriam os “argumentos práticos”, “decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação”.

“Os argumentos não-institucionais [...] nem mesmo indiretamente fazem referência à força vinculativa do Poder Legislativo; eles não se deixam reconduzir, por consequência, aos princípios imanentes ao Estado Democrático de Direito” (ÁVILA 2003, p. 142). O que ocorre é que Ávila atribui *peso* aos argumentos, a depender da capacidade de objetivação destes ao sistema jurídicos. Esse autor dá aos argumentos não-institucionais peso menor, um peso subsidiário, como meio de justificar situações excepcionais. Esses argumentos, todavia, também reconduziriam ao sistema, mas de forma menos objetiva, mediata, mas, ainda assim, haveria a dita recondução, o que lhe daria validade e legitimidade. Cabe, portanto, enfatizar o entendimento de que “a garantia contra a arbitrariedade reside no contraditório, no duplo grau de jurisdição e, principalmente, na obrigação de fundamentar a decisão” (VARELA, 2010, p. 57).

82

Por fim, cabe concluir que por mais que os autores divirjam quanto ao peso ou ao grau de possibilidade de que os órgãos julgadores se valham de argumentos práticos para guiar as suas decisões, o certo é que esse poder está adstrito à função de julgar e, seja em maior ou menor medida, conforma verdadeira discricionariedade na tarefa de decidir. Aqui, toma-se a discricionariedade como um meio de se atingir a realização dos direitos, dando aos fatos valor semelhante às próprias normas jurídicas e considerando o efeito que as decisões jurídicas podem causar no corpo social como elemento a justificar a sua adequabilidade, uma vez que situações futuras podem, também, gerar inconstitucionalidades.

5 Conclusão

O Pragmatismo Jurídico consiste em teoria jusfilosófica que prega, principalmente, que o juiz fundamente sua decisão a partir de ampla análise, tanto do sistema jurídico, quanto do contexto fático que envolve a demanda, de modo que questões circunstanciais, sociais, políticas, ou qualquer outro elemento extrajurídico que se preste a garantir melhores condições futuras à comunidade deve ser usado como argumento decisório de forma válida. As decisões judiciais, assim, não devem ser resultado de operações e interpretação lógicas sobre o sistema jurídico, pelo simples fato de que o direito não surgiu, nem se desenvolve, a partir da lógica, mas sim de valores decorrentes do convívio, das tensões e dos conflitos sociais e políticos. Para essa teoria, uma decisão judicial, portanto, deve se utilizar de uma justificação baseada na razão prática.

Esse pensamento tem encontrado forte oposição em razão da crença de que confere ao julgador discricionariedade em demasia. A possibilidade de fundamentar a decisão em argumentos totalmente extrajurídicos possibilitaria que os juízes exercessem tamanho subjetivismo que dificultaria o controle e a transparência dos atos judiciais, além de dificultar a capacidade de previsão das decisões dos tribunais, por não haver qualquer apego a formas ou respeito àquilo que já foi decidido no passado.

Acredita-se que tais críticas são muito pertinentes para que se possa adaptar as reflexões defendidas pelos pensadores estadunidenses ao direito brasileiro. As estruturas do sistema jurídico nacional não precisam ser modificadas, mas há de ser reconhecido em favor dos julgadores um poder discricionário suficiente a possibilitar que emitam as decisões que entenderem justas sem que precisem suprimir os verdadeiros valores sociais que lhe formam a convicção. Nisso, uma análise fática global (contextualismo), o que inclui um estudo dos efeitos do impacto das decisões (consequencialismo), são fatores válidos a justificar uma decisão judicial presente. A legitimidade do ato judicial deve ser aferida conforme se possa evitar direta ou indiretamente situações de inconstitucionalidade como desdobramento desse próprio ato. Essa preocupação possibilita reconduzir ao ordenamento o argumento prático utilizado como forma de resguardar a sua validade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito. In: **Ética e Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas: A justificação consequencialista das decisões judiciais**. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e Imunidade do Livro Eletrônico. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Harvard Law Review 457, 1897. Disponível em: http://constitution.org/lev/owh/path_law.htm. Acesso em: 10 out. 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. Teoria Social e Política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. **Para Além dos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde A. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. n° 21. Salvador: 2010.

Data de Submissão: 23/11/2013

Data de Aprovação: 17/12/2013